



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 1990 Vol. 2

1^{er} cahier, 1990 Vol. 2

Cited as [1990] 2 S.C.R. 3-149

Renvoi [1990] 2 R.C.S. 3-149

Published pursuant to the Supreme Court Act by

The Registrar, Supreme Court of Canada

Deputy Registrar & Chief Law Editor
ANNE ROLAND, LL.L.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretaries
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1990.

CONTENTS

Mitchell v. Peguis Indian Band 85

Indians — Personal property on reserve given under an agreement between the band and Her Majesty — Property not subject to attachment at suit of non-native — Provincial government agreeing to rebate provincial sales tax to Indian bands — Action pending for payment of contingency fee by negotiator acting on behalf of bands — Prejudgment garnishing order granted — Whether or not moneys owed by province personal property on reserve — Whether or not term "Her Majesty" extending to Crown in right of the province — Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 89(1), 90(1)(b).

R. v. B. (G.) 3

Criminal law — Evidence — Witnesses — Corroboration — Evidence of children — Criminal Code requiring that unsworn evidence of a child be corroborated in a material particular by evidence that implicates the accused — Whether there is corroboration in law if the evidence is corroborated with respect to the occurrence of the event but not with respect to the identity of the accused — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 586.

R. v. B. (G.) 30

Criminal law — Sexual offences — Time of offence — Trial judge finding that date of offence had not been established — Whether time an essential element of offence — Whether trial

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint & Arrêtière en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1990.

SOMMAIRE

Mitchell c. Bande indienne Peguis 85

Indiens — Biens personnels situés sur une réserve donnés en vertu d'un accord entre la bande et Sa Majesté — Biens ne pouvant faire l'objet d'une saisie à la demande d'un non-Indien — Consentement du gouvernement provincial de rembourser aux bandes indiennes le montant de la taxe de vente provinciale — Action en cours du négociateur mandaté par les bandes visant à obtenir le paiement d'honoraires calculés en fonction de l'issue de l'affaire — Ordonnance de saisie-arrêt avant jugement accordée — La somme due par la province est-elle un bien personnel situé sur une réserve? — L'expression «Sa Majesté» s'étend-elle à la Couronne du chef de la province? — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, ch. I-6, art. 89(1), 90(1)(b).

R. c. B. (G.) 3

Droit criminel — Preuve — Témoins — Corroboration — Témoignage d'enfants — Le Code criminel exige que le témoignage d'un enfant non rendu sous serment soit corroboré sur un point important par un témoignage qui implique l'accusé — Y a-t-il corroboration en droit lorsque le témoignage est corroboré quant à l'événement lui-même mais non en ce qui a trait à l'identité de l'accusé? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 586.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

judge erred in refusing to amend information — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 529(4.1).

Criminal law — Sexual offences — Information — Amendment — Trial judge finding that date of offence had not been established — Whether time an essential element of offence — Whether trial judge erred in refusing to amend information — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 529(4.1).

R. v. B. (G.) 57

Criminal law — Appeals — Powers of court of appeal — Crown appeal against acquittal — Criminal Code providing that Crown may appeal an acquittal on a question of law alone — Whether Court of Appeal exceeded its jurisdiction in overturning acquittals and ordering a new trial — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 605(1), 613(4).

R. v. Ostrowski 82

Criminal law — Charge to the jury — Warning adequate with respect to testimony of unsavoury witnesses — Theory of defence adequately set forth — Request of jury for transcripts of evidence properly dealt with in the circumstances.

SOMMAIRE (Fin)

R. c. B. (G.) 30

Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Moment de l'infraction — Le juge du procès a conclu que la date de l'infraction n'avait pas été établie — Le moment est-il un élément essentiel de l'infraction? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en refusant de modifier la dénonciation? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 529(4.1).

Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Dénonciation — Modification — Le juge du procès a conclu que la date de l'infraction n'avait pas été établie — Le moment est-il un élément essentiel de l'infraction? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en refusant de modifier la dénonciation? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 529(4.1).

R. c. B. (G.) 57

Droit criminel — Appels — Pouvoir de la cour d'appel — Appel du ministère public contre un acquittement — Le Code criminel prévoit que le ministère public peut interjeter appel d'un acquittement sur une question de droit seulement — La Cour d'appel a-t-elle outrepassé sa compétence en écartant les acquittements et en ordonnant un nouveau procès? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 605(1), 613(4).

R. c. Ostrowski 82

Droit criminel — Directives au jury — Avertissement adéquat concernant les dépositions de témoins douteux — Thèse de la défense adéquatement exposée — La demande par le jury de la transcription des témoignages a été traitée correctement dans les circonstances.

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 2, 1990

2^e volume, 1990

G.B. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. B. (G.)

File No.: 20905.

1989: November 29; 1990: June 7.

Present: Wilson, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN

Criminal law — Evidence — Witnesses — Corroboration — Evidence of children — Criminal Code requiring that unsworn evidence of a child be corroborated in a material particular by evidence that implicates the accused — Whether there is corroboration in law if the evidence is corroborated with respect to the occurrence of the event but not with respect to the identity of the accused — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 586.

Appellant, a young offender, was charged with committing an aggravated sexual assault on the complainant, a kindergarten student who was five years old at the time of the alleged offence. The trial judge found no evidence of wounding and therefore considered only the included offences of sexual assault and sexual assault causing bodily harm. The complainant gave unsworn testimony at the trial. There was corroborating evidence that the assault took place at the time and place the complainant alleged, but there was no evidence, apart from the complainant's identification of appellant, that pointed to appellant's having been the perpetrator of the assault. The *Criminal Code* provided at the time that no person could be convicted upon the unsworn evidence of a child unless the evidence was "corroborated in a material particular by evidence that implicates the accused." The trial judge found that although there was evidence corroborating the fact that the event described had taken place, there was no independent evidence connecting appellant to the event. He accordingly acquitted him. The Court of Appeal found that the trial judge erred in insisting that the corroborating evidence connect the accused to the commission of the offence, and in failing to find that the complainant's evidence was confirmed in a material particular. It set aside the acquittal and ordered a new trial.

G.B. Appelant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

a

RÉPERTORIÉ: R. c. B. (G.)

N° du greffe: 20905.

1989: 29 novembre; 1990: 7 juin.

b

Présents: Les juges Wilson, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin.

c

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
SASKATCHEWAN

Droit criminel — Preuve — Témoins — Corroboration — Témoignage d'enfants — Le Code criminel exige que le témoignage d'un enfant non rendu sous serment soit corroboré sur un point important par un témoignage qui implique l'accusé — Y a-t-il corroboration en droit lorsque le témoignage est corroboré quant à l'événement lui-même mais non en ce qui a trait à l'identité de l'accusé? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 586.

e

L'appelant, un jeune contrevenant, a été accusé d'avoir commis une agression sexuelle grave contre le plaignant, un écolier de la maternelle âgé de cinq ans au moment où l'infraction aurait été commise. Le juge du procès a conclu à l'absence de preuve de blessure et, par conséquent, n'a considéré que les infractions incluses d'agression sexuelle et d'agression sexuelle avec infliction de lésions corporelles. Le plaignant a témoigné au procès sans prêter serment. Il existait des preuves qui corroboraient que l'agression avait eu lieu au moment et à l'endroit allégués par le plaignant mais, à part l'identification de l'appelant par le plaignant, il n'y avait aucun élément de preuve qui indiquait que l'appelant était l'auteur de l'agression. Le *Code criminel* prévoyait à ce moment-là que personne ne devait être déclaré coupable d'une infraction sur le témoignage d'un enfant non rendu sous serment à moins que le témoignage ne soit «corroboré sur un point important par une preuve impliquant l'accusé». Le juge du procès a conclu que même s'il y avait un témoignage corroborant la réalité de l'événement, il n'existait aucun témoignage indépendant associant l'appelant à l'événement. Il l'a donc acquitté. La Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en exigeant que le témoignage corroborant associe l'accusé à la perpétration de l'infraction et lorsqu'il a omis de conclure que le témoignage du plaignant avait été confirmé sur un point important. Elle a annulé l'acquiescement et ordonné un nouveau procès.

j

Held: The appeal should be dismissed.

In its decision in *Vetrovec* this Court effectively put an end to the strict rule in *Baskerville*, which required that in order for there to be corroboration of unsworn evidence there must be independent evidence that implicates the accused. Although *Vetrovec* dealt with corroboration of the evidence of accomplices in situations where corroboration is required as a matter of common law, it is clear that this Court has rejected an overly technical approach to corroboration and has returned to a common sense approach which reflects the original rationale for the rule. The requirement in s. 586 of the *Criminal Code* that the corroborating evidence implicate the accused requires only that the evidence confirm the witness's story in some material particular.

This conclusion is consistent with the language and intent of s. 586. While it is clear that the section requires that there be evidence that implicates the accused, it is not clear whether it is the evidence of the unsworn child or the corroborating evidence that must implicate the accused. Given the semantic difficulties in the section, the legislative intention cannot be determined by looking at the wording alone. The section's purpose, which is to allow the evidence of a witness otherwise feared to be untrustworthy to be given weight, must also be looked at. In order to achieve that purpose, what is required is additional evidence that renders it probable that the complainant's story is true and may be safely acted upon. Provided that the complainant's evidence is corroborated in a material particular, with or without implicating the accused, the veracity of the witness will be strengthened. Since the only evidence implicating the accused in many sexual offences against children will be the evidence of the child, imposing too restrictive a standard on their testimony may permit serious offences to go unpunished and perhaps to continue.

Cases Cited

Considered: *Murphy and Butt v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 603; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *Warkentin v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 355; **referred to:** *R. v. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658; *Paige v. The King*, [1948] S.C.R. 349; *R. v. Chayko* (1984), 12 C.C.C. (3d) 157; *R. v. Brasier* (1779), 1 Leach 199, 168 E.R. 202; *R. v. Silverstone*, [1934] 1 D.L.R. 726; *Hubin v. The King*, [1927] S.C.R. 442; *R. v. Parish*, [1968] S.C.R. 466; *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Dans son arrêt *Vetrovec*, notre Cour a, en fait, mis fin à la règle stricte de l'arrêt *Baskerville* selon laquelle pour qu'il y ait corroboration d'un témoignage non rendu sous serment il devait y avoir un témoignage indépendant qui implique l'accusé. Bien que l'arrêt *Vetrovec* traite de la corroboration du témoignage de complices dans des situations dans lesquelles la corroboration est exigée en vertu de la common law, il est clair que notre Cour a rejeté une position très formaliste à l'égard de la corroboration et est revenue à une position fondée sur le bon sens qui reflète la raison d'être initiale de la règle. L'exigence de l'art. 586 du *Code criminel* selon laquelle la preuve corroborante doit impliquer l'accusé exige seulement que la preuve confirme sur un détail important la version du témoin.

Cette conclusion est conforme au texte et à l'intention de l'art. 586. Bien qu'il soit évident que l'article exige une preuve impliquant l'accusé, il ne dit pas clairement si la preuve qui doit impliquer l'accusé est le témoignage d'un enfant non rendu sous serment exigeant une corroboration ou s'il s'agit plutôt de la preuve corroborante. Compte tenu des problèmes sémantiques posés par l'article, l'intention du législateur ne peut être déterminée en examinant seulement le texte. Il faut aussi examiner l'objet de l'article qui est d'accroître la valeur probante de la déposition d'un témoin dont on pourrait craindre par ailleurs qu'il ne soit pas crédible. Pour réaliser cet objet, il faut une preuve supplémentaire qui rend probable la véracité de la version du plaignant et qui permet d'en tenir compte sans danger. Quand le témoignage du plaignant est corroboré sur un point important, en impliquant ou non l'accusé, la crédibilité du témoin est renforcée. Comme le seul élément de preuve impliquant l'accusé dans un grand nombre d'infractions d'ordre sexuel contre des enfants est le témoignage de l'enfant, l'application d'une norme trop restrictive à ce témoignage pourrait permettre à des infractions graves de rester impunies et peut-être de se perpétuer.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Murphy et Butt c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 603; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *Warkentin c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 355; **arrêts mentionnés:** *R. v. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658; *Paige v. The King*, [1948] R.C.S. 349; *R. v. Chayko* (1984), 12 C.C.C. (3d) 157; *R. v. Brasier* (1779), 1 Leach 199, 168 E.R. 202; *R. v. Silverstone*, [1934] 1 D.L.R. 726; *Hubin v. The King*, [1927] R.C.S. 442; *R. v. Parish*, [1968] R.C.S. 466; *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193.

Statutes and Regulations Cited

- Act further to amend the Criminal Law*, S.C. 1890, c. 37, s. 13.
- Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, S.C. 1987, c. 24, s. 15.
- Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 16(2) [rep. & sub. 1987, c. 24, s. 18].
- Canada Evidence Act, 1893*, S.C. 1893, c. 31, s. 25.
- Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, s. 685.
- Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 586, 618(2)(a) [am. 1974-75-76, c. 105, s. 18].
- Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51.
- Criminal Law Amendment Act, 1885* (U.K.), 48 & 49 Vict., c. 69, s. 4.
- Criminal Law Amendment Act, 1975*, S.C. 1974-75-76, c. 93, s. 8.
- Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, ss. 27 [am. 1986, c. 32, s. 20], 61(2) [rep. 1986, c. 32, s. 40].

Authors Cited

- Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths (Badgley Committee). *Sexual Offences Against Children in Canada: Summary of the Report of the Committee on Sexual Offences Against Children and Youths*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.
- Canada. Law Reform Commission. *Report on Evidence*. Ottawa: Information Canada, 1975. Reprinted in (1976), 34 C.R.N.S. 26.
- Clarke, Andrew B. "Corroboration in Sexual Cases", [1980] *Crim. L.R.* 362.
- McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 2nd ed. Aurora, Ontario: Canada Law Book, 1984.
- Schiff, Stanley. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1988.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1988), 65 Sask. R. 134, allowing the Crown's appeal from appellant's acquittal on charges of sexual assault and sexual assault causing bodily harm. Appeal dismissed.

Donna Taylor, Mervin Ozirny and Wayne Rusnak, for the appellant.

Kenneth W. MacKay, Q.C., for the respondent.

Lois et règlements cités

- Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51.
- Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 586, 618(2)a [mod. 1974-75-76, ch. 105, art. 18].
- Code criminel de 1892*, S.C. 1892, ch. 29, art. 685.
- Criminal Law Amendment Act, 1885* (R.-U.), 48 & 49 Vict., ch. 69, art. 4.
- Loi de 1975 modifiant le droit criminel*, S.C. 1974-75-76, ch. 93, art. 8.
- Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, S.C. 1987, ch. 24, art. 15.
- Loi modifiant le droit criminel*, S.C. 1890, ch. 37, art. 13.
- Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10, art. 16(2).
- Loi sur la preuve au Canada de 1893*, S.C. 1893, ch. 31, art. 25.
- Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110, art. 27 [mod. 1986, ch. 32, art. 20], 61(2) [abr. 1986, ch. 32, art. 40].

Doctrine citée

- Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes (Comité Badgley). *Infractions d'ordre sexuel contre des enfants au Canada: Sommaire du rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes*. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1984.
- Canada. Commission de réforme du droit. *Rapport sur la preuve*. Ottawa: Information Canada, 1975. Réimprimé (1976), 34 C.R.N.S. 26.
- Clarke, Andrew B. «Corroboration in Sexual Cases», [1980] *Crim. L.R.* 362.
- McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 2nd ed. Aurora, Ontario: Canada Law Book, 1984.
- Schiff, Stanley. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1988.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1988), 65 Sask. R. 134, qui a accueilli l'appel du ministère public contre l'acquiescement de l'appelant relativement à des accusations d'agression sexuelle et d'agression sexuelle avec infliction de lésions corporelles. Pourvoi rejeté.

Donna Taylor, Mervin Ozirny et Wayne Rusnak, pour l'appelant.

Kenneth W. MacKay, c.r., pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—The appellant is a young offender who was charged with a number of sexual assaults on younger children at Sheho Elementary School in Saskatchewan between September 1985 and May 1986. One of these assaults is the subject of this appeal. A.B., H.H., C.S. and S.S. are other young offenders who were also charged with one or more of the alleged sexual assaults and the circumstances of their involvement will be dealt with in the two related judgments of *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30 (hereinafter *R. v. G.B., A.B. and C.S.*) and *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 57 (hereinafter *R. v. G.B., C.S., H.H., S.S. and A.B.*)

In the first instance trials were conducted in the following three matters: *R. v. G.B.*; *R. v. G.B., A.B. and C.S.*; and *R. v. G.B., C.S., H.H., S.S., A.B. and P.H.* All of the youths were acquitted of all charges by the trial judge, who wrote three separate judgments. Appeals by the Crown to the Saskatchewan Court of Appeal were allowed and the court delivered one judgment encompassing all three appeals. The young offenders now appeal to this Court as of right pursuant to s. 27 of the *Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, as amended, and s. 618(2)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 691(2)(a)). Five separate appeals were initially filed but by order of this Court the appeals were consolidated and the appellants were granted leave to file a joint factum.

I find that it is more convenient to deal with the appeals in three separate judgments because of the distinct facts pertaining to each and the different issues raised by the appellants on each appeal. The main issue which arises for determination in this appeal is the issue of corroboration and in particular whether there is corroboration in law if the evidence of an unsworn child is corroborated with respect to the occurrence of the event but not with respect to the identity of the accused. In *R. v. G.B., A.B. and C.S.*, on the other hand, the main issue is with what degree of specificity the time of

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WILSON—L'appelant est un jeune contrevenant qui a été accusé d'avoir commis un certain nombre d'agressions sexuelles contre des enfants plus jeunes à l'école primaire de Sheho, en Saskatchewan, de septembre 1985 à mai 1986. Le présent pourvoi porte sur l'une de ces agressions. A.B., H.H., C.S. et S.S. sont d'autres jeunes contrevenants qui ont également été accusés d'au moins une des agressions sexuelles qui auraient été commises et les circonstances de leur participation seront traitées dans les deux arrêts connexes *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30 (ci-après *R. c. G.B., A.B. et C.S.*) et *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 57 (ci-après *R. c. G.B., C.S., H.H., S.S. et A.B.*)

En première instance, des procès ont eu lieu sur les trois affaires suivantes: *R. c. G.B.*; *R. c. G.B., A.B. et C.S.*; et *R. c. G.B., C.S., H.H., S.S., A.B. et P.H.* Tous les jeunes ont été acquittés de toutes les accusations par le juge du procès qui a rédigé trois jugements distincts. Les appels interjetés par le ministère public devant la Cour d'appel de la Saskatchewan ont été accueillis et la cour a rendu un jugement portant sur les trois appels. Les jeunes contrevenants font appel de plein droit devant notre Cour en vertu de l'art. 27 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110, et modifications, et de l'al. 618(2)a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, al. 691(2)a)). Cinq pourvois distincts ont d'abord été présentés mais notre Cour a ordonné le regroupement des pourvois et a autorisé les appelants à présenter un mémoire conjoint.

J'estime qu'il est plus commode de traiter des pourvois dans trois jugements séparés parce qu'ils comportent des faits distincts et que, dans chaque pourvoi, les appelants ont soulevé des questions différentes. La question principale dans ce pourvoi concerne la corroboration et en particulier la question de savoir s'il y a corroboration en droit lorsque le témoignage d'un enfant, non rendu sous serment, est corroboré quant à l'événement lui-même mais non en ce qui a trait à l'identité de l'accusé. Par ailleurs, dans l'arrêt *R. c. G.B., A.B. et C.S.*, la question principale est de savoir avec quel degré de

the offence must be established by the Crown in order to proceed to a determination on the merits. And in *R. v. G.B., C.S., H.H., S.S. and A.B.*, the Court is called upon to clarify the rule applicable to appellate review of an acquittal and to determine whether the Court of Appeal in the circumstances of this case was entitled to interfere with the decision of the trial judge. Each appeal thus raises discrete issues some of which are fairly narrow and technical. The broader question, however, raised by each of them is how the courts should deal with the evidence of child witnesses and, although each judgment will touch upon this question, it will be dealt with most extensively in the related judgment of *R. v. G.B., A.B. and C.S.*

1. The Facts

The appellant G.B. was charged that:

On or about the 9th day of May A.D. 1986 at Sheho in the Province of Saskatchewan being a young person within the meaning of the Young Offenders Act did in committing a sexual assault on D.M. wound the said D.M. thereby committing an aggravated sexual assault contrary to Section 246.3 of the Criminal Code.

The trial judge found no evidence of wounding and therefore considered only the included offences of sexual assault and sexual assault causing bodily harm.

The complainant, D.M., a kindergarten student at Sheho Elementary School, was five years old at the time of the alleged offence. He gave unsworn testimony at the trial. He testified that during the afternoon recess on May 9, 1986, when he left his classroom to get a drink of water, the appellant grabbed him and carried him to the janitor's room located next to the senior boys' washroom. According to the complainant the appellant then pulled down the complainant's pants, pulled and twisted his penis, injuring him, and leaving him in the janitor's room. There were some discrepancies at trial with respect to the complainant's evidence as to the perpetrator(s) involved but the complainant consistently included the appellant and claimed that he was the one who assaulted him in the janitor's room.

précision le moment de l'infraction doit être établi par le ministère public pour qu'il puisse y avoir décision sur le fond. Enfin, dans l'arrêt *R. c. G.B., C.S., H.H., S.S. et A.B.*, on demande à notre Cour de clarifier la règle applicable à la révision en appel d'un acquittement et de déterminer si la Cour d'appel dans les circonstances de l'espèce avait le droit d'intervenir dans la décision du juge du procès. Par conséquent, chaque pourvoi soulève des questions distinctes dont certaines sont assez limitées et techniques. Toutefois, chacun d'eux pose la question plus générale de savoir comment les tribunaux doivent traiter le témoignage d'un témoin enfant et, bien que chaque arrêt aborde la question, elle sera traitée de manière plus approfondie dans l'arrêt connexe *R. c. G.B., A.B. et C.S.*

1. Les faits

L'accusation suivante a été portée contre l'appellant G.B.:

[TRADUCTION] Le ou vers le 9 mai 1986 à Sheho, dans la province de la Saskatchewan, étant un adolescent au sens de la Loi sur les jeunes contrevenants, a blessé D.M. en l'agressant sexuellement, commettant ainsi une agression sexuelle grave en contravention de l'art. 246.3 du Code criminel.

Le juge du procès a conclu à l'absence de preuve de blessure et, par conséquent, n'a considéré que les infractions incluses d'agression sexuelle et d'agression sexuelle avec infraction de lésions corporelles.

Le plaignant, D.M., un écolier de la maternelle à l'école primaire de Sheho, était âgé de cinq ans à l'époque où l'infraction aurait été commise. Il a témoigné au procès sans prêter serment. Il a déposé que, pendant la récréation de l'après-midi du 9 mai 1986, lorsqu'il a quitté sa salle de classe pour aller boire de l'eau, l'appellant l'a entraîné dans la pièce du concierge à côté de la salle de toilettes des grands garçons. Selon le plaignant, l'appellant lui a ensuite baissé son pantalon, lui a tiré et tordu le pénis, le blessant ainsi, puis il l'a laissé dans la pièce du concierge. Au procès, il y a eu certaines contradictions relativement au témoignage du plaignant quant aux personnes impliquées mais le plaignant a régulièrement mentionné l'appellant et soutenu que c'était lui qui l'avait agressé dans la pièce du concierge.

P.M., the older brother of the victim, also gave unsworn evidence at trial. He testified that he had seen someone he could not identify take his brother into the janitor's room. After that person left, P.M. said that he let his brother out of the janitor's room and that D.M. then returned to his classroom.

Mrs. Seidlick, the complainant's kindergarten teacher, testified that on the day in question she noticed the complainant lying down on the carpet in the classroom away from the other students. She also noticed that he was upset and when she tried to find out what was bothering him he complained of soreness. She further testified that the complainant had informed her that the big boys had hurt him and that he had named the appellant as one of the students involved.

D.M.'s parents testified as to his physical and emotional condition on the evening of the alleged offence. D.M. had complained to his father of a stomachache. The father testified that when he asked his son where it hurt the child indicated the area of his penis. His father examined him and noticed that the penis was swollen and distended. The child was immediately taken to Dr. Raju, who examined him. The doctor testified at trial and stated that when he examined the complainant he found that the child's penis was diffusely swollen and had a three millimetre abrasion inside the foreskin where it joins the glans. The doctor further testified that the injury was fresh, not self-inflicted, and estimated it to have been inflicted within 24 hours of the examination.

There was other Crown evidence including the testimony of Constable Lehman and Mrs. Bolingbrooke, a teacher at the school. Each testified that some time after the event the complainant was taken to the school and when the janitor's room was opened he exhibited signs of terror and fear. The complainant's parents also testified that they had noticed bed-wetting and other behavioural changes in the child.

P.M., le frère aîné de la victime, a également témoigné au procès sans prêter serment. Il a déposé qu'il avait vu une personne qu'il ne pouvait identifier entraîner son frère dans la pièce du concierge. Après le départ de cette personne, P.M. a dit qu'il avait fait sortir son frère de la pièce du concierge et que D.M. était ensuite retourné dans sa salle de classe.

Madame Seidlick, le professeur de maternelle du plaignant, a déposé que le jour en question, elle avait remarqué qu'il s'était couché sur le tapis dans la salle de classe loin des autres élèves. Elle a également remarqué qu'il était troublé et lorsqu'elle a tenté de découvrir ce qui le préoccupait, il s'est plaint de douleurs. Elle a en outre déposé que le plaignant l'a informé que les grands garçons lui avaient fait mal et a désigné l'appelant comme l'un d'eux.

Les parents de D.M. ont déposé relativement à son état physique et émotif le soir en question. D.M. s'est plaint à son père d'un mal de ventre. Le père a déposé que lorsqu'il a demandé à son fils de lui indiquer où il avait mal, l'enfant a montré la région de son pénis. Le père l'a examiné et a remarqué que le pénis était enflé et dilaté. L'enfant a immédiatement été amené chez le docteur Raju qui l'a examiné. Le médecin a témoigné au procès que lors de l'examen du plaignant il avait remarqué que le pénis de l'enfant était enflé et qu'il y avait une écorchure de trois millimètres à l'intérieur du prépuce à l'endroit où il rejoint le gland. Le médecin a en outre dit dans sa déposition que la blessure était récente et n'avait pas été infligée par la victime elle-même, et qu'il était d'avis qu'elle avait été infligée moins de 24 heures avant l'examen.

Le ministère public a présenté d'autres éléments de preuve dont les témoignages de l'agent Lehman et de M^{me} Bolingbrooke, une enseignante à l'école. Chacun a témoigné que, quelque temps après l'événement, le plaignant avait été ramené à l'école et qu'il avait montré des signes de crainte et de terreur quand on avait ouvert la pièce du concierge. Les parents du plaignant ont également témoigné qu'ils avaient constaté des mictions nocturnes et d'autres changements dans le comportement de l'enfant.

2. The Issue

The sole issue raised on this appeal is whether there was evidence that the trial judge should have accepted as being capable of corroborating the evidence of the unsworn complainant. The determination of this question turns on the interpretation of s. 586 of the *Criminal Code* which was in force at the time of trial. It provides:

586. No person shall be convicted of an offence upon the unsworn evidence of a child unless the evidence of the child is corroborated in a material particular by evidence that implicates the accused.

This provision was repealed by *An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, S.C. 1987, c. 24, s. 15, effective January 1, 1988. There is currently no statutory requirement for corroboration of an unsworn child's evidence in the *Criminal Code*. The related provisions of the *Canada Evidence Act* (s. 16(2), R.S.C. 1970, c. E-10) and the *Young Offenders Act* (s. 61(2)), which required an unsworn child's evidence to be corroborated by some other material evidence, have also been repealed.

3. The Courts Below

Saskatchewan Provincial Court (Chorneyko Prov. Ct. J., unreported)

The trial judge first stated that the evidence of the kindergarten teacher, parents and doctor satisfied him that the event described by the complainant took place on the date alleged in the information. Having decided that the event occurred Chorneyko Prov. Ct. J. did not rule on the probative value of the evidence of Constable Lehman and Mrs. Bolingbrooke.

The trial judge then turned to the question whether the complainant's unsworn evidence was corroborated in law, stating that this was the critical issue he had to deal with. He found first that the complainant's evidence was the only evidence which implicated the appellant since the

2. La question en litige

La seule question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir s'il y avait des éléments de preuve que le juge du procès aurait dû accepter pour corroborer le témoignage du plaignant non rendu sous serment. La réponse à cette question tient à l'interprétation de l'art. 586 du *Code criminel* qui était en vigueur au moment du procès. En voici le texte:

586. Personne ne doit être déclaré coupable d'une infraction sur le témoignage d'un enfant non rendu sous serment, à moins que le témoignage de l'enfant ne soit corroboré sur un point important par une preuve impliquant l'accusé.

Cette disposition a été abrogée par la *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, S.C. 1987, ch. 24, art. 15, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1988. Le *Code criminel* ne comporte actuellement aucune exigence législative en matière de corroboration du témoignage d'un enfant non rendu sous serment. Les dispositions connexes de la *Loi sur la preuve au Canada* (par. 16(2), S.R.C. 1970, ch. E-10) et de la *Loi sur les jeunes contrevenants* (par. 61(2)) qui exigeaient que la déposition d'un enfant non faite sous serment soit corroborée par d'autres preuves pertinentes ont également été abrogées.

3. Les juridictions inférieures

Cour provinciale de la Saskatchewan (le juge Chorneyko, inédit)

Le juge du procès a dit d'abord que les témoignages du professeur de maternelle, des parents et du médecin l'avaient convaincu que l'événement décrit par le plaignant avait eu lieu à la date alléguée dans la dénonciation. Après avoir décidé que l'événement avait eu lieu, le juge Chorneyko n'a pas rendu de décision sur la valeur probante des témoignages de l'agent Lehman et de M^{me} Bolingbrooke.

Le juge du procès a examiné ensuite la question de savoir si le témoignage non rendu sous serment par le plaignant était corroboré en droit, disant qu'il s'agissait de la question cruciale à régler. Il a conclu d'abord que le témoignage du plaignant était le seul élément de preuve qui impliquait

evidence of P.M. could not be used for corroborative purposes. He referred to *R. v. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658 (C.A.), for the principle applicable to the corroboration of unsworn evidence and noted that this principle was adopted in Canada in this Court's decision in *Paige v. The King*, [1948] S.C.R. 349. In his view, these cases clearly indicated that in order to constitute corroboration there must not only be independent evidence on some material particular but that such evidence must implicate the accused. The trial judge then considered some later cases such as *R. v. Chayko* (1984), 12 C.C.C. (3d) 157, in which the majority of the Alberta Court of Appeal suggested that the *Baskerville* test was too narrow. He reviewed the facts of the cases that were alleged to have expanded the test and stated:

Whether one considers the narrow view contained in the *Baskerville* principle or the wider view in *Chayko* and *Fiddler*, in my view, the result is the same. Although *Chayko* and *Fiddler* state that independent evidence does not have to show that the accused committed the crime, it is clear that the independent evidence must somehow connect the accused to the event complained of. This was the case in *Chayko* where the sworn evidence showed the accused buttoning up his trousers, coming from the area where the offences were alleged to have happened and messy hair. All this connects the accused to the event described by the unsworn testimony.

Likewise in *Bear*, the father of Joey comes to the house where the accused is holding the child in a battered condition. The brother slaps him, and the accused said nothing. Again, this is sworn evidence tending to connect the accused to the event.

In *Fiddler*, there is the sworn evidence of the accused being near the scene and coupled with his attempt to deny he was near the scene during the critical time. This evidence also connects the accused to the event.

Chorneyko Prov. Ct. J. concluded that in order to have corroboration in law there must be sworn evidence which somehow connected the accused to the event described. Applying this test to the facts he decided that even although there was evidence

l'appelant étant donné que le témoignage de P.M. ne pouvait servir à des fins de corroboration. Il a mentionné l'arrêt *R. v. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658 (C.A.) qui expose le principe applicable à la corroboration du témoignage non rendu sous serment, et a fait observer que, ce principe a été adopté au Canada dans l'arrêt de notre Cour *Paige v. The King*, [1948] R.C.S. 349. À son avis, ces arrêts indiquent clairement que pour qu'il y ait corroboration, il faut non seulement qu'il y ait un témoignage indépendant sur un point important mais aussi que ce témoignage implique l'accusé. Le juge du procès a examiné ensuite des décisions plus récentes comme *R. v. Chayko* (1984), 12 C.C.C. (3d) 157 dans laquelle la Cour d'appel de l'Alberta, à la majorité, a laissé entendre que le critère de l'arrêt *Baskerville* était trop restreint. Il a examiné les faits des affaires qui auraient élargi la portée du critère et dit:

[TRADUCTION] Que l'on considère l'interprétation restrictive contenue dans le principe de l'arrêt *Baskerville* ou l'interprétation plus large adoptée dans les arrêts *Chayko* et *Fiddler*, à mon avis, on parvient au même résultat. Bien que les arrêts *Chayko* et *Fiddler* disent que les témoignages indépendants n'ont pas à démontrer que l'accusé a commis le crime, il est clair que le témoignage indépendant doit d'une manière quelconque relier l'accusé à l'événement qui fait l'objet de la plainte. C'était le cas dans l'arrêt *Chayko* dans lequel le témoignage rendu sous serment indiquait que l'accusé rattachait son pantalon et avait les cheveux défaits en venant de l'endroit où les infractions auraient été commises. Ce témoignage associe l'accusé à l'événement décrit dans le témoignage non rendu sous serment.

De même, dans l'arrêt *Bear*, le père de Joey est arrivé à la maison où l'accusé tenait l'enfant qui avait été battu. Le frère l'a frappé et l'accusé n'a rien dit. Encore une fois, il s'agit d'un témoignage rendu sous serment qui tend à associer l'accusé à l'événement.

Dans l'arrêt *Fiddler*, l'accusé a déposé sous serment qu'il se trouvait près des lieux de l'agression pour ensuite tenter de nier qu'il était près des lieux au moment critique. Ce témoignage associe également l'accusé à l'événement.

Le juge Chorneyko a conclu que, pour avoir corroboration en droit, il doit y avoir un témoignage rendu sous serment qui associe d'une manière quelconque l'accusé à l'événement décrit. Appliquant ce critère aux faits, il a décidé que même s'il

corroborating the fact that the event had taken place, there was no independent evidence connecting the appellant to the event. He therefore found the appellant not guilty.

Saskatchewan Court of Appeal ((1988), 65 Sask. R. 134)

The Court of Appeal (Vancise, Wakeling and Gerwing J.J.A.) unanimously allowed the Crown's appeal and ordered a new trial. Writing for the court Vancise J.A. agreed that the origin of the English rule concerning corroboration is to be found in *Baskerville*, *supra*. He went on to state, however, that the narrow interpretation of the *Baskerville* test was considered and rejected by this Court in *Murphy and Butt v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 603. *Murphy and Butt* dealt with corroboration of the evidence of a complainant alleging sexual assault under s. 142 of the *Criminal Code*. After reviewing *Murphy and Butt* in depth the Court of Appeal then moved to this Court's decision in *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811, and noted that Dickson J. [as he then was] in *Vetrovec* had expressed the view that the inadequacy of the *Baskerville* test of corroboration was recognized by this Court in *Murphy and Butt*.

Vancise J.A., relying on the above *dicta* in *Vetrovec* and the approach taken to s. 142 of the *Criminal Code* in *Murphy and Butt*, concluded that this Court has not accepted the proposition that s. 586 of the *Criminal Code* embodies the *Baskerville* rule. The Court of Appeal found therefore that the trial judge was in error in insisting that the corroborating evidence connect the accused to the commission of the offence. It was the view of the court that the appropriate approach was to ask (1) has the child given evidence which implicates the accused? and, if so, (2) is that evidence corroborated in some material particular? A material particular, the court found, is one which tends to confirm that the witness's testimony is true and could be, but need not be, the "particular" of identification. Vancise J.A., applying this approach, found as follows at p. 142:

y avait un témoignage corroborant la réalité de l'événement, il n'existait aucun témoignage indépendant associant l'appellant à l'événement. Il a donc conclu que l'appellant n'était pas coupable.

^a *Cour d'appel de la Saskatchewan* ((1988), 65 Sask. R. 134)

La Cour d'appel (les juges Vancise, Wakeling et Gerwing), à l'unanimité, a accueilli l'appel du ministère public et ordonné un nouveau procès. Le juge Vancise, au nom de la Cour, convient que l'origine de la règle anglaise concernant la corroboration se trouve dans l'arrêt *Baskerville*, précité. ^b Toutefois, il ajoute que l'interprétation restrictive du critère exposé dans l'arrêt *Baskerville* a été examinée et rejetée par notre Cour dans l'arrêt *Murphy et Butt c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 603. ^c L'arrêt *Murphy et Butt* traitait de la corroboration du témoignage d'une plaignante alléguant une agression sexuelle visée à l'art. 142 du *Code criminel*. ^d Après un examen approfondi de l'arrêt *Murphy et Butt*, la Cour d'appel étudie l'arrêt de notre Cour dans l'affaire *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811 et remarque que le juge Dickson [tel était alors son titre], dans cet arrêt, a exprimé l'opinion que le caractère inadéquat du critère de la corroboration énoncé dans l'arrêt *Baskerville* a été reconnu par notre Cour dans l'arrêt *Murphy et Butt*. ^e ^f

Le juge Vancise en se fondant sur cette opinion incidente de l'arrêt *Vetrovec* et sur la position adoptée à l'égard de l'art. 142 du *Code criminel* dans l'arrêt *Murphy et Butt*, conclut que notre Cour n'a pas accepté l'argument selon lequel l'art. 586 du *Code criminel* exprime la règle énoncée dans l'arrêt *Baskerville*. Par conséquent, la Cour d'appel conclut que le juge du procès a commis une erreur en exigeant que le témoignage corroborant associe l'accusé à la perpétration de l'infraction. La cour est d'avis qu'il convient de se demander 1) si l'enfant a présenté un témoignage qui implique l'accusé et, dans l'affirmative, 2) si ce témoignage est corroboré sur un point important. La cour conclut qu'un point important est un point qui tend à confirmer la véracité de la déposition du témoin et qu'il pourrait être, mais n'est pas nécessairement, le «détail» qu'est l'identification. Le juge Vancise en appliquant cette position conclut ce qui suit à la p. 142: ^g ^h ⁱ ^j

In this case the child, D.M., gave evidence as to what transpired. That evidence implicated the accused as a perpetrator. The evidence as to what transpired was confirmed in every material respect (except in respect of the identity of the perpetrator) by independent evidence. As the trial judge noted, the evidence of the teacher, the parents and the doctor, confirmed that the story as told by D.M. took place. It was material evidence which elevated the testimony of D.M. and confirmed the story, even though there was no evidence, save that of D.M., pointing to the accused as the perpetrator.

Vancise J.A. concluded that the trial judge erred in law in failing to find that the evidence of D.M. was confirmed in a material particular. Because of this conclusion it was necessary to order a new trial. He went on to state that it did not follow that a conviction must automatically result, only that there was evidence which was capable of constituting corroboration and which must be considered on the question of guilt or innocence.

I note at this point that Wakeling J.A., with Gerwing J.A. concurring, made some additional comments with respect to the helpfulness of expert testimony on the issue of corroboration and the treatment that should be accorded such evidence. However, since this concurrence is raised directly in the matter of *R. v. G.B., A.B. and C.S.* in the appellants' written argument, I defer my comments and a review of Wakeling J.A.'s reasons until I deal specifically with that appeal.

4. Analysis

The appellant submits that in order to corroborate the complainant's testimony and allow a decision to be reached by the trier of fact on the merits of the case, there must be evidence which in some way connects the accused to the commission of the crime. The appellant does not argue that the corroboration must be direct evidence of the accused's involvement but contends rather that it is not enough for the corroborating evidence to enhance the credibility of the complainant if it does not relate to a material particular implicating the

[TRADUCTION] En l'espèce, l'enfant, D.M., a témoigné sur ce qui s'est produit. Ce témoignage impliquait l'accusé comme l'auteur du délit. Le témoignage sur ce qui s'est produit a été confirmé sur tous les points importants (sauf en ce qui a trait à l'identité de l'auteur) par des témoignages indépendants. Comme le juge du procès l'a fait remarquer, les témoignages de l'enseignante, des parents et du médecin, ont confirmé que la version des faits présentée par D.M. était véridique. Il s'agissait d'éléments de preuve importants qui soutenaient le témoignage de D.M. et confirmaient son récit, même s'il n'y avait pas de preuve, à l'exception du témoignage de D.M., identifiant l'accusé comme l'auteur du délit.

Le juge Vancise conclut que le juge du procès a commis une erreur de droit en omettant de conclure que le témoignage de D.M. était confirmé sur un point important. En raison de cette conclusion, il estime nécessaire d'ordonner un nouveau procès. Il ajoute que cela ne signifie pas qu'une déclaration de culpabilité doit automatiquement être prononcée, mais seulement qu'il y avait une preuve susceptible de constituer une corroboration qu'il fallait examiner relativement à la question de la culpabilité ou de l'innocence.

Je note à ce propos que le juge Wakeling, avec l'appui du juge Gerwing, a présenté certaines observations supplémentaires sur l'utilité du témoignage d'expert en matière de corroboration et sur la manière de traiter un tel témoignage. Toutefois, comme cette opinion concordante est invoquée directement dans les arguments écrits des appelants dans *R. c. G.B., A.B. et C.S.*, je ferai mes observations sur ce point et l'examen des motifs du juge Wakeling dans le cadre de cet autre pourvoi.

4. Analyse

L'appelant soutient que pour corroborer le témoignage du plaignant et pour permettre au juge des faits de rendre une décision sur le fond de l'affaire, il doit y avoir un élément de preuve qui d'une certaine manière associe l'accusé à la perpétration du crime. L'appelant ne soutient pas que la corroboration doit être un élément de preuve direct de la participation de l'accusé mais soutient plutôt qu'il n'est pas suffisant que l'élément de preuve corroborant accroisse la crédibilité du plaignant s'il ne se rapporte pas à un point important qui

accused. Accordingly, the Court of Appeal erred in holding that the evidence of the complainant's teacher, his parents, and a doctor who examined him, corroborated his evidence as required by s. 586 of the *Criminal Code*.

The Crown, on the other hand, supports the Court of Appeal's interpretation of the section and argues that the evidence need only corroborate in some material particular the statements of the complainant which implicate the accused. The issue joined on the appeal then is which of these two positions is correct.

I note at the outset that the facts of this case are clear. As found by both the trial judge and the Court of Appeal there is corroborating evidence that the assault took place at the time and place the complainant alleged. However, there is no evidence, apart from the complainant's identification of the appellant, that points to the appellant as having been the perpetrator of the assault. Accordingly, if the appellant's position is correct, the appeal must be allowed; if the Crown's position is correct, the appeal must be dismissed.

I begin with a brief historical overview of corroboration in order to set the stage for the review of the case law and discussion that follows.

(a) *Historical Overview*

In the early history of the common law children under the age of fourteen were automatically disqualified from giving testimony regardless of their intelligence or religious instruction. This was due to a perceived natural lack of intelligence of young children which would lessen their capacity to understand either what they were testifying about or the nature of the obligations that testifying under oath entailed. However, in the late eighteenth century the law concentrated on the young witness's ability to understand the nature and consequences of an oath and the age limit was dropped as a strict requirement. In *R. v. Brasier* (1779), 1 Leach 199, 168 E.R. 202, for example, the court held that there was no precise or fixed rule as to the time within which infants must be precluded from giving evidence.

implique l'accusé. Ainsi, la Cour d'appel aurait commis une erreur en concluant que les témoignages du professeur, des parents du plaignant et d'un médecin qui l'a examiné corroboreraient son témoignage comme l'exigeait l'art. 586 du *Code criminel*.

Par ailleurs, le ministère public appuie l'interprétation de l'article par la Cour d'appel et soutient que l'élément de preuve doit seulement corroborer sur un point important les déclarations du plaignant qui impliquent l'accusé. La question litigieuse dans ce pourvoi est donc de savoir laquelle de ces deux thèses est correcte.

Je souligne tout d'abord que les faits de l'espèce sont clairs. Comme l'ont conclu le juge du procès et la Cour d'appel, il existe des preuves qui corroborent que l'agression a eu lieu au moment et à l'endroit allégués par le plaignant. Toutefois, à part l'identification de l'appellant par le plaignant, aucun élément de preuve n'indique que l'appellant est l'auteur de l'agression. Par conséquent, si la thèse de l'appellant est correcte, le pourvoi doit être accueilli; si la thèse du ministère public est correcte, le pourvoi doit être rejeté.

Je commence tout d'abord par un bref aperçu historique de la corroboration pour établir le cadre de l'examen de la jurisprudence et de la discussion qui en découle.

a) *Aperçu historique*

Aux débuts de l'histoire de la common law, les témoignages d'enfants âgés de moins de quatorze ans étaient automatiquement exclus, sans qu'il soit tenu compte de leur intelligence ni de leur éducation religieuse. Il en était ainsi parce que l'on pensait que les jeunes enfants n'avaient pas l'intelligence naturelle nécessaire et par conséquent la capacité de comprendre l'objet de leur témoignage ou la nature des obligations afférentes au témoignage sous serment. Toutefois, à la fin du dix-huitième siècle, le droit a mis l'accent sur la capacité du jeune témoin de comprendre la nature et les conséquences d'un serment et la limite d'âge a été délaissée comme exigence stricte. Par exemple, dans l'arrêt *R. v. Brasier* (1779), 1 Leach 199, 168 E.R. 202, la cour a conclu qu'il n'y avait pas de règle précise ou établie quant à l'âge où il fallait interdire les témoignages de jeunes enfants.

In the late nineteenth century England enacted legislation to permit the receipt of unsworn testimony from children provided "other material evidence" was available to corroborate such testimony (*Criminal Law Amendment Act, 1885* (U.K.), 48 & 49 Vict., c. 69, s. 4). Canada adopted similar legislation in 1890 (*An Act further to amend the Criminal Law*, S.C. 1890, c. 37, s. 13) and in 1893 enacted the forerunner of the recently repealed provision of the *Canada Evidence Act* (S.C. 1893, c. 31, s. 25) which allowed the unsworn evidence of children to be admitted provided the child possessed sufficient intelligence to justify the reception of the evidence and understood the duty to speak the truth. Under the original *Criminal Code* of 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 685, the unsworn evidence of children could not be admitted unless it was corroborated by "some other material evidence in support thereof implicating the accused" and was only allowed for the offences of carnal knowledge and indecent assault. The unsworn evidence of a child in any other case had to be received under the *Canada Evidence Act* until the *Criminal Code* of 1954, S.C. 1953-54, c. 51, was enacted. Despite the difference in wording between the *Criminal Code* and the *Canada Evidence Act*, the degree of corroboration required was thought to be the same: see *R. v. Silverstone*, [1934] 1 D.L.R. 726 (Ont. C.A.) Thus, for over 100 years the law in Canada has required the unsworn evidence of children to be corroborated.

In recent years there has been considerable criticism of the rule regarding corroboration both in judicial decisions and academic commentaries. In 1976 the Law Reform Commission of Canada expressed the view that the corroboration rule was unnecessary: see *Report on Evidence* (1975), reprinted in (1976), 34 C.R.N.S. 26, at p. 33. The *Badgley Report* recommended that the statutory requirement of corroboration of an unsworn child's evidence be abolished and that the weight to be given their evidence should be a matter for the trier of fact: see *Sexual Offences Against Children in Canada: Summary of the Report of the Com-*

À la fin du dix-neuvième siècle, l'Angleterre a adopté une loi pour autoriser la présentation de témoignages d'enfants non rendus sous serment à la condition qu'il y ait [TRADUCTION] «d'autres éléments de preuve importants» pour corroborer leur témoignage (*Criminal Law Amendment Act, 1885* (R.-U.), 48 & 49 Vict., ch. 69, art. 4). Le Canada a adopté une loi semblable en 1890 (*Loi modifiant le droit criminel*, S.C. 1890, ch. 37, art. 13) et, en 1893, il a adopté l'article qui est le prédécesseur de la disposition récemment abrogée de la *Loi sur la preuve au Canada* (S.C. 1893, ch. 31, art. 25) et qui permettait l'admission du témoignage d'un enfant non rendu sous serment à la condition que celui-ci ait une intelligence suffisante pour justifier la réception de la preuve et qu'il comprenne l'obligation de dire la vérité. Aux termes du premier *Code criminel* de 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 685, le témoignage des enfants non rendu sous serment ne pouvait être admis s'il n'était pas corroboré par une «quelque autre preuve essentielle impliquant l'accusé» et n'était permis que pour les infractions relatives aux rapports sexuels et à l'attentat à la pudeur. Jusqu'à l'adoption du *Code criminel* de 1954, S.C. 1953-54, ch. 51, le témoignage d'un enfant non rendu sous serment dans tout autre cas devait être reçu aux termes de la *Loi sur la preuve au Canada*. Malgré la différence entre les textes du *Code criminel* et de la *Loi sur la preuve au Canada*, le degré de corroboration nécessaire était considéré le même: voir *R. v. Silverstone*, [1934] 1 D.L.R. 726 (C.A. Ont.) Donc, pendant plus de cent ans le droit au Canada a exigé la corroboration du témoignage d'un enfant non rendu sous serment.

Ces dernières années, la règle concernant la corroboration a fait l'objet de nombreuses critiques dans la jurisprudence et dans la doctrine. En 1976, la Commission de réforme du droit du Canada a exprimé l'opinion que la règle de la corroboration n'était pas nécessaire: voir *Rapport sur la preuve* (1975), réimprimé dans (1976), 34 C.R.N.S. 26 à la p. 33. Le *Rapport Badgley* a recommandé que l'exigence législative de la corroboration du témoignage d'un enfant non rendu sous serment soit abolie et que l'importance à accorder à leur témoignage relève du juge des faits: voir *Infractions d'ordre sexuel contre des enfants au Canada:*

mittee on Sexual Offences Against Children and Youths (1984).

The criticism of the rules was not without effect. This Court's decision in *Vetrovec, supra*, eliminates the common law rule relating to accomplices and the *Criminal Code* provision dealing with corroboration of a complainant's evidence in rape cases was repealed by the *Criminal Law Amendment Act, 1975*, S.C. 1974-75-76, c. 93, s. 8. As mentioned, the provision requiring corroboration of proof based on the unsworn evidence of a child has also been repealed and the provisions allowing unsworn children to give evidence have become more liberal. These changes are evidence of the decline in importance of the need for corroboration due to the recognition that the trier of fact is competent to weigh the evidence and credibility of all witnesses. It also reflects a desire to overcome technical impediments in the prosecution of offences. Nevertheless, this appeal must be decided on the basis of the legislative limitations upon an unsworn child's testimony that were in place at the time of trial.

(b) *Case Law*

Any review of the case law dealing with corroboration must begin with a discussion of *Baskerville*. At issue in the case was the scope of the rule of practice requiring corroboration of the evidence of an accomplice but Lord Reading C.J. for the court stated that the rule was the same for statutory requirements. Lord Reading pointed out that it was clearly not necessary for the evidence of an accomplice to be confirmed in every detail but that a difference of opinion had arisen as to whether it was essential that the corroborative evidence connect the accused with the crime. After a review of the authorities the court concluded that the better opinion was that the evidence must be confirmed not only as to the circumstances of the crime but also as to the identity of the accused. Quoting from p. 667:

Sommaire du rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes (1984).

a La critique des règles n'a pas été sans effet. La décision de notre Cour dans l'arrêt *Vetrovec*, précité, élimine la règle de common law relative aux complices et la disposition du *Code criminel* relative à la corroboration du témoignage d'un plaignant dans les cas de viol a été abrogée par la *Loi de 1975 modifiant le droit criminel*, S.C. 1974-75-76, ch. 93, art. 8. Comme je l'ai mentionné précédemment, la disposition exigeant la corroboration d'une preuve fondée sur le témoignage d'un enfant non rendu sous serment a également été abrogée et les dispositions permettant à un enfant qui n'a pas prêté serment de témoigner sont devenues plus libérales. Ces modifications démontrent que la nécessité de corroboration a perdu de l'importance en raison de la reconnaissance de la compétence du juge des faits à évaluer la preuve et la crédibilité de tous les témoins. Elles traduisent également le désir d'écartier des obstacles de procédure dans la poursuite des infractions. Néanmoins, le présent pourvoi doit être réglé sur le fondement des restrictions législatives relatives au témoignage d'un enfant non rendu sous serment qui étaient en vigueur au moment du procès.

f b) *La jurisprudence*

g Tout examen de la jurisprudence en matière de corroboration doit débiter par une discussion de l'arrêt *Baskerville*. La question soulevée dans cette affaire visait la portée de la règle de pratique exigeant la corroboration du témoignage d'un complice mais le juge en chef lord Reading, au nom de la Cour, a dit que la règle était la même pour les exigences législatives. Lord Reading a souligné que, de toute évidence, il n'était pas nécessaire que le témoignage d'un complice soit confirmé sur chaque point mais qu'il y avait une différence d'opinion sur la question de savoir s'il était essentiel que le témoignage corroborant associe l'accusé au crime. Après un examen de la jurisprudence et de la doctrine, la cour a conclu que l'opinion la mieux fondée était celle selon laquelle le témoignage devait être confirmé non seulement sur les circonstances du crime mais également sur l'identité de l'accusé. Il a dit à la p. 667:

We hold that evidence in corroboration must be independent testimony which affects the accused by connecting or tending to connect him with the crime. In other words, it must be evidence which implicates him, that is, which confirms in some material particular not only the evidence that the crime has been committed, but also that the prisoner committed it. The test applicable to determine the nature and extent of the corroboration is thus the same whether the case falls within the rule of practice at common law or within that class of offences for which corroboration is required by statute. The language of the statute, "implicates the accused," compendiously incorporates the test applicable at common law in the rule of practice. The nature of the corroboration will necessarily vary according to the particular circumstances of the offence charged. It would be in high degree dangerous to attempt to formulate the kind of evidence which would be regarded as corroboration, except to say that corroborative evidence is evidence which shows or tends to show that the story of the accomplice that the accused committed the crime is true, not merely that the crime has been committed, but that it was committed by the accused. [Emphasis added.]

It is the interpretation of this passage which seems to have caused confusion in recent years. The majority of the Alberta Court of Appeal in *Chayko* found the judgment in *Baskerville* hard to interpret and noted that different courts have interpreted it in different ways. Kerans J.A., for the majority, relying on the latter portion of the above excerpt, concluded that Lord Reading intended the words "implicates the accused" to refer only to an implication of guilt arising from the evidence that requires corroboration.

The Crown relies heavily on Kerans J.A.'s judgment. It submits that the *Baskerville* rule is open to two interpretations. The first, or narrow rule, sees corroborative evidence as independent evidence that itself implicates the accused. The second, and considerably broader interpretation, is that if the witness identifies the accused and the evidence of the witness is confirmed in some material particular, then there is corroboration in law of that witness's evidence. The Crown advocates the broader interpretation. However, in my view, support for the broader interpretation is not to be found in Lord Reading's judgment. He made it

[TRANSLATION] Nous décidons que la preuve apportée en corroboration doit être un témoignage indépendant qui vise l'accusé et l'associé ou tend à l'associer à l'infraction. En d'autres termes, il faut que ce soit une preuve qui l'implique, c'est-à-dire qui confirme, sous un aspect important, non seulement la preuve que l'infraction a été commise, mais également que c'est l'accusé qui l'a commise. Le critère applicable pour déterminer la nature et la portée de la corroboration est donc le même que l'affaire s'inscrive dans le cadre de la règle de pratique de common law ou dans le cadre de la catégorie d'infractions pour lesquelles la corroboration est exigée en vertu de la loi. Dans la loi, l'expression «implicant l'accusé» incorpore de façon concise le critère applicable en common law dans la règle de pratique. La nature de la corroboration sera nécessairement différente selon les circonstances particulières de l'infraction imputée. Il serait très dangereux de tenter de formuler le genre de preuve qui serait considérée comme une corroboration, si ce n'est pour dire que la preuve corroborante démontre ou tend à démontrer la véracité de la version du complice selon laquelle l'accusé a commis le crime, non seulement que le crime a été commis, mais qu'il a été commis par l'accusé. [Je souligne.]

C'est l'interprétation de cet extrait qui semble avoir causé de la confusion ces dernières années. La Cour d'appel de l'Alberta, à la majorité, a conclu dans l'arrêt *Chayko* que l'arrêt *Baskerville* était difficile à interpréter et a fait remarquer que différents tribunaux l'avaient interprété de manière différente. Au nom de la majorité, le juge Kerans, se fondant sur la dernière partie de l'extrait précité, a conclu que lord Reading était d'avis que les termes «implicant l'accusé» visaient uniquement une implication de culpabilité découlant d'un élément de preuve qui exige la corroboration.

Le ministère public s'appuie largement sur les motifs du juge Kerans et soutient que la règle de l'arrêt *Baskerville* se prête à deux interprétations. La première, ou la règle restrictive, considère la preuve corroborante comme une preuve indépendante qui implique par elle-même l'accusé. La deuxième, beaucoup plus large, porte que si le témoin identifie l'accusé et que la déposition du témoin est confirmée sur un point important, il y a alors corroboration en droit de la déposition de ce témoin. Le ministère public adopte l'interprétation large. Toutefois, à mon avis, les motifs de lord Reading n'appuient pas cette interprétation large.

abundantly clear throughout his reasons that there had to be corroborative evidence as to a material circumstance of the crime and as to the identity of the accused in relation to that crime. In *Vetrovec*, Dickson J. shared this view, stating at p. 826:

Prior to the judgment of Lord Reading, there had been controversy over whether corroborative evidence must implicate the accused, or whether it was sufficient if it simply strengthened the credibility of the accomplice. Lord Reading settled the controversy in favour of the former view.

In the years following *Baskerville* the narrow interpretation of the rule was approved in numerous decisions of this Court. One text writer has commented that this Court acted upon the narrow interpretation of the rule on at least fifteen occasions over a period of sixty years: see Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (1988), vol. 1, at p. 613. For example, in *Hubin v. The King*, [1927] S.C.R. 442, Anglin C.J., for the Court, stated at p. 444:

Since the decision of the Court of Criminal Appeal in *R. v. Baskerville*, the requirements of the provision now found in s. 1002 admit of no doubt. The corroboration must be by evidence independent of the complainant; and it "must tend to show that the accused committed the crime charged".

In *R. v. Parish*, [1968] S.C.R. 466, this Court, per Ritchie J., again relied on *Baskerville* when applying the rule for corroboration as set out in the *Criminal Code* (then s. 134) for evidence given by the complainant in a rape case, the same provision at issue in *Hubin*. Ritchie J. held that even although the corroborating evidence need not be direct evidence that the accused committed the crime, circumstantial evidence being sufficient, it must nonetheless touch upon the accused's connection with the crime. On the facts of that case the corroborating evidence implicated the accused without touching upon the question whether or not there had been actual intercourse between the accused and the complainant. This was held sufficient to constitute corroboration in law.

Il a dit très clairement dans ses motifs qu'il devait y avoir une preuve corroborante ayant trait à une circonstance importante du crime et à l'identité de l'accusé relativement à ce crime. Dans l'arrêt *a Vetrovec*, le juge Dickson a partagé cette opinion, et a dit à la p. 826:

Avant l'arrêt de lord Reading, la question de savoir si la preuve corroborante devait impliquer l'accusé ou s'il suffisait qu'elle renforce la crédibilité du complice faisait l'objet d'une controverse. Lord Reading y a mis fin en adoptant la première solution.

Dans les années qui ont suivi l'arrêt *Baskerville*, l'interprétation restrictive de la règle a été approuvée dans de nombreux arrêts de notre Cour. Un auteur a écrit que notre Cour s'était prononcée en se fondant sur l'interprétation restrictive de la règle à quinze reprises au moins sur une période de soixante ans: voir Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (1988), vol. 1, à la p. 613. Par exemple dans l'arrêt *Hubin v. The King*, [1927] R.C.S. 442, le juge en chef Anglin, au nom de la Cour, a dit à la p. 444:

[TRADUCTION] Depuis la décision de la Cour d'appel, juridiction criminelle, dans *R. v. Baskerville*, les exigences de l'art. 1002 ne permettent aucun doute. La corroboration doit être fondée sur une preuve indépendante de la plaignante et, en outre, elle «doit tendre à démontrer que l'accusé a commis le crime allégué».

Dans l'arrêt *R. v. Parish*, [1968] R.C.S. 466, notre Cour, dans un jugement prononcé par le juge Ritchie, s'est de nouveau fondée sur l'arrêt *Baskerville* lorsqu'elle a appliqué la règle de corroboration énoncée dans le *Code criminel* (alors l'art. 134) à l'égard du témoignage donné par la plaignante dans une affaire de viol, la disposition qui était également en cause dans l'arrêt *Hubin*. Le juge Ritchie a conclu que, même si le témoignage corroborant n'avait pas à être un élément de preuve direct que l'accusé avait commis le crime, une preuve circonstancielle étant suffisante, il devait néanmoins porter sur le rapport entre l'accusé et le crime. D'après les faits de cette affaire, le témoignage corroborant impliquait l'accusé sans porter sur la question de savoir s'il y avait réellement eu des rapports sexuels entre l'accusé et la plaignante. On a jugé que c'était suffisant pour constituer une corroboration en droit.

There was little controversy as to what the common law rule was or what the statute required until 1976 when this Court delivered two contemporaneous judgments addressing statutory corroboration in the context of rape. As in this case, the provision in question was in effect when the events took place but was repealed prior to this Court's decisions. Several commentators and courts have viewed these cases as leading to the demise of *Baskerville*.

In *Warkentin v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 355, this Court considered the requirements for statutory corroboration when one of the live issues for determination was the identity of the alleged rapists. Section 142 of the *Criminal Code* was still in force at the relevant time and provided that there must be a warning to the jury if the evidence of the complainant "is not corroborated in a material particular by evidence that implicates the accused".

In *Warkentin*, the complainant testified that she had been seized by the three accused and a fourth man, forced into a red Ford Mustang, and taken to an isolated place where she was raped by one of the men while two others held her arms and the fourth stood by laughing. After managing to escape she was picked up by two friends who testified to her distraught condition at the time. The trial judge left the following items with the jury as evidence of corroboration and the accused were convicted: evidence of the association of the accused with the complainant earlier in the evening, the complainant's distraught condition, the finding of sperm on the complainant, the finding of scalp hair that could have come from one of the accused, and the finding of pine needles in the complainant's underclothing that could have come from the scene of the alleged rape.

In this Court the appellants argued that there were three separate issues, namely intercourse, consent, and identity, in respect of each accused, and that the trial judge had erred in failing to distinguish which pieces of evidence were capable of corroborating the evidence of the complainant on each issue. The majority of this Court (Laskin

Il n'y a pas eu grande controverse sur la règle de common law ou ce qu'exigeait la loi jusqu'à ce que, en 1976, notre Cour rende simultanément deux arrêts concernant les exigences législatives en matière de corroboration dans le contexte du viol. Comme en l'espèce, la disposition en cause était en vigueur lorsque les événements avaient eu lieu mais avait été abrogée avant les arrêts de notre Cour. Plusieurs auteurs et tribunaux ont interprété ces décisions comme le rejet de l'arrêt *Baskerville*.

Dans l'arrêt *Warkentin c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 355, notre Cour a examiné les exigences législatives en matière de corroboration lorsque l'une des questions en litige portait sur l'identité des violeurs. L'article 142 du *Code criminel* était toujours en vigueur au moment pertinent et prévoyait qu'il fallait mettre en garde le jury dans les cas où le témoignage de la plaignante «n'est pas corroboré sur un détail important par une preuve qui implique le prévenu».

Dans l'arrêt *Warkentin*, la plaignante avait déposé que les trois accusés et un quatrième homme s'étaient emparés d'elle, l'avaient fait entrer de force dans une Ford Mustang rouge et l'avaient conduite dans un endroit isolé où l'un des hommes l'avait violée pendant que deux autres lui tenaient les bras et que le quatrième se tenait près d'eux et riait. Après avoir réussi à s'enfuir, elle avait été recueillie par deux amis qui avaient témoigné sur son désarroi à ce moment-là. Le juge du procès a indiqué au jury que les éléments suivants pouvaient servir de corroboration, et les accusés ont été déclarés coupables: la preuve de la rencontre des accusés et de la plaignante plus tôt dans la soirée, le désarroi de la plaignante, la présence de sperme sur la plaignante, la présence de cheveux qui pouvaient provenir de l'un des accusés et la présence d'aiguilles de pin dans les sous-vêtements de la plaignante qui pouvaient provenir de l'endroit où aurait eu lieu le viol.

Devant notre Cour, les appelants avaient soutenu qu'il y avait trois questions distinctes à l'égard de chaque accusé, c'est-à-dire les rapports sexuels, le consentement et l'identité, et que le juge du procès avait commis une erreur parce qu'il n'avait pas fait de distinction entre les éléments de preuve susceptibles de corroborer le témoignage de

C.J. and Spence, Pigeon and Dickson JJ. dissenting) affirmed the trial judge's decision and concluded that, while none of the items on their own could have provided corroboration, taken together the evidence was capable of establishing each of the elements of the offence and greatly enhanced the credibility of the complainant's evidence. De Grandpré J., for the majority, rejected the view that the identity of each accused had to be corroborated separately in the case of a gang rape. He wrote at p. 379:

I am satisfied that the corroborative evidence of which s. 142 speaks need not identify each accused separately when the evidence to be corroborated is that a gang rape has been committed. It is sufficient to establish that intercourse without consent has taken place and that the group was a party to it. In the same fashion, I cannot accept the submission that the corroborative evidence of s. 142 must be pigeonholed in three different slots, namely intercourse, non-consent and identity. The wording of the section goes against that interpretation. On the text of the article, there is corroboration when the story of the complainant is "corroborated in a material particular by evidence that implicates the accused". It is the entire picture that must be looked at, not a portion thereof.

During the course of his reasons, de Grandpré J. made several statements suggesting that there should be a relaxation of the requirements of corroboration and that corroboration should be treated as a matter of common sense without strict adherence to formalities. He stated at p. 374:

Corroboration is not a word of art. It is a matter of common sense. In recent years, this Court has repeatedly refused to give a narrow legalistic reading of that word and to impose upon trial judges artificial restraints in their instructions to juries or to themselves.

In writing the dissenting opinion, Dickson J. stated that the corroboration required by the section was not corroboration in the sense of evidence which tends merely to confirm or support the story of the complainant. Rather, the section specifies that in order to be corroborative the evidence must be on a material point in the case and, above all,

la plaignante à l'égard de chaque question. Notre Cour à la majorité (le juge en chef Laskin et les juges Spence, Pigeon et Dickson étaient dissidents) a confirmé la décision du juge du procès et a conclu que, bien qu'aucun des éléments de preuve n'ait pu en soi fournir la corroboration, la preuve dans son ensemble pouvait établir chacun des éléments de l'infraction et accroître considérablement la crédibilité du témoignage de la plaignante. Le juge de Grandpré, au nom de la majorité, a rejeté le point de vue que l'identité de chaque accusé devait être corroborée séparément dans le cas d'un viol collectif. Il a écrit à la p. 379:

Je suis convaincu qu'il n'est pas nécessaire que la preuve corroborante prévue à l'art. 142 identifie chaque accusé séparément lorsque le témoignage à corroborer porte sur la perpétration d'un viol collectif. Il suffit d'établir qu'il y a eu rapports sexuels, sans consentement, et participation du groupe. De même je ne puis admettre qu'il faille compartimenter la preuve corroborante prévue à l'art. 142 en trois éléments distincts à savoir les rapports sexuels, l'absence de consentement et l'identité, car le libellé de l'article ne permet pas pareille interprétation. En effet, aux termes de cet article, il y a corroboration lorsque la version de la plaignante est «corroborée sur un détail important par une preuve qui implique le prévenu». Il faut donc considérer l'ensemble du témoignage.

Dans ses motifs, le juge de Grandpré a laissé entendre à plusieurs reprises qu'il faudrait assouplir les exigences en matière de corroboration et qu'il faudrait traiter cette corroboration comme une question de bon sens n'exigeant pas de s'en tenir strictement aux formalités. Il a dit à la p. 374:

La corroboration n'est pas une notion technique. C'est une simple question de bon sens. Ces dernières années, cette Cour a refusé à plusieurs reprises de donner une interprétation legaliste et étroite à ce terme et d'imposer aux juges du procès des restrictions artificielles aux directives qu'ils adressent au jury ou qu'eux-mêmes doivent suivre.

Dans ses motifs de dissidence, le juge Dickson a dit que la corroboration exigée par l'article n'était pas la corroboration correspondant à un élément de preuve qui tend simplement à confirmer ou appuyer la version de la plaignante. L'article précise plutôt que, pour être corroborant, un élément de preuve doit porter sur un élément important de

must implicate the accused by connecting or tending to connect him with the alleged offence. Dickson J. also noted that the corroborating evidence must be independent of the acts or words of the complainant.

The Court's judgment in *Murphy and Butt*, *supra*, was delivered on the same day, Spence J. writing the majority opinion and Laskin C.J. and Dickson J. dissenting in part. The Crown relies on this case for the proposition that the narrow interpretation of *Baskerville* has been rejected by this Court. The two appellants had been convicted of rape at trial. Murphy, one of the appellants, admitted having sexual relations with the complainant but claimed it was consensual. Butt, the other appellant, denied that any sexual relations had taken place. The corroborating evidence put forward by the Crown was the police evidence of the complainant's distraught condition shortly after the alleged offence. It was clear that this evidence could corroborate the complainant's absence of consent with respect to Murphy. The difficulty arose as to whether the same evidence could corroborate the complainant's testimony against Butt. Spence J., writing for the majority, found that there was sufficient corroborating evidence as to the intercourse between the complainant and Butt, a conclusion which suggests a departure from the previous strict interpretation of the statutory provision. He stated at pp. 615-16:

It [s. 142 of the *Code*] is firstly called into force when "the only evidence that implicates the accused is the evidence, given under oath, of the female person in respect of whom the offence is alleged to have been committed". Those conditions do apply to the present case. Then what is required is "that evidence is not corroborated in a material particular by evidence that implicates the accused". So that what is required to be corroborated is a material particular of the evidence of the complainant. The evidence of the complainant was, as I have already recited, that she was taken by these two appellants acting under a pretence of friendship to the apartment which they occupied and then raped first by the appellant Murphy and then by the appellant Butt. It is a material particular of that evidence which

l'affaire et, par-dessus tout, doit impliquer l'accusé en établissant ou en tendant à établir un lien entre l'accusé et l'infraction alléguée. Le juge Dickson a également souligné que la preuve corroborante doit être indépendante des actes ou des paroles de la plaignante.

L'arrêt *Murphy et Butt*, précité, de notre Cour, a été rendu le même jour, le juge Spence rédigeant au nom de la majorité, le juge en chef Laskin et le juge Dickson étant en partie dissidents. Le ministère public se fonde sur cet arrêt pour avancer que l'interprétation restrictive de l'arrêt *Baskerville* a été rejetée par notre Cour. Les deux appelants avaient été déclarés coupables de viol au procès. Murphy, l'un des appelants, avait admis avoir eu des rapports sexuels avec la plaignante mais prétendait qu'elle y avait consenti, et Butt, l'autre appellant, niait avoir eu avec elle des rapports sexuels. L'élément de preuve corroborant présenté par le ministère public était le témoignage de la police relativement au désarroi de la plaignante peu après l'infraction alléguée. Il était clair que cet élément de preuve pouvait corroborer l'absence de consentement de la plaignante relativement à Murphy. Le problème était de savoir si le même élément de preuve pouvait corroborer le témoignage de la plaignante contre Butt. Le juge Spence, au nom de la majorité, a conclu qu'il y avait suffisamment d'éléments de preuve corroborants relativement aux rapports sexuels entre la plaignante et Butt, une conclusion qui semble s'écarter de l'interprétation stricte donnée auparavant à la disposition législative. Il a dit aux pp. 615 et 616:

En premier lieu, la règle [de l'art. 142 du *Code*] s'applique lorsque «la seule preuve qui implique le prévenu est le témoignage, rendu sous serment, de la personne du sexe féminin à l'égard de qui il est allégué que l'infraction a été commise». C'est le cas en l'espèce. Il faut en outre que «ce témoignage (ne soit) pas corroboré sur un détail important par une preuve qui implique le prévenu». La corroboration doit donc porter sur un détail important du *témoignage* de la plaignante. Comme je l'ai déjà indiqué, la plaignante a témoigné que les deux appelants, prétendant agir de façon amicale, l'ont emmenée à leur appartement et que d'abord l'appelant Murphy puis l'appelant Butt l'ont violée. C'est un détail important de ce témoignage qui doit être corroboré. Rien n'exige que tout son témoignage soit corroboré. Si

must be corroborated. There is no requirement that the whole of her evidence be corroborated. Were that the requirement, there would be no need for even the evidence of the complainant. The so-called corroborative evidence would be sufficient for a conviction.

It is all of that evidence plus the complainant's distraught condition upon which the Crown relies as corroboration of not only Murphy's but Butt's rape of the complainant. The jury were entitled to consider all of that evidence and to come to the conclusion that that evidence with its rather unusual outline of events does corroborate the evidence of the complainant. It was that evidence which the learned trial judge left to the jury as evidence which they might find corroborative of the complainant's testimony.

In my view, the learned trial judge was correct in his conclusion that that evidence was capable of corroborating the complainant's story implicating each of the accused. [Emphasis added.]

Chief Justice Laskin, however, was of a different view. He applied the stricter requirements of s. 142 as had Dickson J. in *Warkentin*. He concluded that the complainant's distraught condition was not corroborative because it did not implicate Butt. He would have allowed Butt's appeal, stating at p. 606:

I do not quarrel with the proposition that a complainant's hysterical condition or emotional distress, evident after the commission of an alleged rape, may be adduced in evidence as corroboration provided, however, that, in the words of s. 142, it is "evidence that implicates the accused". It cannot be said that evidence of a complainant's hysterical condition or emotional distress is capable of being corroborative at large and that it can be used accordingly against a particular accused simply because the complainant has alleged that he raped her. It may be evidence that is corroborative against an accused who admits sexual intercourse, as Murphy did, but who at the same time alleges consent. In such a case it may properly be regarded as supporting the complaint in a material particular, that is want of consent, and to implicate the accused because of his admission of intercourse. I am unable to understand, however, how a complainant's hysterical condition can implicate an accused in any material particular when he has denied intercourse and there is no other evidence (apart from the complainant's) that can support a finding of intercourse.

tel n'était pas le cas, le témoignage de la plaignante serait en fait inutile puisque la preuve corroborante suffirait alors pour prononcer une déclaration de culpabilité.

a

C'est sur tous ces éléments de preuve ainsi que sur l'état de désarroi de la plaignante que se fonde le ministère public pour corroborer la version de la plaignante selon laquelle non seulement Murphy mais Butt l'ont violée. Le jury était fondé à considérer tous ces témoignages et à conclure que la preuve, qui révélait des événements plutôt inhabituels, corroborait la version de la plaignante. C'est cette preuve que le savant juge de première instance a retenue lorsqu'il a indiqué au jury qu'elle pouvait corroborer le témoignage de la plaignante.

À mon avis, le savant juge de première instance a eu raison de conclure que cette preuve pouvait corroborer la version de la plaignante impliquant chacun des accusés. [Je souligne.]

d

Toutefois, le juge en chef Laskin avait une opinion différente. Il a appliqué les exigences plus strictes de l'art. 142 comme le juge Dickson dans l'arrêt *Warkentin*. Il a conclu que le désarroi de la plaignante n'était pas corroborant parce qu'il n'impliquait pas Butt. Il aurait accueilli le pourvoi de Butt, disant à la p. 606:

Je ne conteste pas la thèse selon laquelle l'état hystérique ou le désarroi de la plaignante, manifesté après la perpétration d'un prétendu viol, peut être présenté comme preuve corroborante, dans la mesure toutefois où il s'agit d'une preuve qui implique le prévenu selon les termes de l'art. 142. On ne peut soutenir que la preuve de l'état hystérique ou du désarroi de la plaignante peut servir de preuve corroborante générale et, qu'en conséquence, elle peut servir contre un accusé simplement parce que la plaignante prétend qu'il l'a violée. Cette preuve peut servir de corroboration contre un accusé qui admet avoir eu des rapports sexuels, comme Murphy, mais qui prétend en revanche qu'il y a eu consentement. Dans un tel cas, on peut à juste titre considérer que cette preuve étaye la plainte sur un détail important, soit l'absence de consentement, et qu'elle implique le prévenu puisqu'il a admis avoir eu des rapports sexuels. Cependant, je ne puis voir comment l'état hystérique d'une plaignante peut impliquer un prévenu sur un détail important quand il nie avoir eu des rapports sexuels et qu'aucun autre témoignage (sauf celui de la plaignante) ne permet d'en arriver à cette conclusion.

f

g

h

i

j

Both McWilliams (*Canadian Criminal Evidence* (2nd ed. 1984)) and Schiff, *op. cit.*, view these two cases as considerably weakening the requirements for statutory corroborative evidence. McWilliams states that the evidence in *Warkentin* was barely sufficient to be corroborative of identity and that Spence J. in *Murphy and Butt* construed s. 142 so that it would be sufficient if corroborative evidence went to one of the issues whether that issue was a live one or not. Schiff comments that *Murphy and Butt* can be taken as the case in which the majority rejected "implicating the accused" as a necessary element of corroboration. A. B. Clarke, an Associate of King's College, London, has also reviewed the two cases and says the Court rejected the *Baskerville* approach in favour of a search for evidence to support the victim's credibility with the jury: see "Corroboration in Sexual Cases", [1980] *Crim. L.R.* 362. Clarke writes at p. 363:

The rigid *Baskerville* formulation has given way to a search for circumstances and other testimony, more consistent with the truth of the victim's statements than their falsity, particularly in the areas of dispute—a concentration on the victim's story and the support for it.

On the other hand, both cases were analyzed by the Ontario Court of Appeal in *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193, and the court came to the conclusion that in both cases the requirement that the corroborating evidence link the accused in some way to the crime was maintained. Regarding *Warkentin* the court wrote at pp. 274-75:

In our view, the basis of the majority judgment is that the hair on the complainant's jeans, which was similar to that found on Warkentin, was capable of linking Warkentin to the offence. The admission by all the accused that they had been together earlier in the evening, coupled with the fact that they were arrested together, was capable of linking the other accused to Warkentin at the relevant time and, thus, the evidence was capable of implicating the entire group and each member of it in the commission of the offence. Whether those items, in fact, constituted corroboration was, of course, for the jury to determine.

McWilliams (*Canadian Criminal Evidence* (2^e éd. 1984)) et Schiff, *op. cit.*, sont d'avis que ces deux arrêts ont considérablement diminué les exigences en matière de preuve corroborante prévue par la loi. McWilliams dit que la preuve dans l'arrêt *Warkentin* était à peine suffisante pour corroborer l'identité et que le juge Spence, dans l'arrêt *Murphy et Butt*, a décidé que, selon l'art. 142, il suffisait que la preuve corroborante porte sur l'une des questions, qu'elle soit d'intérêt immédiat ou non. Schiff fait remarquer que l'arrêt *Murphy et Butt* peut être interprété comme l'arrêt dans lequel la Cour a rejeté à la majorité l'expression «implicquant l'accusé» comme un élément nécessaire de la corroboration. A. B. Clarke, un agrégé du King's College de Londres, a également examiné les deux arrêts et dit que la Cour a rejeté la position adoptée dans l'arrêt *Baskerville* en faveur de la recherche de preuves appuyant la crédibilité de la victime auprès du jury: voir «Corroboration in Sexual Cases», [1980] *Crim. L.R.* 362. Clarke écrit à la p. 363:

[TRADUCTION] La formulation rigide adoptée dans l'arrêt *Baskerville* a fait place à la recherche de circonstances et d'autres témoignages, qui appuient davantage la véracité des déclarations de la victime que leur fausseté, particulièrement dans les domaines litigieux—l'accent est mis sur la version de la victime et sur sa corroboration.

Par ailleurs, les deux arrêts ont été analysés par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193 et la cour est arrivée à la conclusion que, dans les deux cas, avait été maintenue l'exigence que la preuve corroborante associe l'accusé d'une certaine manière au crime. En ce qui a trait à l'arrêt *Warkentin*, la cour a écrit aux pp. 274 et 275:

[TRADUCTION] À notre avis, les motifs de la majorité se fondent sur le fait que les cheveux trouvés sur le pantalon de la plaignante qui étaient semblables à ceux trouvés sur Warkentin, étaient susceptibles d'associer Warkentin à l'infraction. Le fait que tous les accusés avaient admis avoir été ensemble pendant la soirée et le fait qu'ils avaient été arrêtés ensemble pouvaient associer les autres accusés à Warkentin au moment pertinent et donc, l'élément de preuve pouvait impliquer l'ensemble du groupe et chacun de ses membres dans la perpétration de l'infraction. Il incombait évidemment au jury de déterminer si ces éléments constituaient en fait une corroboration.

With respect to *Murphy and Butt*, the court was of the view that the evidence of Butt and Murphy looking for a prostitute and taking the complainant back to the apartment provided the implicating link to Butt that might not have been provided if the evidence of the complainant's distraught condition had been considered on its own. The court stated at p. 277:

Again, we consider that the difference of opinion reflected in the majority and minority judgments was merely a difference as to whether it was open to the jury to find that the evidence left with them as capable of being corroborative implicated the accused. Both the majority and minority judgments accept the proposition that evidence to be corroborative must implicate the accused in the commission of the offence.

It may be that at first glance *Warkentin* tends to support the Crown's submission that the element of identity by itself need not be corroborated and that any evidence that makes the complainant's story more credible on any issue is sufficient. However, it is my view that while this may be the correct interpretation of s. 586 of the *Criminal Code*, the majority decision in *Warkentin* provides only limited support for it. De Grandpré J. stated that while the circumstantial evidence taken piece by piece did not tend to show that intercourse had taken place without the consent of the complainant and with one or other of the accused, taken in its totality it was capable of establishing the three elements of the offence, including identity. This, I believe, tends to show that the majority believed there was independent evidence corroborative of identity. However, the judgment does suggest a weakening of the strict requirement of evidence corroborative of the accused's connection with the offence.

A broad reading of the judgment of Spence J. in *Murphy and Butt* leads me to conclude that he thought that any evidence that tended to corroborate in any respect the testimony of the witness whose evidence required corroboration would suffice. Thus, it would be sufficient if the corroborative evidence confirmed the complainant's story

En ce qui a trait à l'arrêt *Murphy et Butt*, la cour était d'avis que la preuve selon laquelle Butt et Murphy cherchaient une prostituée et avaient ramené la plaignante à leur appartement fournissait le lien permettant d'impliquer Butt qui n'aurait peut-être pas été fourni si la preuve concernant le désarroi de la plaignante avait été examinée d'une manière isolée. La cour a dit à la p. 277:

[TRADUCTION] Encore une fois, nous sommes d'avis que la différence d'opinion qui ressort des motifs de la majorité et de la minorité tenait simplement à savoir si le jury pouvait conclure que les éléments de preuve qui lui étaient présentés comme étant corroborants impliquaient l'accusé. Les motifs de la majorité et de la minorité ont admis l'argument selon lequel la preuve pour être corroborante doit impliquer l'accusé dans la perpétration de l'infraction.

À première vue, il se peut que l'arrêt *Warkentin* appuie l'argument du ministère public selon lequel l'élément de l'identité en lui-même n'a pas à être corroboré et que tout élément de preuve qui rend la version de la plaignante plus crédible à l'égard de toute question est suffisant. Toutefois, je suis d'avis que, bien que cela puisse être une juste interprétation de l'art. 586 du *Code criminel*, la décision de la Cour à la majorité dans l'arrêt *Warkentin* ne donne à cet argument qu'un appui limité. Le juge de Grandpré a dit que, même si la preuve indirecte examinée point par point ne tendait pas à démontrer qu'il y avait eu des rapports sexuels sans le consentement de la plaignante et avec l'un ou l'autre des accusés, cette preuve prise dans son ensemble pouvait démontrer les trois éléments de l'infraction, y compris l'identité. À mon avis, cela indiquerait que les juges de la majorité pensaient qu'il y avait une preuve indépendante qui corroborait l'identité. Toutefois, l'arrêt laisse entrevoir une diminution de l'exigence stricte d'une preuve qui corrobore le lien entre l'accusé et l'infraction.

Une interprétation large des motifs du juge Spence dans l'arrêt *Murphy et Butt* m'amène à conclure qu'il était d'avis que toute preuve tendant à corroborer à quelque égard que ce soit la déposition devant être corroborée serait suffisante. Donc, il serait suffisant que l'élément de preuve corroborant confirme la version de la plaignante impli-

implicating the accused. Spence J. did not, however, make it clear whether the complainant's distraught condition was corroborative because it could be taken as implicating Butt or because it raised the credibility of the complainant's story which had implicated Butt. Instead, he referred to all the evidence, i.e. Murphy's admission of intercourse, the fact that both accused had picked up the complainant and taken her to their apartment thinking she was a prostitute, and the complainant's distraught condition, as providing the corroboration.

In my opinion, it is only when the Chief Justice's dissent in *Murphy and Butt* is compared to the majority judgment that the difference in approaches becomes clear. Laskin C.J. carefully reviewed the Canadian cases in which the complainant's distraught condition was admissible as corroboration implicating the accused and found that in each case the issue was one of consent, not whether the accused had intercourse with the complainant. He thus concluded that there was no evidence capable of corroborating the complainant's evidence with respect to Butt. Applying the strict interpretation of the statutory requirement this conclusion would appear to be correct. It is difficult to see how the evidence of the complainant's distraught condition, even together with the admitted fact that both the accused had picked her up and taken her to her apartment, is of any probative value, when viewed independently of the complainant's testimony, on the issue of the alleged intercourse with Butt. For the majority to reach this result it had to accept that the corroborative evidence implicated Butt because of the evidence of the complainant. Unlike *Warkentin*, it was not a gang rape situation in which proof against one would be sufficient for the other. In *Murphy and Butt* there had to be corroboration against each of the accused.

This interpretation of the majority decision in *Murphy and Butt* was accepted by this Court in its unanimous decision in *Vetrovec*. At issue in *Vetrovec* was corroboration of the evidence of accom-

quant les accusés. Toutefois, le juge Spence n'a pas dit clairement si le désarroi de la plaignante était corroborant parce qu'il pouvait être interprété comme impliquant Butt ou parce qu'il augmentait la crédibilité de la version de la plaignante qui avait impliqué Butt. Il a plutôt mentionné que l'ensemble de la preuve, c'est-à-dire l'aveu par Murphy de ses rapports sexuels, le fait que les deux accusés avaient ramassé la plaignante et l'avaient emmenée à leur appartement, croyant qu'elle était une prostituée, et le désarroi de la plaignante, équivalait à la corroboration.

À mon avis, ce n'est que lorsque l'on compare la dissidence du Juge en chef dans l'arrêt *Murphy et Butt* aux motifs de la majorité que les différentes positions ressortent clairement. Le juge en chef Laskin a fait un examen approfondi de la jurisprudence canadienne dans laquelle le désarroi de la plaignante a été considéré admissible comme corroboration impliquant l'accusé, et il a conclu, que dans chaque cas, il s'agissait d'établir s'il y avait eu consentement et non de savoir si l'accusé avait eu des rapports sexuels avec la plaignante. Par conséquent, il a conclu qu'il n'y avait aucune preuve pouvant corroborer le témoignage de la plaignante relativement à Butt. Si l'on suit l'interprétation stricte de l'exigence législative, cette conclusion paraît juste. Il est difficile de voir de quelle manière la preuve relative au désarroi de la plaignante, même jointe à l'aveu que les deux accusés l'avaient ramassée et l'avaient emmenée à leur appartement, peut avoir une valeur probante à l'égard de la question des rapports sexuels avec Butt lorsqu'on l'examine en faisant abstraction du témoignage de la plaignante. Pour que la majorité arrive à un tel résultat, elle devait admettre que la preuve corroborante impliquait Butt en raison du témoignage de la plaignante. Contrairement à l'arrêt *Warkentin*, il ne s'agissait pas d'une situation de viol collectif dans laquelle la preuve contre une personne était suffisante à l'égard des autres. Dans l'arrêt *Murphy et Butt*, il fallait une corroboration à l'égard de chacun des accusés.

Cette interprétation de la décision de la majorité dans l'arrêt *Murphy et Butt* a été admise par notre Cour dans sa décision unanime dans l'affaire *Vetrovec*. La question de l'arrêt *Vetrovec* était la

plices and this Court effectively put an end to the strict rule in *Baskerville* at least in so far as it applied to the common law, thereby affirming its willingness to depart from its own prior decisions. Dickson J. reviewed the rationale for the rule and concluded that there was no logical need for it. He pointed out that in all categories of witnesses some will be untrustworthy and if the trial judge thinks that the jury should be cautioned as to the evidence of such a witness, he or she may instruct accordingly.

The Court expressed a preference for a common sense approach rather than the overly technical approach in *Baskerville*. It found at least three problems with *Baskerville*. The first was that it confuses the reason behind the accomplice warning and prompts the courts to determine whether the corroborative evidence fits the definition rather than deciding whether there is evidence that bolsters the credibility of the accomplice. Secondly, because corroboration became a legal term of art the law in the area became increasingly complex and technical. Thirdly, and most importantly, the Court was of the view that the definition was unsound in principle. Dickson J. stated at p. 826:

With great respect, on principle Lord Reading's approach seems perhaps over-cautious. The reason for requiring corroboration is that we believe the witness has good reason to lie. We therefore want some other piece of evidence which tends to convince us that he is telling the truth. Evidence which implicates the accused does indeed serve to accomplish that purpose but it cannot be said that this is the only sort of evidence which will accredit the accomplice.

In conclusion, the Court held in *Vetrovec* that there should be no special category for accomplices. An accomplice should be treated like any other witness. While careful to point out that his comments were limited to situations in which corroboration is required as a matter of common law, and even although the focus of the Court's analysis was on the branch of the corroboration doctrine involving accomplices, Dickson J. also wove into

corroboration du témoignage de complices et notre Cour a, en fait, mis fin à la règle stricte de l'arrêt *Baskerville* du moins dans la mesure où elle s'appliquait à la common law, affirmant ainsi sa volonté de s'écarter de ses arrêts antérieurs. Le juge Dickson a examiné le fondement de la règle et a conclu que, logiquement, elle n'était pas nécessaire. Il a souligné que, dans toutes les catégories de témoins, certains ne sont pas dignes de foi et que, si le juge du procès est d'avis que le jury devrait être mis en garde à l'égard du témoignage d'un tel témoin, il peut donner des directives à cet égard.

Notre Cour a exprimé une préférence pour la position faisant appel au bon sens plutôt que pour l'approche formaliste de l'arrêt *Baskerville*. Elle estimait que cet arrêt comportait au moins trois problèmes. Le premier était qu'il crée une confusion quant au motif de la mise en garde relative au complice et incite les tribunaux à déterminer si la preuve corroborante est conforme à la définition plutôt qu'à décider s'il existe un élément de preuve qui accroît la crédibilité du complice. Deuxièmement, parce que la corroboration est devenue un terme juridique technique, le droit dans ce domaine est devenu de plus en plus complexe et formaliste. Troisièmement, et c'est le point le plus important, notre Cour était d'avis que la définition n'était pas bien fondée en principe. Le juge Dickson a dit à la p. 826:

Avec égards, le point de vue de lord Reading semble en principe peut-être trop prudent. On exige la corroboration parce qu'on croit que le témoin a de bons motifs de mentir. On cherche donc d'autres éléments de preuve qui tendent à nous convaincre qu'il dit la vérité. Des éléments de preuve qui impliquent l'accusé servent effectivement à atteindre ce but, mais on ne peut pas dire que ce soit le seul genre de preuve qui puisse accorder du crédit au complice.

En conclusion, notre Cour a jugé dans l'arrêt *Vetrovec* qu'il ne devrait pas y avoir de catégorie spéciale pour les complices. Un complice devrait être traité comme tous les autres témoins. Tout en prenant soin de souligner que ses observations se limitaient aux situations dans lesquelles la corroboration était exigée en vertu de la common law et bien que l'analyse de la Cour ait porté principalement sur la branche de la doctrine de la corrobora-

the discussion a comment on *Murphy and Butt*. After quoting the decision of Spence J., he stated at p. 828:

Mr. Justice Spence's approach was to look for evidence which confirmed the story of the complainant. Once the story was confirmed, the complainant could be believed and the accused convicted. Implicit in this approach, it seems to me, is a recognition of the inadequacy of the *Baskerville* definition of corroboration. Evidence implicating the accused is a possible but not a necessary element for corroboration. Here, even though there was no evidence implicating Butt, there was evidence confirming the story of the complainant and thus it was safe to convict. The important question, as Wigmore pointed out, is not how our trust is restored, but whether it is restored at all. [Emphasis added.]

It seems to me, therefore, that this Court has clearly rejected an ultra technical approach to corroboration and has returned to a common sense approach which reflects the original rationale for the rule and allows cases to be determined on their merits. This was also the view of the majority of the Alberta Court of Appeal in *Chayko*. Kerans J.A. cited Dickson J.'s comments on *Murphy and Butt* in *Vetrovec* and held that the requirement in s. 586 that the corroborating evidence implicate the accused requires only that the evidence confirm in some material particular the story of the witness giving the evidence which required corroboration.

I am, accordingly, in agreement with the Crown's position. In my view, the Court of Appeal was correct to dispose of this appeal on the strength of this Court's statements in *Murphy and Butt* and *Vetrovec*. However, I would be remiss if I did not address the interpretation of s. 586 independently of authority in order to confirm that this conclusion is consistent with the language and intent of the legislative provision.

(c) *Statutory Interpretation*

I reproduce s. 586 in full for ease of reference:

586. No person shall be convicted of an offence upon the unsworn evidence of a child unless the evidence of

tion relative aux complices, le juge Dickson a également inséré dans la discussion une remarque sur l'arrêt *Murphy et Butt* disant à la p. 828, après avoir cité les motifs du juge Spence:

^a La démarche du juge Spence a consisté à rechercher des éléments de preuve qui confirmaient la version de la plaignante. Une fois la version de la plaignante confirmée, on pouvait la croire et déclarer les accusés coupables. Selon moi, cette démarche reconnaît implicitement le caractère inadéquat de la définition de la corroboration donnée dans l'arrêt *Baskerville*. Une preuve qui implique l'accusé constitue un élément possible mais non essentiel de la corroboration. Dans cette affaire-là, aucun élément de preuve n'impliquait Butt, mais certains éléments confirmaient la version de la plaignante et, en conséquence, on pouvait sans danger rendre un verdict de culpabilité. La question importante, comme l'a souligné Wigmore, n'est pas de savoir comment notre confiance est rétablie mais qu'elle le soit. [Je souligne.]

^d Par conséquent, il me semble que notre Cour a clairement rejeté la position très formaliste à l'égard de la corroboration et est revenue à une position fondée sur le bon sens qui reflète la raison d'être initiale de la règle et permet aux affaires d'être réglées sur le fond. La Cour d'appel de l'Alberta, à la majorité, était également de cet avis dans l'arrêt *Chayko*. Le juge Kerans a cité les remarques du juge Dickson sur l'arrêt *Murphy et Butt* dans l'arrêt *Vetrovec* et a conclu que l'exigence de l'art. 586 selon laquelle la preuve corroborante doit impliquer l'accusé exige seulement que la preuve confirme sur un détail important la version du témoin qui doit être corroborée.

^g Je suis donc d'accord avec la thèse du ministère public. À mon avis, la Cour d'appel a statué, à bon droit, dans cet appel sur le fondement des déclarations de notre Cour dans les arrêts *Murphy et Butt* et *Vetrovec*. Toutefois, je ne dois pas négliger d'interpréter l'art. 586 indépendamment de la jurisprudence et de la doctrine pour confirmer que cette conclusion est conforme au texte et à l'intention de la disposition législative.

(c) *Interprétation législative*

Par souci de commodité je reproduis l'art. 586 au complet:

^j **586.** Personne ne doit être déclaré coupable d'une infraction sur le témoignage d'un enfant non rendu sous

the child is corroborated in a material particular by evidence that implicates the accused.

Turning first to a literal interpretation, the section speaks of corroboration (a) in a material particular and refers to (b) evidence which implicates the accused. The appellant strongly contends that the language of the section compels one to conclude that for the corroboration requirement to be met there must be some link between the corroborating evidence and the accused. I do not agree. In my view, while it is clear that the section requires that there be evidence that implicates the accused, it is not clear whether it is the evidence of the unsworn child in need of corroboration that must implicate the accused or whether it is the corroborating evidence that must implicate the accused. In *Chayko*, Kerans J.A., when dealing with the *Baskerville* definition of corroboration which contains substantially the same wording as s. 586, also found ambiguity. He stated at p. 168:

This is compounded by a semantic problem with the words "which implicate the accused". These can refer to an implication of guilt which rests only on the corroborating evidence independently of the evidence needing corroboration. Alternatively, they can refer to an implication of guilt which arises from the evidence needing corroboration and which is now reliable because corroborated.

The semantic difficulties in the section are highlighted if one rewords the section in line with the two possible interpretations. If the wording of the section were "corroborated . . . by evidence that implicates the accused" without the intervening words "in a material particular", a literal interpretation would support the appellant's position. But if the appellant's interpretation is correct, one is forced to conclude that the intervening words "in a material particular" are redundant because, if the corroborative evidence implicates the accused, it will inevitably be corroboration in a material particular. The identity of the accused is always material.

On the other hand, to support the Crown's position, the only wording that is necessary is "corroborated in a material particular". If the

serment, à moins que le témoignage de l'enfant ne soit corroboré sur un point important par une preuve impliquant l'accusé.

^a Tout d'abord, dans une interprétation littérale, l'article parle de corroboration a) sur un point important et mentionne b) une preuve impliquant l'accusé. L'appellant soutient avec vigueur que le texte de l'article nous oblige à conclure que, pour ^b satisfaire à l'exigence en matière de corroboration, il doit y avoir un certain lien entre la preuve corroborante et l'accusé. Je ne suis pas d'accord. À mon avis, bien qu'il soit évident que l'article exige une preuve impliquant l'accusé, il ne dit pas claire- ^c ment si la preuve qui doit impliquer l'accusé est le témoignage d'un enfant non rendu sous serment exigeant une corroboration ou s'il s'agit plutôt de la preuve corroborante. Dans l'arrêt *Chayko*, le juge Kerans, en traitant de la définition de la corroboration dans l'arrêt *Baskerville* qui est essentiellement énoncée dans les mêmes termes que l'art. 586, a également conclu qu'il y avait ambiguïté. Il a dit à la p. 168:

^e [TRADUCTION] Cela est aggravé par le problème sémantique que pose l'expression «impliquant l'accusé». Cette expression peut viser la culpabilité déduite uniquement à partir de la preuve corroborante indépendamment du témoignage qui exige la corroboration. Par ailleurs, elle ^f peut viser la culpabilité déduite du témoignage qui exige la corroboration et qui est maintenant digne de foi parce qu'il a été corroboré.

Les problèmes sémantiques posés par l'article ^g sont accentués si l'on reformule l'article en tenant compte des deux interprétations possibles. Si le texte de l'article était «corroboré [. . .] par une preuve impliquant l'accusé» sans les termes intermédiaires «sur un point important», une interprétation littérale appuierait la thèse de l'appellant. Mais si l'interprétation de l'appellant est bien ^h fondée, on est obligé de conclure que les termes intermédiaires «sur un point important» sont ⁱ redondants parce que, si l'élément de preuve corroborant implique l'accusé, il y a inévitablement corroboration sur un point important. L'identité de l'accusé est toujours importante.

^j Par contre, si l'on retient la thèse du ministère public, le seul libellé nécessaire est «corroboré sur un point important». Si l'article s'arrêtait là, son

section stopped there, its interpretation would not be contentious. However, the section continues and adds "by evidence that implicates the accused". Nonetheless, the addition of these words does not create the same redundancy as does interpreting the provision in accordance with the appellant's position. The extra words are necessary if what is required is that the evidence of the unsworn child implicate the accused. However it does create a redundancy of a different kind since there can be no conviction unless the accused person is implicated by some evidence: indeed, implicated beyond a reasonable doubt.

Given the interpretive problems in the language of the section, it is difficult to discern the intention of the legislature by looking at the wording alone. I think we have to apply a purpose approach. In my view, the purpose of s. 586 is to allow the evidence of a witness, otherwise feared to be untrustworthy, to be given weight. Another way of formulating the purpose is to state that the section is designed to ensure that no accused will be convicted on the basis of testimonial evidence that is by its very nature unreliable. In order to achieve the section's purpose, therefore, what is required is additional evidence that renders it probable that the complainant's story is true and may safely be acted upon. Provided that the complainant's evidence is corroborated in a material particular, with or without implicating the accused, the veracity of the witness will be strengthened. A good example in this case would be the evidence of the doctor that the child had indeed been sexually assaulted.

Also in favour of the liberal interpretation are the presumptions that the law does not require the impossible and the legislator intends only what is just and reasonable. Since the only evidence implicating the accused in many sexual offences against children will be the evidence of the child, imposing too restrictive a standard on their testimony may permit serious offences to go unpunished and perhaps to continue. Moreover, it is reasonable to assume that the legislator did not intend an accused to benefit from the youthful age of his victim by placing unnecessary impediments

interprétation ne serait pas controversée. Toutefois, l'article se poursuit et ajoute «par une preuve impliquant l'accusé». Néanmoins, ces termes ne créent pas la même redondance que l'interprétation de la disposition proposée par l'appelant. Ces termes supplémentaires sont nécessaires si ce qui est exigé, c'est que le témoignage de l'enfant non rendu sous serment implique l'accusé. Toutefois, ils créent une redondance d'un genre différent étant donné qu'il ne peut y avoir déclaration de culpabilité sans que l'accusé soit impliqué par une preuve: en fait, impliqué hors de tout doute raisonnable.

Étant donné les problèmes d'interprétation du libellé de l'article, il est difficile de percevoir l'intention du législateur en examinant seulement le texte. J'estime que nous devons adopter une interprétation fondée sur l'objet. À mon avis, l'art. 586 a pour objet d'accroître la valeur probante de la déposition d'un témoin dont on pourrait craindre par ailleurs qu'il ne soit pas crédible. On pourrait formuler l'objet autrement en disant que l'article est conçu pour faire en sorte qu'aucun accusé ne soit déclaré coupable sur le fondement d'une preuve testimoniale qui par sa nature même n'est pas fiable. Par conséquent, pour réaliser l'objet de l'article, il faut une preuve supplémentaire qui rend probable la véracité de la version du plaignant et qui permet d'en tenir compte sans danger. Quand le témoignage du plaignant est corroboré sur un point important, en impliquant ou non l'accusé, la crédibilité du témoin est renforcée. Le témoignage du médecin selon lequel l'enfant a, en fait, été agressé sexuellement serait un bon exemple en l'espèce.

De plus, on peut invoquer à l'appui de l'interprétation libérale les présomptions selon lesquelles le droit n'exige pas l'impossible et le législateur ne vise à obtenir que ce qui est juste et raisonnable. Comme le seul élément de preuve impliquant l'accusé dans un grand nombre d'infractions d'ordre sexuel contre des enfants est le témoignage de l'enfant, l'application d'une norme trop restrictive à ce témoignage pourrait permettre à des infractions graves de rester impunies et peut-être de se perpétuer. En outre, il est raisonnable de présumer que le législateur n'avait pas l'intention de laisser

in the way of prosecuting offences against small children.

Nevertheless, I am fully conscious of the fact that a strict interpretation of s. 586 provides a strong protection against false convictions since establishing the identity of the perpetrator is a necessary pre-condition to any criminal prosecution. However, after weighing the considerations on either side of the issue I have concluded that of the two possible interpretations, each of which can be supported on the wording of the section, the preferable interpretation is that s. 586 of the *Criminal Code* requires the evidence of the complainant which implicates the accused to be corroborated in a material particular by other independent testimony.

5. Disposition

I would, accordingly, dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Rusnak, Balacko, Kachur & Rusnak, Yorkton, Saskatchewan.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Saskatchewan, Regina.

un accusé profiter du jeune âge de sa victime en plaçant des obstacles inutiles aux poursuites relatives aux infractions commises contre les jeunes enfants.

^a Néanmoins, je suis pleinement consciente du fait qu'une interprétation stricte de l'art. 586 assure une bonne protection contre les déclarations de culpabilité erronées puisque l'établissement de l'identité de l'auteur est une condition préalable nécessaire à toute poursuite criminelle. Toutefois, après avoir évalué les arguments invoqués à l'appui des deux thèses, je conclus que des deux interprétations possibles qui peuvent être toutes deux fondées sur le texte de l'article, l'interprétation préférable est que l'art. 586 du *Code criminel* exige que le témoignage du plaignant qui implique l'accusé soit corroboré sur un point important par un autre témoignage indépendant.

^d 5. Dispositif

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

^e *Pourvoi rejeté.*

Procureurs de l'appellant: Rusnak, Balacko, Kachur & Rusnak, Yorkton, Saskatchewan.

^f *Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

G.B., A.B. and C.S. Appellants

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. B. (G.)

File Nos.: 20905, 20919 and 20931.

1989: November 29; 1990: June 7.

Present: Wilson, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN

Criminal law — Sexual offences — Time of offence — Trial judge finding that date of offence had not been established — Whether time an essential element of offence — Whether trial judge erred in refusing to amend information — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 529(4.1).

Criminal law — Sexual offences — Information — Amendment — Trial judge finding that date of offence had not been established — Whether time an essential element of offence — Whether trial judge erred in refusing to amend information — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 529(4.1).

Each of the appellants, who are young offenders, was charged with sexually assaulting the complainant, a fellow elementary school student who was seven years old at the time of the alleged offence. The complainant was sworn in by the trial judge and testified that the assault took place sometime during the wintertime when she was in grade one. The complainant's mother testified that her daughter experienced bed-wetting and nightmares during the late months of 1985 and the early months of 1986. The trial judge concluded that if the event did take place, its date had not been established. He noted that if the offence had taken place while the complainant was in grade one, it would have had to occur a year earlier than alleged. He found that the date is an essential element of the offence and refused to amend the information as requested by the Crown. He concluded that since one of the main ingredients of the offence had not been established beyond a reasonable doubt, the appellants must be acquitted. The Court of Appeal found that the trial judge erred in failing to find that the date had been established with sufficient particularity and in failing to amend the information in

G.B., A.B. et C.S. Appelants

c.

a Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. B. (G.)

N^{os} du greffe: 20905, 20919 et 20931.

b 1989: 29 novembre; 1990: 7 juin.

Présents: Les juges Wilson, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
c SASKATCHEWAN

Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Moment de l'infraction — Le juge du procès a conclu que la date de l'infraction n'avait pas été établie — Le moment est-il un élément essentiel de l'infraction? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en refusant de modifier la dénonciation? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 529(4.1).

Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Dénonciation — Modification — Le juge du procès a conclu que la date de l'infraction n'avait pas été établie — Le moment est-il un élément essentiel de l'infraction? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en refusant de modifier la dénonciation? — Code criminel, f S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 529(4.1).

Chacun des appelants, qui sont des jeunes contrevenants, a été accusé d'avoir agressé sexuellement la plaignante, une autre écolière de l'élémentaire, qui était âgée de sept ans au moment de l'infraction alléguée. Son témoignage a été reçu sous serment par le juge du procès et elle a témoigné que l'agression avait eu lieu pendant l'hiver, lorsqu'elle était en première année. La mère de la plaignante a témoigné que sa fille avait éprouvé divers problèmes, comme des mictions nocturnes et des cauchemars au cours des derniers mois de 1985 et des premiers mois de 1986. Le juge du procès a conclu que si l'événement avait bien eu lieu, sa date n'avait pas été établie. Il a souligné que si l'infraction avait eu lieu quand la plaignante était en première année, elle aurait été commise un an plus tôt que ce qui était allégué. Il a conclu que la date est un élément essentiel de l'infraction et a refusé de modifier la dénonciation comme le demandait le ministère public. Il a conclu que, puisque l'un des principaux éléments de l'infraction n'avait pas été établi hors de tout doute raisonnable, les appelants devaient être acquittés. La Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur parce qu'il n'avait pas

light of the evidence presented at trial. It set aside the acquittals and ordered a new trial.

Held: The appeal should be dismissed.

An information or indictment must provide an accused with enough information to enable him or her to defend the charge. While time must be specified, the exact time need not be identified or proved. In this case the information provided was adequate, having regard to the nature of the offence charged and the age of the victim. Under s. 529(4.1) of the *Criminal Code*, a variance between the indictment and the evidence is not material with respect to the time of commission of the offence. The common law had developed a similar rule: if the time specified in the information conflicts with the evidence and time is not an essential element of the offence or crucial to the defence, the variance is not material and the information need not be quashed. Further, the Crown need not prove the alleged date unless time is an essential element of the offence, as when an accused defends the charge by providing evidence of an alibi for the date or time period alleged. The first question that must be asked is thus whether time is either an essential element of the offence or crucial to the defence. If it is not, a conviction may result even though the time of the offence is not proven. In the present case the trial judge failed to address this question. Had he done so, he would have been forced to conclude that time was not an essential element of the offence or crucial to the defence. The Court of Appeal was therefore correct in holding that the time of the offence did not need to be proven beyond a reasonable doubt in the circumstances of this case.

Cases Cited

Referred to: *Kendall v. The Queen*, [1962] S.C.R. 469; *R. v. Hamilton-Middleton* (1986), 53 Sask. R. 80; *Brodie v. The King*, [1936] S.C.R. 188; *R. v. Côté*, [1978] 1 S.C.R. 8; *R. v. Wis Development Corp.*, [1984] 1 S.C.R. 485; *R. v. Colgan* (1986), 30 C.C.C. (3d) 183; *Re Regina and R.I.C.* (1986), 32 C.C.C. (3d) 399; *R. v. Ryan* (1985), 23 C.C.C. (3d) 1, leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. xiii; *R. v. Fox* (1986), 24 C.C.C. (3d) 366, leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. ix; *Veronneau v. The King* (1916), 26 C.C.C. 278 (aff'd (1916), 54 S.C.R. 7); *R. v. Dossi* (1918), 13 Cr. App. R. 158; R.

jugé que la date avait été établie de manière suffisamment précise et n'avait pas modifié la dénonciation pour tenir compte de la preuve présentée au procès. Elle a annulé les acquittements et a ordonné un nouveau procès.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Une dénonciation ou un acte d'accusation doivent fournir à l'accusé suffisamment de renseignements pour lui permettre de se défendre. Si le moment doit être précisé, le moment exact n'a pas à être identifié ni démontré. En l'espèce, la dénonciation était adéquate, vu la nature de l'infraction reprochée et l'âge de la victime. En vertu du par. 529(4.1) du *Code criminel*, une divergence entre l'acte d'accusation et la preuve importe peu à l'égard du moment de la perpétration de l'infraction. La common law avait élaboré une règle semblable: si le moment précisé dans la dénonciation ne correspond pas à la preuve et que la date de l'infraction ne constitue pas un élément essentiel de l'infraction ou un élément crucial pour la défense, la divergence n'est pas importante et la dénonciation ne doit pas être annulée. En outre, il n'est pas nécessaire que le ministère public fasse la preuve de la date alléguée sauf si le moment de l'infraction en est un élément essentiel, comme dans le cas de l'accusé qui se défend contre une accusation en fournissant une preuve d'alibi à l'égard de la date ou de la période de temps alléguée. La première question qui se pose est donc de savoir si le moment de l'infraction est soit un élément essentiel de celle-ci ou soit un élément crucial pour la défense. Si ce n'est pas le cas, une déclaration de culpabilité peut être prononcée même si le moment de l'infraction n'est pas prouvé. En l'espèce, le juge du procès n'a pas posé cette question. S'il l'avait fait, il aurait été obligé de conclure que le moment de l'infraction ne constituait pas un élément essentiel de l'infraction et qu'il n'était pas crucial pour la défense. Par conséquent, la Cour d'appel a jugé, à bon droit, que le moment de l'infraction n'avait pas à être démontré hors de tout doute raisonnable dans les circonstances de l'espèce.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Kendall v. The Queen*, [1962] R.C.S. 469; *R. v. Hamilton-Middleton* (1986), 53 Sask. R. 80; *Brodie v. The King*, [1936] R.C.S. 188; *R. c. Côté*, [1978] 1 R.C.S. 8; *R. c. Wis Development Corp.*, [1984] 1 R.C.S. 485; *R. v. Colgan* (1986), 30 C.C.C. (3d) 183; *Re Regina and R.I.C.* (1986), 32 C.C.C. (3d) 399; *R. v. Ryan* (1985), 23 C.C.C. (3d) 1, autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. xiii; *R. v. Fox* (1986), 24 C.C.C. (3d) 366, autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. ix; *Veronneau v. The King* (1916), 26 C.C.C. 278 (confirmé (1916), 54 R.C.S. 7);

v. James (1923), 17 Cr. App. R. 116; *R. v. England* (1920), 35 C.C.C. 141; *R. v. Ball* (1953), 17 C.R. 244; *R. v. Hindle* (1955), 113 C.C.C. 388; *R. v. Greene* (1962), 133 C.C.C. 294; *R. v. Nadin* (1971), 3 C.C.C. (2d) 221; *R. v. Pawliw* (1973), 13 C.C.C. (2d) 356; *R. v. Clark* (1974), 19 C.C.C. (2d) 445; *W. Eric Whebby Ltd. v. Gunn Prov. Magistrate* (1974), 26 C.R.N.S. 379; *R. v. Labine* (1975), 23 C.C.C. (2d) 567; *R. v. McCrae and Ramsay* (1981), 25 Man. R. (2d) 32; *R. v. Sarson* (1982), 15 Man. R. (2d) 192; *R. v. Parkin (1)*, (2) (1922), 37 C.C.C. 35; *Wright v. Nicholson*, [1970] 1 All E.R. 12.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 529(1), (4.1) [ad. 1985, c. 19, s. 123(3)].

Authors Cited

Archbold, John Frederick. *Archbold's Pleading, Evidence, & Practice in Criminal Cases*, 23rd ed. By Sir John Jervis. Twenty-third edition by William Feilden Craies and Guy Stephenson. London: Sweet and Maxwell, 1905.

Ewaschuk, Eugene G. *Criminal Pleadings and Practice in Canada*, 2nd ed. Aurora, Ontario: Canada Law Book, 1987.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1988), 65 Sask. R. 134, allowing the Crown's appeal from appellants' acquittals on charges of sexual assault. Appeal dismissed.

Donna Taylor, Mervin Ozirny and Wayne Rusnak, for the appellants.

Kenneth W. MacKay, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—The appellants are young offenders who were acquitted of sexual assault at trial. The Crown's appeal to the Saskatchewan Court of Appeal was allowed and the appellants now appeal to this Court as of right. This judgment is the second in a trilogy concerning the alleged sexual assaults that occurred at Sheho Elementary School in Saskatchewan between September 1985 and May 1986. This appeal was heard together with *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 3, and *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 57, which are dealt with in two related judgments. In this case the appellants raise

R. v. Dossi (1918), 13 Cr. App. R. 158; *R. v. James* (1923), 17 Cr. App. R. 116; *R. v. England* (1920), 35 C.C.C. 141; *R. v. Ball* (1953), 17 C.R. 244; *R. v. Hindle* (1955), 113 C.C.C. 388; *R. v. Greene* (1962), 133 C.C.C. 294; *R. v. Nadin* (1971), 3 C.C.C. (2d) 221; *R. v. Pawliw* (1973), 13 C.C.C. (2d) 356; *R. v. Clark* (1974), 19 C.C.C. (2d) 445; *W. Eric Whebby Ltd. v. Gunn Prov. Magistrate* (1974), 26 C.R.N.S. 379; *R. v. Labine* (1975), 23 C.C.C. (2d) 567; *R. v. McCrae and Ramsay* (1981), 25 Man. R. (2d) 32; *R. v. Sarson* (1982), 15 Man. R. (2d) 192; *R. v. Parkin (1)*, (2) (1922), 37 C.C.C. 35; *Wright v. Nicholson*, [1970] 1 All E.R. 12.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 529(1), (4.1) [aj. 1985, ch. 19, art. 123(3)].

Doctrine citée

Archbold, John Frederick. *Archbold's Pleading, Evidence, & Practice in Criminal Cases*, 23rd ed. By Sir John Jervis. Twenty-third edition by William Feilden Craies and Guy Stephenson. London: Sweet and Maxwell, 1905.

Ewaschuk, Eugene G. *Criminal Pleadings and Practice in Canada*, 2nd ed. Aurora, Ontario: Canada Law Book, 1987.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1988), 65 Sask. R. 134, qui a accueilli l'appel du ministère public contre l'acquiescement des appelants relativement à des accusations d'agression sexuelle. Pourvoi rejeté.

Donna Taylor, Mervin Ozirny et Wayne Rusnak, pour les appelants.

Kenneth W. MacKay, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WILSON—Les appelants sont des jeunes contrevenants qui ont été acquittés à leur procès de l'accusation d'avoir commis une agression sexuelle. L'appel interjeté par le ministère public devant la Cour d'appel de la Saskatchewan a été accueilli et les appelants se pourvoient maintenant de plein droit devant notre Cour. Ces motifs sont les deuxièmes d'une série de trois affaires relatives à des agressions sexuelles qui auraient été commises à l'école primaire de Sheho en Saskatchewan, de septembre 1985 à mai 1986. Le présent pourvoi a été entendu en même temps que

three grounds of appeal, the main ground being the degree of precision required by law for the date on which the offence is alleged to have been committed.

1. The Facts

Each of the appellants was separately charged in informations alleging that:

On or between the 2nd day of December A.D. 1985 and the 20th day of December A.D. 1985 at Sheho in the Province of Saskatchewan being a young person within the meaning of the Young Offenders Act did commit a sexual assault on E.G. contrary to Section 246.1(1)(a) of the Criminal Code.

The complainant, E.G., a student at Sheho Elementary School, was seven years old at the time of the alleged offence and eight years old at the time of the trial. She was sworn in by the trial judge. Her evidence was to the effect that sometime during the noon break during the wintertime when she was in grade one she had been dragged into the boys' washroom by the three appellants and pushed into a cubicle. She was told to pull down her pants and was touched in the area of her "bum" and her "pee-pee" by the appellants. On cross-examination she affirmed that the incident occurred when she was in grade one and she implicated other youths as parties to the alleged offence in addition to the appellants.

At trial the appellants pointed out that the complainant was in grade one in the fall of 1984 and that the information alleged that the offence took place in December of 1985. The Crown submitted, however, that there was other relevant evidence as to the date of the offence and that the complainant's testimony that the incident occurred in grade one must be viewed in light of all the evidence. The evidence included:

1. The floorplan of the school showed that grades 1 and 2 were in the same room.

les pourvois *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 3, et *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 57, qui font l'objet de deux arrêts connexes. En l'espèce, les appelants fondent leur pourvoi sur trois moyens, dont le principal vise le degré de précision exigé en droit quant à la date de l'infraction alléguée.

1. Les faits

L'accusation suivante a été portée contre chaque appelant dans des dénonciations distinctes:

[TRADUCTION] Le 2 décembre 1985 ou entre cette date et le 20 décembre 1985, à Sheho dans la province de la Saskatchewan, étant un adolescent au sens de la Loi sur les jeunes contrevenants, a commis une agression sexuelle contre E.G. en contravention de l'al. 246.1a) du Code criminel.

La plaignante E.G., une écolière de l'école primaire Sheho, était âgée de sept ans au moment où l'infraction alléguée et de huit ans au moment du procès. Son témoignage a été reçu sous serment par le juge du procès. Elle a témoigné que, au cours d'une pause du midi, pendant l'hiver, lorsqu'elle était en première année, elle avait été entraînée dans les toilettes des garçons par les trois appelants qui l'avaient poussée dans une cabine. Les appelants lui avaient dit de baisser son pantalon et lui avaient fait des attouchements sur ses «fesses» et sur son «pipi». En contre-interrogatoire, elle a dit que l'incident s'était produit lorsqu'elle était en première année et, outre les appelants, elle a impliqué d'autres jeunes à titre de parties à l'infraction qui aurait été commise.

Au procès, les appelants ont souligné que la plaignante était en première année à l'automne 1984 et que la dénonciation alléguait que l'infraction avait eu lieu en décembre 1985. Toutefois, le ministère public a soutenu qu'il y avait d'autres éléments de preuve pertinents en ce qui a trait à la date de l'infraction et que le témoignage de la plaignante selon lequel l'incident s'était produit lorsqu'elle était en première année devait être examiné à la lumière de l'ensemble de la preuve. La preuve comprenait les éléments suivants:

1. Le plan de l'école indiquait que les classes de première et deuxième années étaient dans la même pièce.

2. The complainant identified the washroom close to her classroom when she was in grade 2 as the room in which the assault took place.
3. The complainant also testified that she did not know the year in which the assault took place but that her mother was working at the bakery in Foam Lake at the time.
4. The complainant's mother testified that her daughter experienced various problems such as bed-wetting and nightmares during the late months of 1985 and the early months of 1986. She further testified that this stopped abruptly once the complainant spoke with the investigating officer. The mother had been working at Foam Lake at the end of November, 1985, but as a cook, not in a bakery. She testified she had worked at a bakery at Foam Lake when E.G. was in kindergarten.

Dr. Richard Wollert, a clinical psychologist specializing in the treatment of young victims and perpetrators of sexual offences, testified for the Crown. He said that there were several behavioural characteristics which are experienced by young victims of sexual offences. These include bed-wetting, nightmares, and anxiety. He also testified that these problems may be caused by other occurrences in the child's life. He stated that he had not interviewed the complainant but had spoken only briefly to her while waiting to testify.

All three appellants testified and denied any involvement in the alleged offence.

2. Issues

The appellants raise the following issues on appeal:

1. The learned Court of Appeal for Saskatchewan erred in law in holding that the trial judge erred in failing to find the date of the offence with respect to the complainant, E.G., had been established with sufficient particularity and in failing to amend the Information as requested by the Crown. The Court of Appeal further erred in holding that the Crown did not have to establish the particular time that the offences occurred, with respect to the complainant E.G.

2. La plaignante a identifié la toilette près de sa salle de classe lorsqu'elle était en deuxième année comme la pièce dans laquelle l'agression avait été commise.
3. La plaignante a également témoigné qu'elle ne savait pas en quelle année l'agression avait eu lieu mais que sa mère travaillait à la boulangerie de Foam Lake à ce moment-là.
4. La mère de la plaignante a déposé que sa fille avait éprouvé divers problèmes comme des mictions nocturnes et des cauchemars au cours des derniers mois de 1985 et des premiers mois de 1986. Elle a en outre témoigné que ces problèmes avaient brusquement pris fin après que la plaignante eut parlé à l'agent enquêteur. La mère travaillait à Foam Lake à la fin de novembre 1985 mais comme cuisinière, et non à la boulangerie. Elle a témoigné qu'elle travaillait dans une boulangerie à Foam Lake quand E.G. était à la maternelle.

Le Dr Richard Wollert, un psychologue clinicien spécialisé dans le traitement des jeunes victimes et des auteurs d'infractions sexuelles, a témoigné pour le ministère public. Il a dit qu'il existait plusieurs troubles du comportement manifestés par les jeunes victimes d'infractions sexuelles. Ceux-ci comprennent les mictions nocturnes, les cauchemars et l'anxiété. Il a également déposé que ces problèmes peuvent être causés par d'autres événements dans la vie de l'enfant. Il a dit qu'il n'avait pas interrogé la plaignante mais lui avait seulement parlé brièvement pendant qu'il attendait de témoigner.

Les trois appelants ont témoigné et ont nié toute participation à l'infraction alléguée.

2. Les questions en litige

Les appelants ont soulevé les questions suivantes dans le pourvoi:

1. La Cour d'appel de la Saskatchewan a fait une erreur de droit lorsqu'elle a conclu que le juge du procès avait fait erreur parce qu'il avait conclu que la date de l'infraction relativement à la plaignante, E.G., avait été établie de façon suffisamment précise et n'avait pas modifié la dénonciation comme le demandait le ministère public. La Cour d'appel a également fait une erreur lorsqu'elle a conclu que le ministère public n'avait pas à établir le moment précis où avaient été perpétrées les infractions, relativement à la plaignante E.G.

2. The learned Court of Appeal erred in holding that the trial judge erred in applying an adult standard in assessing the credibility of the child witnesses.
3. The learned Court of Appeal erred in law in finding that the trial judge gave little credence to expert testimony because he based the purpose of expert testimony on an erroneous assumption.

The *Criminal Code* provision relevant to the first issue is s. 529(4.1), S.C. 1985, c. 19, s. 123(3) (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 601(4.1)). It reads:

529. ...

(4.1) A variance between the indictment or a count therein and the evidence taken is not material with respect to

(a) the time when the offence is alleged to have been committed, if it is proved that the indictment was preferred within the prescribed period of limitation, if any; or

(b) the place where the subject-matter of the proceedings is alleged to have arisen, if it is proved that it arose within the territorial jurisdiction of the court.

3. The Courts Below

Saskatchewan Provincial Court (Chorneyko Prov. Ct. J., unreported)

The trial judge first acknowledged that he was governed by the admonition of this Court in *Kendall v. The Queen*, [1962] S.C.R. 469, in which Judson J. stated at p. 473:

The basis for the rule of practice which requires the judge to warn the jury of the danger of convicting on the evidence of a child, even when sworn as a witness, is the mental immaturity of the child. The difficulty is four-fold: 1. His capacity of observation. 2. His capacity of recollection. 3. His capacity to understand questions put and frame intelligent answers. 4. His moral responsibility.

Chorneyko Prov. Ct. J. was clearly not impressed with the evidence of the alleged event having taken place at all and stated that after hearing the evidence he was forced to conclude that if the event did take place, its date had not been established. He noted that the complainant

2. La Cour d'appel a fait une erreur lorsqu'elle a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en adoptant une norme applicable à un adulte dans l'évaluation de la crédibilité des témoins enfants.

a 3. La Cour d'appel a fait une erreur de droit lorsqu'elle a conclu que le juge du procès avait accordé peu de foi au témoin expert parce qu'il avait fondé le but du témoignage d'expert sur une hypothèse erronée.

b La disposition pertinente du *Code criminel* relativement à la première question est le par. 529(4.1), L.C. 1985, ch. 19, par. 123(3) (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, par. 601(4.1)). En voici le texte:

c **529. ...**

(4.1) Une divergence entre l'acte d'accusation ou l'un de ses chefs et la preuve recueillie importe peu à l'égard

d a) du moment où l'infraction est alléguée avoir été commise, s'il est prouvé que l'acte d'accusation a été présenté dans le délai prescrit, s'il en est; ou

e b) de l'endroit où l'objet des procédures est allégué avoir pris naissance, s'il est prouvé qu'il a pris naissance dans les limites de la juridiction territoriale de la cour.

3. Les tribunaux d'instance inférieure

f *Cour provinciale de la Saskatchewan* (le juge Chorneyko, inédit)

Le juge du procès reconnaît d'abord qu'il doit respecter l'avertissement prononcé par notre Cour dans l'arrêt *Kendall v. The Queen*, [1962] R.C.S. 469, où le juge Judson dit à la p. 473:

[TRADUCTION] La règle de pratique qui exige que le juge avertisse le jury du danger de prononcer une déclaration de culpabilité en se fondant sur le témoignage d'un enfant, même s'il était assermenté à titre de témoin, tient au manque de maturité mentale de l'enfant. La difficulté tient à quatre facteurs: 1. Sa capacité d'observation. 2. Sa mémoire. 3. Sa capacité de comprendre les questions et d'y répondre de façon intelligente. 4. Sa responsabilité morale.

De toute évidence, le juge Chorneyko n'a pas été impressionné par la preuve indiquant que l'événement allégué avait vraiment eu lieu et a déclaré, après avoir entendu les témoignages, qu'il était obligé de conclure que si l'événement avait bien eu lieu, sa date n'avait pas été établie. Il souligne que

had stated that the incident occurred sometime in the winter when she was in grade one. That evidence, if true, indicated that the offence would have had to have happened a year earlier than alleged.

The Crown sought at trial to amend the information so as to read between November 1, 1985 and December 20, 1985. However, relying on *R. v. Hamilton-Middleton* (1986), 53 Sask. R. 80, as authority for the proposition that the date of the offence is an essential element of the offence and must be proven beyond a reasonable doubt, the trial judge said that it would be difficult to fashion an appropriate amendment when it was not known when the alleged offence had occurred.

In the opinion of the trial judge the Crown by asking for the amendment was suggesting that the date of the offence could be established through the evidence of the mother and Dr. Wollert. The expert witness had testified as to the way in which someone might be expected to react after suffering an emotional trauma but the trial judge doubted that such evidence could be used to establish that a child displaying those symptoms must have been assaulted and therefore was telling the truth. Even if it could, however, he was of the view that since the doctor had testified that bed-wetting and nightmares could be caused by events other than sexual abuse, the doctor's statement, in conjunction with the mother's testimony as to when the bed-wetting occurred, could have little weight in determining the date of the offence. Neither, he found, could it constitute corroboration. The trial judge was also of the view that this evidence could not be used to establish the date of the offence because between December 2 and 20 of 1985, when the alleged assault took place, the complainant was in the hospital for a period of thirteen days for an unrelated event. This meant that there was a significant period during which the offence could not possibly have occurred.

The trial judge held, therefore, that the evidence of the mother and doctor could not accurately

la plaignante dit que l'incident s'est produit pendant l'hiver quand elle était en première année. Si ce témoignage est exact, il indique que l'infraction a dû être commise un an plus tôt que ce qui est allégué.

Au procès, le ministère public a cherché à faire modifier la dénonciation pour y inscrire la période du 1^{er} novembre 1985 au 20 décembre 1985. Toutefois, se fondant sur l'arrêt *R. v. Hamilton-Middleton* (1986), 53 Sask. R. 80, qui selon lui établit que la date de l'infraction est un élément essentiel de l'infraction et doit être prouvée hors de tout doute raisonnable, le juge du procès dit qu'il serait difficile d'apporter une modification convenable sans savoir à quel moment l'infraction alléguée avait eu lieu.

Selon le juge du procès, lorsque le ministère public a demandé la modification, il a laissé entendre que la date de l'infraction pouvait être établie au moyen du témoignage de la mère et du Dr Wollert. Le témoin expert avait témoigné sur les réactions que l'on peut attendre d'une personne qui a subi un traumatisme émotionnel, mais le juge du procès n'était pas convaincu qu'un tel témoignage pouvait être utilisé pour établir qu'un enfant éprouvant ces symptômes devait avoir été agressé et par conséquent disait la vérité. Toutefois, même si tel était le cas, il était d'avis que, puisque le médecin avait témoigné que les mictions nocturnes et les cauchemars pouvaient être causés par des événements autres que l'agression sexuelle, la déclaration du Dr Wollert, conjointement avec le témoignage de la mère sur le début des mictions nocturnes, ne pouvait avoir que peu de poids dans la détermination de la date de l'infraction. À son avis, ce témoignage ne pouvait pas servir non plus de corroboration, ni ne pouvait être utilisé pour établir la date de l'infraction puisque, entre le 2 et le 20 décembre 1985, période pendant laquelle l'agression est alléguée avoir été commise, la plaignante avait été hospitalisée durant treize jours en raison d'un événement indépendant. Cela signifiait donc qu'il y avait une période importante pendant laquelle, de toute évidence, l'infraction ne pouvait pas avoir été commise.

Par conséquent, le juge du procès conclut que les témoignages de la mère et du Dr Wollert ne peu-

establish the date of the offence and that using that type of analysis for this purpose was fraught with danger and should be discouraged. He concluded that since one of the main ingredients of the offence had not been established beyond a reasonable doubt, the appellants must be acquitted. In light of his conclusion, the trial judge did not find it necessary to weigh the other evidence in order to determine whether he would have been left with a reasonable doubt as to the guilt or innocence of the accused.

Saskatchewan Court of Appeal ((1988), 65 Sask. R. 134)

The Court of Appeal (Vancise, Wakeling and Gerwing J.J.A.) noted that the only matter dealt with by the trial judge was whether the offence occurred on the date or dates charged. It noted also that he had interpreted *Hamilton-Middleton*, *supra*, as holding that the Crown was required to prove beyond a reasonable doubt the date of the offence as an essential ingredient of the offence. Vancise J.A., writing for the court, said that, although it was not entirely clear from the reported case, *Hamilton-Middleton* did not stand for that proposition and that the trial judge accordingly committed an error of law in so finding.

According to Vancise J.A., in *Hamilton-Middleton* (Wakeling J.A. delivered the judgment with Vancise J.A. concurring) the guilt of the accused turned directly on the date of the offence. It was therefore a critical element in that case. That was not so here. Turning to the evidence in this case, Vancise J.A. stated at p. 143:

The information alleged that the offence had occurred between the 2nd of December and the 20th of December 1985. During the course of the trial, it appeared that the assault occurred in November of 1985, when the child was in Grade II. She testified that the assault occurred "in winter", at the beginning of November, while her mother was working at a camp and before her mother worked at a bakery in Foam Lake. Her mother testified that she worked at a bakery in Foam Lake in December 1985, after she finished working as a cook in a construction camp. That evidence and the evidence of the child's teacher would place the timing between the 1st of

vent établir de façon précise la date de l'infraction et que le recours à ce genre d'analyse à cette fin est dangereux et ne devrait pas être encouragé. Il conclut que, comme l'un des principaux éléments de l'infraction n'a pas été établi hors de tout doute raisonnable, les appelants doivent être acquittés. Compte tenu de sa conclusion, le juge du procès n'a pas jugé nécessaire d'évaluer les autres éléments de preuve pour déterminer s'il aurait eu un doute raisonnable quant à la culpabilité ou à l'innocence des accusés.

Cour d'appel de la Saskatchewan ((1988), 65 Sask. R. 134)

La Cour d'appel (les juges Vancise, Wakeling et Gerwing) souligne que la seule question traitée par le juge du procès était de savoir si l'infraction avait été commise à la date ou aux dates visées dans l'acte d'accusation. Elle souligne également que le juge a interprété l'arrêt *Hamilton-Middleton*, précité, comme affirmant que le ministère public est tenu de prouver la date de l'infraction hors de tout doute raisonnable comme élément essentiel de cette infraction. Le juge Vancise, rédigeant au nom de la cour, dit que l'arrêt *Hamilton-Middleton* n'appuie pas cet argument, bien que cela ne ressorte pas clairement de l'arrêt publié, et qu'en conséquence le juge du procès a commis une erreur de droit en arrivant à cette conclusion.

Selon le juge Vancise, dans l'arrêt *Hamilton-Middleton* (jugement rendu par le juge Wakeling avec l'appui du juge Vancise), la culpabilité de l'accusé dépendait directement de la date de l'infraction. Par conséquent, la date constituait un élément important dans cette affaire. Ce n'était pas le cas en l'espèce. Le juge Vancise, en examinant le témoignage en l'espèce, dit à la p. 143:

[TRADUCTION] La dénonciation alléguait que l'infraction avait été commise entre le 2 et le 20 décembre 1985. Au cours du procès, il est devenu évident que l'agression a été commise en novembre 1985, alors que l'enfant était en deuxième année. Elle a témoigné que l'agression s'était produite «en hiver», au début de novembre, alors que sa mère travaillait dans un camp et avant que sa mère travaille dans une boulangerie à Foam Lake. Sa mère a déposé qu'elle travaillait dans une boulangerie à Foam Lake en décembre 1985, après avoir fini de travailler comme cuisinière dans un camp de construction. Ce témoignage et le témoignage du professeur de

November and the 20th of December 1985. Section 529(4.1) of the Code now makes it clear that the date is not, in the circumstances described here, a critical or essential element.

Vancise J.A. concluded that the trial judge had erred in failing to find that the date had been established with sufficient particularity. He had also erred in failing to amend the information as requested by the Crown and in failing to consider the evidence as a whole in order to determine whether the Crown had proved its case beyond a reasonable doubt. Because the trial judge did not make any findings of fact on any other issues Vancise J.A. concluded that it had no alternative but to direct a new trial.

Wakeling J.A. (Gerwing J.A. concurring) said he was in full agreement with the judgment of Vancise J.A., but wanted to add a few comments on the possibility of expert testimony providing a basis for corroboration. He thought it was important to register his disagreement with the way in which the trial judge dealt with the expert testimony. Wakeling J.A. thought it apparent that the evidence of Dr. Wollert, the expert on child sexual abuse, had been given little credence by the trial judge. In his view, the trial judge's approach ran counter to the current view that the courts need and should be encouraged to seek assistance in the performance of their responsibilities when dealing with the evidence of children in sexual abuse cases. He stated at p. 148:

I do not need to resort to statistics to establish that there are many more cases now coming to trial involving sexual abuse of children and requiring a very difficult evaluation of youthful testimony. Under these circumstances, it is understandable that the courts should seek as much assistance as possible from those who can be qualified as experts. They can shed some additional light on evidence that would otherwise be of negligible value, so as to assist the judge in reaching a determination of what facts have been adequately corroborated or otherwise established.

Dealing more specifically with the facts at hand he added at p. 149:

l'enfant situeraient la date de l'agression entre le 1^{er} novembre et le 20 décembre 1985. Le paragraphe 529(4.1) du Code prévoit maintenant clairement que la date n'est pas, dans les circonstances décrites en l'espèce, un élément crucial ou essentiel.

Le juge Vancise conclut que le juge du procès a commis une erreur parce qu'il n'a pas jugé que la date avait été établie de manière suffisamment précise. Il a aussi commis une erreur lorsqu'il n'a pas modifié la dénonciation comme le demandait le ministère public et lorsqu'il n'a pas examiné l'ensemble de la preuve pour déterminer si le ministère public avait présenté sa preuve hors de tout doute raisonnable. Comme le juge du procès n'a pas rendu de conclusions de fait sur d'autres questions, le juge Vancise conclut qu'il n'a d'autre choix que d'ordonner un nouveau procès.

Le juge Wakeling (avec l'appui du juge Gerwing) dit qu'il souscrit entièrement aux motifs du juge Vancise mais souhaite ajouter quelques observations sur la possibilité qu'un témoignage d'expert puisse fonder la corroboration. Il estime important de signaler son désaccord avec la manière dont le juge du procès a traité le témoignage de l'expert. Le juge Wakeling pense que le juge du procès a accordé peu de foi au témoignage du Dr Wollert, l'expert en matière d'agression sexuelle contre les enfants. À son avis, la position du juge du procès était contraire à l'opinion actuelle selon laquelle les tribunaux ont besoin d'aide pour exercer leurs responsabilités lorsqu'ils traitent du témoignage d'enfants dans des affaires d'agression sexuelle et devraient être encouragés à essayer d'obtenir ce genre d'assistance. Il dit à la p. 148:

[TRADUCTION] Je n'ai pas besoin de faire appel aux statistiques pour démontrer que les procès en matière d'agression sexuelle contre les enfants se font beaucoup plus nombreux et exigent une appréciation très difficile du témoignage des enfants. Dans ces circonstances, on peut comprendre que les tribunaux cherchent à obtenir le plus d'aide possible de ceux qui peuvent être qualifiés d'experts. Ils peuvent donner un autre éclairage sur une preuve qui autrement serait de valeur négligeable, et aider ainsi le juge à déterminer quels faits ont été adéquatement corroborés ou autrement démontrés.

Traitant plus précisément des faits de l'espèce, il ajoute à la p. 149:

I think it can now be taken that evidence of an expert, in the nature of that given by Dr. Wollert as to the psychological and physical conditions which frequently arise as a result of sexual abuse of a child, is admissible. It provides assistance to the trial judge in concluding whether an assault has occurred. This kind of testimony is helpful, because it provides a benchmark which can hardly be doubted, as it is entirely unlikely that such things as bedwetting and nightmares are subject to be concocted or contrived by a youthful witness to support or buttress the reliability of any testimony that witness may later be called upon to give in court. It is always open to the trial judge to accept or reject expert testimony, but I am concerned that the trial judge's basis for giving little credence to Dr. Wollert's testimony was based on an erroneous assumption of its purpose.

Wakeling J.A. was careful to point out, however, that the expert evidence should not be used to bolster the credibility of witnesses or indicate that they should be believed since credibility is a matter exclusively reserved for the trier of fact.

Wakeling J.A. also added some general comments regarding the testimony of youthful witnesses. He was of the opinion that the trial judge erred in utilizing and applying a strictly adult standard when assessing the credibility of the young people who appeared before him. He stated at p. 150:

Although the cross-examination was conducted quite reasonably in these trials (but sometimes by as many as three counsel), I find it unremarkable that the youthful witness would eventually find shelter in silence or simple agreement with counsel's suggestions. Nor do I find it difficult to understand that the trauma resulting from the incidents of assault would prevent a witness from having an accurate and detailed recall of the event, even if it were being recalled on the day it occurred. In the same way that adult standards would not be suitable to gauge the conduct of youths in physical, mental, social, or other aspects of human activity, it is equally unacceptable that such a standard be applied without modification when measuring the credibility of their testimony.

[TRADUCTION] Je suis d'avis qu'est maintenant reconnue l'admissibilité du témoignage d'un expert, de la nature de celui qui a été présenté par le D^r Wollert sur les états psychologiques et physiques fréquemment manifestés par les enfants victimes d'agression sexuelle. Il aide le juge du procès à déterminer s'il y a eu une agression. Ce genre de témoignage est utile, parce qu'il fournit un point de repère qui peut difficilement être mis en doute, car il est très peu probable que des réactions comme les mictions nocturnes et les cauchemars puissent être inventées par un jeune témoin pour appuyer ou étayer la fiabilité de tout témoignage qu'il pourrait par la suite être appelé à donner en cour. Le juge du procès peut toujours accepter ou rejeter le témoignage d'un expert, mais ce qui m'inquiète c'est que le juge du procès a accordé peu de foi au témoignage de M. Wollert en se fondant sur une hypothèse erronée relativement à son objet.

Toutefois, le juge Wakeling a pris soin de souligner que le témoignage de l'expert ne devait pas être utilisé pour soutenir la crédibilité des témoins ou pour indiquer qu'on devrait leur accorder foi étant donné que la crédibilité est une question qui relève exclusivement de la compétence du juge des faits.

Le juge Wakeling ajoute également des observations d'ordre général concernant les dépositions des jeunes témoins. Il est d'avis que le juge du procès a fait une erreur en utilisant et en appliquant une norme qui s'applique strictement aux adultes lorsqu'il a évalué la crédibilité des jeunes qui ont comparu devant lui. Il dit à la p. 150:

[TRADUCTION] Bien que le contre-interrogatoire ait été mené de façon très raisonnable dans ces procès (mais quelquefois par trois avocats), je trouve tout à fait normal que les jeunes témoins trouvent parfois refuge dans le silence ou dans le simple acquiescement aux suggestions de l'avocat. Je ne trouve pas non plus difficile de comprendre que, en raison du traumatisme résultant des incidents de l'agression, un témoin ne puisse se rappeler de l'événement de façon précise et détaillée, même s'il est rapporté le jour où l'événement s'est produit. Tout comme des normes applicables aux adultes ne se prêteraient pas à l'appréciation de la conduite des jeunes en ce qui a trait aux aspects physiques, mentaux, sociaux et autres de l'activité humaine, il est également inacceptable que de telles normes soient appliquées sans modification à l'appréciation de la crédibilité de leur témoignage.

4. Analysis

(a) *Time of the Offence*

The appellants take issue with the Court of Appeal's conclusion that the trial judge erred in finding that the time of the offence was an essential element of the offence and in refusing to amend the information in light of the evidence presented at trial. In support of this ground the appellants advance three main propositions:

1. An information must specify the time, place and matter of an offence in order to afford an accused a full defence and fair trial;
2. If the time specified on the information conflicts with that of the evidence the information must be quashed; and
3. Time is an essential element of any offence, but particularly so when the accused leads alibi evidence. Therefore, the time of the offence must be proven beyond a reasonable doubt in order for a conviction to result and if the evidence is conflicting with respect to time and the date of the offence cannot be determined the information must be quashed.

While these three propositions are not entirely separable and each bears on the balance that must be maintained between eschewing unnecessary technicalities and the right of an accused to make full answer and defence, it is, in my view, most convenient to deal with each proposition individually.

Turning then to the appellants' first proposition, I note at the outset that there was no formal attack on the information in this case and no motion to quash for insufficiency. Under s. 529(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 601(1)), a motion to quash based on a defect on the face of the count must be brought before plea and thereafter only by leave of the court. Thus, it would not be open for the appellants to claim now that the trial judge should have quashed the information prior to trial. However, the case law on the issue of particularity is instructive in demonstrating the degree of particularity required in relation to the date of the offence.

4. Analyse

a) *Moment de l'infraction*

Les appelants contestent la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle le juge du procès a fait une erreur en concluant que le moment de l'infraction est un élément essentiel de l'infraction et en refusant de modifier la dénonciation pour tenir compte de la preuve présentée au procès. À l'appui de ce moyen, les appelants présentent trois arguments principaux:

1. Une dénonciation doit préciser le moment, le lieu et l'objet d'une infraction pour accorder à un accusé une défense pleine et entière et un procès équitable;
2. Si le moment précisé dans la dénonciation ne correspond pas à celui de la preuve, la dénonciation doit être annulée;
3. Le moment de la perpétration est un élément essentiel de toute infraction et particulièrement lorsque l'accusé présente une preuve d'alibi. Par conséquent, le moment de l'infraction doit être démontré hors de tout doute raisonnable pour qu'il y ait une déclaration de culpabilité et, si la preuve est contradictoire quant au moment de l'infraction et que la date ne peut être déterminée, la dénonciation doit être annulée.

Bien que ces trois arguments ne puissent être entièrement séparés et que chacun ait une incidence sur l'équilibre à maintenir entre l'élimination d'un formalisme inutile et le droit d'un accusé de présenter une réponse et une défense pleines et entières, à mon avis, il serait plus commode de traiter chaque argument individuellement.

Si l'on examine le premier argument des appelants, je constate tout d'abord l'absence de contestation formelle de la dénonciation en l'espèce et de toute requête en annulation pour insuffisance. En vertu du par. 529(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant par. 601(1)), une requête en annulation d'un chef d'accusation fondée sur «un vice apparent à sa face même» doit être présentée avant le plaidoyer ou, par la suite, seulement sur permission de la cour. Par conséquent les appelants ne pourraient prétendre maintenant que le juge du procès aurait dû annuler la dénonciation avant le procès. Toutefois, la jurisprudence sur la question des détails à fournir démontre clairement le degré de précision nécessaire relativement à la date de l'infraction.

The general proposition is that an information or indictment must provide an accused with enough information to enable him or her to defend the charge. This Court's decision in *Brodie v. The King*, [1936] S.C.R. 188, continues to be relied on by accused persons arguing that the charge laid against them does not satisfy the requirements of the *Criminal Code* and therefore should be struck. *Brodie* has thus become the standard against which sufficiency is measured; the indictment must describe the offence so as to "lift it from the general to the particular" (p. 198). The appellants in *Brodie* were convicted of being parties to a seditious conspiracy but this Court held that the indictment should be quashed and acquittals entered because essential averments had been omitted. Rinfret J., writing for the Court, discussed the requirements of s. 852 at p. 193 as follows:

If section 852 be analysed, it will be noticed the imperative requirement ("shall contain") is that there must be a statement that the accused has committed an indictable offence; and such offence must be "specified." It will be sufficient if the substance of the offence is stated; but every count must contain such statement "in substance." In our view, this does not mean merely classifying or characterizing the offence; it calls for the necessity of specifying time, place and matter . . . of stating the facts alleged to constitute the indictable offence. [Emphasis added.]

Rinfret J. went on to outline one of the main reasons why this degree of particularity is necessary (p. 194):

[T]he statement must contain the allegations of matter "essential to be proved," and must be in "words sufficient to give the accused notice of the offence with which he is charged." Those are the very words of the section; and they were put there to embody the spirit of the legislation, one of its main objects being that the accused may have a fair trial and consequently that the indictment shall, in itself, identify with reasonable precision the act or acts with which he is charged, in order that he may be advised of the particular offence alleged against him and prepare his defence accordingly. [Emphasis added.]

Le principe général veut qu'une dénonciation ou un acte d'accusation fournissent à l'accusé suffisamment de renseignements pour lui permettre de se défendre. La décision de notre Cour dans l'arrêt *Brodie v. The King*, [1936] R.C.S. 188, continue d'être invoquée par les accusés qui soutiennent que l'accusation portée contre eux ne satisfait pas aux exigences du *Code criminel* et par conséquent devrait être annulée. L'arrêt *Brodie* est donc devenu la norme qui permet d'évaluer le caractère suffisant de l'acte d'accusation; celui-ci doit décrire l'infraction de manière à [TRADUCTION] «passer du général au particulier» (p. 198). Les appellants dans l'arrêt *Brodie* avaient été déclarés coupables d'avoir pris part à une conspiration séditeuse, mais notre Cour a conclu que l'acte d'accusation devait être annulé et qu'il fallait acquitter parce qu'il manquait des allégations essentielles. Le juge Rinfret, au nom de la Cour, a analysé les exigences de l'art. 852 à la p. 193 de la manière suivante:

[TRADUCTION] On constate à l'analyse de l'art. 852 que celui-ci impose l'exigence impérative («doit contenir») d'une déclaration que le prévenu a commis un acte criminel; et il faut que cet acte criminel soit «spécifié». Il suffit d'énoncer en substance l'infraction reprochée; mais chaque chef d'accusation doit contenir «en substance» une telle déclaration. À notre avis, il ne s'agit pas simplement là de la classification ou de la caractérisation de l'infraction; il est nécessaire non seulement de préciser le moment, le lieu et ce dont il s'agit, [. . .] mais aussi d'énoncer les faits qui constitueraient l'acte criminel. [Je souligne.]

Le juge Rinfret a ensuite souligné l'une des raisons principales pour laquelle ce degré de précision est nécessaire (p. 194):

[TRADUCTION] [L]a déclaration doit contenir les allégations de choses «dont la preuve [. . .] est [. . .] essentielle», et être faite en des «termes suffisants pour donner au prévenu avis de l'infraction dont il est accusé.» Ce sont là les mots mêmes de l'article et ils ont pour objet de mettre en application l'esprit de la loi dont l'un des buts principaux est que le prévenu puisse avoir un procès équitable et, par conséquent, que l'acte d'accusation en soi identifie de façon raisonnablement précise l'acte ou les actes dont il est inculpé de sorte qu'il puisse connaître la nature de l'infraction qu'on lui reproche et préparer sa défense en conséquence. [Je souligne.]

The appellants rely on the statement in *Brodie* that the time, place, and matter of the offence must be specified in support of their argument that the time of the offence is an essential ingredient and must be clearly identified and proven. However, since *Brodie*, there has been an increased tendency for the courts, including this Court, to reject insufficiency arguments on the basis that they are overly technical and an unnecessary hold-over from earlier times. Thus the earlier authorities called for a greater degree of specificity than seems to be required today but there are also more extensive corrective measures available to the Crown in the present *Criminal Code*.

For example, in *R. v. Côté*, [1978] 1 S.C.R. 8, the accused was charged with failing to comply with a demand for a breath sample. The information omitted the words "without reasonable excuse". The Court of Appeal quashed the conviction, having concluded that an essential averment of the offence was omitted. This Court restored the conviction and de Grandpré J., for the majority, commented that the Court should not revert to the old very technical approach. He stated at p. 13:

[T]he golden rule is for the accused to be reasonably informed of the transaction alleged against him, thus giving him the possibility of a full defence and a fair trial. When, as in the present case, the information recites all the facts and relates them to a definite offence identified by the relevant section of the *Code*, it is impossible for the accused to be misled. To hold otherwise would be to revert to the extreme technicality of the old procedure.

One cannot, however, overlook the concerns that gave rise to the strict approach and the importance of providing an accused with sufficient information. And the courts will not hesitate in appropriate circumstances to quash an information that is insufficient and cannot be cured by the provision of particulars. In *R. v. Wis Development Corp.*, [1984] 1 S.C.R. 485, this Court was asked to rule on the sufficiency of an information containing some thirty-two counts alleging breaches of the *Aeronautics Act*, R.S.C. 1970, c. A-3. Lamer J., writing for the Court, held that the counts failed to

Les appelants se fondent sur la déclaration dans l'arrêt *Brodie*, selon laquelle le moment, le lieu et l'objet de l'infraction doivent être précisés, pour soutenir que le moment de l'infraction est un élément essentiel et doit être clairement identifié et démontré. Toutefois, depuis l'arrêt *Brodie*, les tribunaux, y compris notre Cour, ont eu de plus en plus tendance à rejeter les arguments fondés sur le caractère insuffisant de l'accusation parce qu'ils sont d'un formalisme excessif ou une survivance inutile du passé. Ainsi, la jurisprudence et la doctrine anciennes exigeaient un degré de précision plus grand que celui qui paraît être exigé aujourd'hui et le ministère public dispose aussi dans le *Code criminel* actuel d'un plus grand nombre de mesures correctives.

Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Côté*, [1978] 1 R.C.S. 8, l'accusé était inculpé d'avoir refusé de fournir un échantillon d'haleine. La dénonciation ne comportait pas les termes «sans excuse raisonnable». La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité, ayant conclu à l'absence d'une allégation essentielle. Notre Cour a rétabli la déclaration de culpabilité et le juge de Grandpré, au nom de la majorité, a fait remarquer que la Cour ne devrait pas adopter à nouveau l'ancienne position très formaliste. Il a dit à la p. 13:

[L]a règle par excellence est que l'accusé doit être raisonnablement informé de l'infraction qu'on lui impute, pour lui donner ainsi la possibilité d'une défense complète et d'un procès équitable. Lorsque, comme en l'espèce, la dénonciation énumère tous les faits et les relie à une infraction déterminée, identifiée par l'article pertinent du *Code*, il est impossible que l'accusé soit induit en erreur. Admettre le contraire serait retourner au formalisme extrême de l'ancienne procédure.

Toutefois, il ne faut pas oublier les préoccupations qui ont donné lieu à la position stricte ni l'importance de fournir à un accusé suffisamment de renseignements. Aussi, les tribunaux n'hésiteront pas, dans des circonstances appropriées, à annuler une dénonciation qui est insuffisante et qui ne peut être corrigée par l'adjonction de détails. Dans l'arrêt *R. c. Wis Development Corp.*, [1984] 1 R.C.S. 485, notre Cour devait se prononcer sur le caractère suffisant d'une dénonciation contenant environ 32 chefs d'accusation alléguant des violations de la *Loi sur l'aéronautique*, S.R.C. 1970,

provide adequate information of the circumstances of the alleged offences, especially the time, place and manner of their commission. He emphasized again that an accused must be treated fairly and be able to identify clearly what is alleged against him so that he can prepare an adequate defence.

What the above cases do not address, however, is with what degree of particularity the time of the offence must be spelled out in order to constitute adequate information. The usual practice in alleging the time of the offence is to state the day on which, or a particular time period during which, the offence was committed. The Crown contends, however, that while time must be specified, the exact time need not be identified or proved. The precedential authority from various provincial appellate courts supports the Crown's position.

In *R. v. Colgan* (1986), 30 C.C.C. (3d) 183, the accused was charged with unlawfully stealing money "[b]etween the first day of January, A.D., 1979 and the 31st day of March, A.D., 1985". Prior to plea, counsel for the accused objected to the insufficiency of the information and the trial judge quashed the information on the basis that it did not give the accused enough detail to enable her to identify the transactions alleged to have occurred between the dates specified. Monnin C.J.M., for the majority of the Manitoba Court of Appeal, noted that the main difficulty confronting the trial judge was that the time period was more than six years. He reviewed this Court's decisions in *Brodie, Côté*, and *Wis Development*, and concluded that the wording of the count did lift the offence from the general to the particular and that no essential element of the offence was missing. In doing so he noted that the accused had been told the time period, the place, the victim and the offence in terms that were sufficient to describe the nature of the offence although not the specific details of it. In addressing the lengthy time period Monnin C.J.M. said at p. 189:

ch. A-3. Le juge Lamer, au nom de la Cour, a conclu que les chefs d'accusation ne fournissaient pas des renseignements adéquats sur les circonstances des infractions reprochées, particulièrement sur le moment, le lieu et le mode de leur perpétration. Il a encore une fois souligné qu'un accusé doit être traité équitablement et doit être en mesure de savoir clairement ce qui lui est reproché pour pouvoir préparer une défense adéquate.

Toutefois, les arrêts mentionnés précédemment ne prévoient pas le degré de précision avec lequel le moment de l'infraction doit être indiqué pour constituer un renseignement adéquat. Pour les allégations concernant le moment de l'infraction, la pratique courante est de préciser la journée ou l'époque pendant laquelle l'infraction a été commise. Toutefois, le ministère public soutient que, si le moment doit être précisé, le moment exact n'a pas à être identifié ni démontré. La jurisprudence de divers tribunaux d'appel provinciaux appuie la position du ministère public.

Dans l'arrêt *R. v. Colgan* (1986), 30 C.C.C. (3d) 183, l'accusée avait été inculpée d'avoir illégalement volé de l'argent [TRADUCTION] «entre le 1^{er} janvier 1979 et le 31 mars 1985». Avant le plaidoyer, l'avocat de l'accusée avait excipé du caractère insuffisant des renseignements et le juge du procès avait annulé la dénonciation sur le fondement qu'elle ne donnait pas à l'accusée suffisamment de détails pour lui permettre d'identifier les opérations qui seraient survenues entre les dates précisées. Le juge en chef Monnin, au nom de la majorité de la Cour d'appel du Manitoba, a souligné que la difficulté principale rencontrée par le juge du procès était que la période en cause s'étendait sur plus de six ans. Il a passé en revue les arrêts de notre Cour *Brodie, Côté* et *Wis Development* et il a conclu que le libellé du chef d'accusation avait fait passer l'infraction du général au particulier et qu'aucun élément essentiel de l'infraction ne manquait. Il a souligné en outre qu'on avait indiqué à l'accusée l'infraction, l'époque et le lieu de sa perpétration et sa victime dans des termes qui étaient suffisants pour décrire la nature de l'infraction, quoique sans détails précis sur celle-ci. Voici ce que dit le juge en chef Monnin au sujet de la longue période de temps en cause, à la p. 189:

There are and have been many similar charges in this jurisdiction. The only difference in this one is that the period of the alleged theft extends over 63 months and as a result it may be difficult for the defence to prepare its case. That is not sufficient ground to invalidate an otherwise proper and complete count. Fairness or difficulty to prepare a defence are matters to be presented to the trier of facts when the evidence is tendered.

Chief Justice Monnin's decision was upheld in this Court: see [1987] 2 S.C.R. 686.

In *Re Regina and R.I.C.* (1986), 32 C.C.C. (3d) 399, the majority of the Ontario Court of Appeal upheld the validity of an information charging the accused with sexually assaulting a nine-year-old child over a period of six months. The trial judge of his own motion had quashed the information on the ground that it failed to specify the acts constituting the alleged offence of sexual assault and also because of the period of time over which the offence was alleged to have been committed. The Court of Appeal, Krever J.A., with Brooke J.A. concurring, pointed out that due to the nature of the charge and the age of the victim, complete particularity with respect to time would likely be impossible. Krever J.A. stated at p. 403 that "to require it would make prevention of a serious social problem exceedingly difficult". He concluded that the sufficiency requirements in the *Criminal Code* were met. See also *R. v. Ryan* (1985), 23 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.), leave to appeal to this Court refused, [1986] 1 S.C.R. xiii; and *R. v. Fox* (1986), 24 C.C.C. (3d) 366 (B.C.C.A.), leave to appeal to this Court refused, [1986] 1 S.C.R. ix, which both dealt with the offences of impaired driving and held that the exact time need not be specified in the information.

It is apparent from these cases that what constitutes reasonable or adequate information with respect to the act or omission to be proven against the accused will of necessity vary from case to case. The factual matters which underlie some offences permit greater descriptive precision than

[TRANSLATION] Un grand nombre d'accusations semblables ont été et sont présentées devant cette cour. La seule différence en l'espèce vient de ce que la période pendant laquelle le vol aurait été commis s'étend sur 63 mois et, par conséquent, qu'il peut être difficile pour la défense de préparer sa cause. Ce n'est pas un moyen suffisant pour invalider un chef d'accusation par ailleurs régulier et complet. L'équité ou la difficulté de préparer une défense sont des questions à soumettre au juge des faits au moment de la présentation de la preuve.

Notre Cour a confirmé l'arrêt du juge en chef Monnin: voir [1987] 2 R.C.S. 686.

Dans l'arrêt *Re Regina and R.I.C.* (1986), 32 C.C.C. (3d) 399, la Cour d'appel de l'Ontario, à la majorité, a confirmé la validité d'une dénonciation inculquant l'accusé d'agression sexuelle contre un enfant de neuf ans pendant une période de six mois. Le juge du procès avait de son propre chef annulé la dénonciation pour le motif qu'elle ne précisait pas les actes qui constituaient l'infraction reprochée d'agression sexuelle et également en raison de la période de temps pendant laquelle l'infraction était alléguée avoir été commise. La Cour d'appel (le juge Krever avec l'appui du juge Brooke) a souligné qu'en raison de la nature de l'accusation et de l'âge de la victime, il serait probablement impossible d'obtenir des précisions absolues sur le moment de l'infraction. Le juge Krever a dit à la p. 403 que [TRANSLATION] «les exiger rendrait extrêmement difficile la prévention d'un problème social grave». Il a conclu que les exigences du *Code criminel* relativement au caractère suffisant de l'accusation étaient satisfaites. Voir également les arrêts *R. v. Ryan* (1985), 23 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi devant notre Cour refusée, [1986] 1 R.C.S. xiii; et *R. v. Fox* (1986), 24 C.C.C. (3d) 366 (C.A.C.-B.), autorisation de pourvoi devant notre Cour refusée, [1986] 1 R.C.S. ix; ces deux décisions traitaient d'infractions de conduite en état d'ébriété et concluaient qu'il n'était pas nécessaire que la dénonciation précise le moment exact de l'infraction.

Il ressort de ces arrêts que ce qui constitue une dénonciation raisonnable ou adéquate relativement à l'acte ou à l'omission qui doit être établi contre l'accusé différera nécessairement d'une affaire à l'autre. Les faits à la base de certaines infractions se prêtent à une description plus précise que dans

in the case of other offences. Accordingly, a significant factor in any assessment of the reasonableness of the information furnished is the nature and legal character of the offence charged. It is also apparent, however, that in general an information or indictment will not be quashed just because the exact time of the offence is not specified. Rather, the matter will continue on to trial on the merits. While it is obviously important to provide an accused with sufficient information to enable him or her to identify the transaction and prepare a defence, particularity as to the exact time of the alleged offence is not in the usual course necessary for this purpose. It goes without saying, of course, that there may be cases where it is.

In this case the only particular at issue is time, the place, victim and offence alleged to have been committed all being clearly identified in the information. The appellants submit, however, that time is an essential element of any offence and must be specified and proven. Given the tenor of the decisions referred to, the appellants cannot succeed on this ground. Having regard to the nature of the offence charged and the age of the victim, the information provided was, in my view, adequate.

I turn now to the appellants' second submission, namely, that if the time specified in the information conflicts with the evidence the information must be quashed. I believe that s. 529(4.1) of the *Criminal Code* is a complete answer to this submission. It provides that a variance between the indictment and the evidence is not material with respect to the time of commission of the offence. This provision was enacted in 1985 and replaced the former s. 732(4) which was in identical language but applied only to summary conviction proceedings. Prior to the enactment of s. 529(4.1), however, the common law had developed a similar rule and there is an abundance of case law on the subject which has been fairly consistent throughout this century. I refer to a few of the earlier cases because they have a bearing on the appellant's third submission as well as on this one. They support the view that the date of the offence need

le cas d'autres infractions. De même, la nature et le caractère juridiques de l'infraction reprochée sont un facteur important dans toute appréciation du caractère raisonnable de la dénonciation. Toutefois, il appert également qu'en général on n'annulera pas une dénonciation ou un acte d'accusation pour la simple raison que le moment exact de l'infraction n'est pas précisé. La question sera plutôt entendue sur le fond. Bien qu'il soit de toute évidence important de fournir à l'accusé suffisamment de renseignements pour lui permettre d'identifier l'infraction reprochée et de préparer sa défense, la précision du moment exact de cette infraction n'est habituellement pas nécessaire à cette fin. Il va sans dire, évidemment, que le contraire peut être vrai dans certaines affaires.

En l'espèce, le seul détail contesté est le moment, car les détails concernant le lieu, la victime et l'infraction reprochée sont tous clairement identifiés dans la dénonciation. Toutefois, les appelants soutiennent que le moment est un élément essentiel de toute infraction et doit être précisé et démontré. Compte tenu de la jurisprudence mentionnée, les appelants ne peuvent avoir gain de cause relativement à ce moyen. Vu la nature de l'infraction reprochée et l'âge de la victime, la dénonciation était à mon avis adéquate.

J'examine maintenant le deuxième argument des appelants, c'est-à-dire, que la dénonciation doit être annulée si le moment qui y est précisé est contredit par la preuve. Je crois que le par. 529(4.1) du *Code criminel* répond entièrement à cet argument. Il prévoit qu'une divergence entre l'acte d'accusation et la preuve importe peu à l'égard du moment de la perpétration de l'infraction. Cette disposition a été adoptée en 1985 et a remplacé l'ancien par. 732(4) dont le texte était identique mais qui ne s'appliquait qu'aux procédures de poursuites sommaires. Toutefois, avant l'adoption du par. 529(4.1), la common law avait élaboré une règle semblable et il existe sur le sujet une abondante jurisprudence qui a été assez constante depuis le début du siècle. Je mentionne quelques uns des anciens arrêts parce qu'ils ont aussi une incidence sur le troisième argument des appelants. Ils appuient l'opinion qu'il n'est pas néces-

not be proven unless it is an essential element of the offence.

In *Veronneau v. The King* (1916), 26 C.C.C. 278 (Que. K.B.) (affirmed by this Court (1916), 54 S.C.R. 7), one of the issues before the court was whether the trial judge should have allowed an amendment to the indictment after it became apparent that there was a variance between the charge as laid and the evidence regarding the date of the alleged offence. Cross J., for the court, noted that as a general rule the date assigned to the commission of an offence need not be the one actually proved, citing at p. 286 the following passage from *Archbold's Pleading, Evidence, & Practice in Criminal Cases* (23rd ed. 1905) at p. 297:

The day and year on which the facts are stated in the indictment or other pleading to have occurred are not in general material; and the facts may be proved to have occurred upon other day previous to the preferring of the indictment.

The court held that it was only necessary to amend the indictment if the case fell within the common law exception to the general rule because time was "of the essence" of the offence.

Similarly, in *R. v. Dossi* (1918), 13 Cr. App. R. 158, the indictment charged the accused with indecently assaulting an eleven-year-old girl on March 19, 1918. The child gave sworn testimony at trial and the trial judge invoked the rule of practice that it would be dangerous to convict absent corroboration. The accused provided alibi evidence for March 19, 1918 but could not do so for any other day in March. The child gave no evidence of a specific date but referred to constant acts of indecency over a considerable period of time ending at some date in March, 1918. The jury found the accused not guilty of the offence on the date alleged. The Crown then amended the indictment to read "on some day in March" whereupon the jury found the accused guilty. The conviction

saire de prouver la date de l'infraction à moins qu'elle ne constitue un élément essentiel de l'infraction.

Dans l'arrêt *Veronneau v. The King* (1916), 26 C.C.C. 278 (B.R. Qué.) (confirmé par notre Cour, (1916), 54 R.C.S. 7) l'une des questions présentées à la cour était de savoir si le juge du procès aurait dû permettre une modification de l'acte d'accusation quand il est devenu évident qu'il y avait une divergence entre l'accusation telle qu'elle était portée et la preuve concernant la date de l'infraction alléguée. Le juge Cross, au nom de la cour, a fait remarquer qu'en règle générale la date attribuée à la perpétration d'une infraction n'était pas nécessairement la date réellement établie en preuve, citant à la p. 286, l'extrait suivant de l'ouvrage de M. Archbold, *Pleading, Evidence, & Practice in Criminal Cases* (23^e éd. 1905) à la p. 297:

[TRADUCTION] Le jour et l'année où, selon l'acte d'accusation ou d'autres procédures, les faits énoncés se seraient produits ne sont pas d'une manière générale importants; et on peut démontrer que les faits se sont produits un autre jour antérieur au dépôt de l'acte d'accusation.

La cour a conclu qu'il n'était nécessaire de modifier l'acte d'accusation que lorsque l'affaire relevait de l'exception à la règle générale prévue par la common law dans les cas où le moment était [TRADUCTION] «un élément essentiel» de l'infraction.

De même, dans l'arrêt *R. v. Dossi* (1918), 13 Cr. App. R. 158, l'acte d'accusation indiquait que l'accusé était inculpé d'un attentat à la pudeur commis contre une jeune fille de onze ans le 19 mars 1918. L'enfant a témoigné sous serment au procès et le juge a invoqué la règle de pratique selon laquelle il serait dangereux de déclarer l'accusé coupable en l'absence de corroboration. L'accusé a fourni une défense d'alibi pour le 19 mars 1918 mais ne pouvait le faire pour aucun autre jour de ce mois. L'enfant n'a pas mentionné de date précise mais a parlé d'actes indécents qui avaient été constants pendant une longue période qui a pris fin en mars 1918. Le jury a déclaré l'accusé non coupable de l'infraction à la date alléguée. Le ministère public a alors modifié l'acte

was upheld on appeal, Atkin J. stating at p. 159 that “[f]rom time immemorial a date specified in an indictment has never been a material matter unless it is actually an essential part of the alleged offence”. He continued at p. 160:

Thus, though the date of the offence should be alleged in the indictment, it has never been necessary that it should be laid according to truth unless time is of the essence of the offence. It follows, therefore, that the jury were entitled, if there was evidence on which they could come to that conclusion, to find the appellant guilty of the offence charged against him, even though they found that it had not been committed on the actual date specified in the indictment. [Emphasis added.]

It is noteworthy that in this case not only did the date on the indictment differ from the date arising from the evidence, but the exact date of the offence was not proven. The important thing was that the jury accepted that the accused had committed the offence against the child although not the precise date on which he had committed it. To the same effect see *R. v. James* (1923), 17 Cr. App. R. 116 for further English authority and *R. v. England* (1920), 35 C.C.C. 141, where the New Brunswick Supreme Court, Appeal Division, adopted *Dossi* as a correct statement of the law. For contrary authority see *R. v. Ball* (1953), 17 C.R. 244 (Ont. C.A.), a case cited by the appellants in support of their argument, as well as *R. v. Hindle* (1955), 113 C.C.C. 388, a decision of the same court.

In *R. v. Ball* the accused was convicted on a charge that “on or about November 19, 1952” he retained cattle in his possession knowing them to have been stolen. The evidence suggested, however, that the accused did not discover that the cattle were stolen until February of 1953. The accused was convicted at trial but the Ontario Court of Appeal quashed the conviction. Pickup C.J.O., for the court, stated at p. 246:

d'accusation pour y inscrire l'expression [TRADUCTION] «un jour en mars», après quoi le jury a déclaré l'accusé coupable. La déclaration de culpabilité a été maintenue en appel; le juge Atkin a dit à la p. 159 que [TRADUCTION] «depuis des temps immémoriaux, la date précisée dans un acte d'accusation n'a jamais été une question importante à moins qu'elle ne soit réellement une partie essentielle de l'infraction alléguée». Il a continué à la p. 160:

[TRADUCTION] Bien que l'on doive alléguer une date dans l'acte d'accusation, il n'est pas nécessaire que cette date soit exacte, sauf lorsque le moment est un élément essentiel de l'infraction. Il s'ensuit donc que, si la preuve le leur permet, les jurés peuvent déclarer l'accusé coupable de l'infraction même s'ils arrivent à la conclusion qu'elle n'a pas été commise à la date énoncée dans l'acte d'accusation. [Je souligne.]

Il convient de souligner que, dans cette affaire, la date indiquée dans l'acte d'accusation était différente de la date qui ressortait de la preuve et qu'en plus la date exacte de l'infraction n'avait pas été démontrée. L'important était que le jury avait reconnu que l'accusé avait commis l'infraction contre l'enfant mais pas la date précise à laquelle il l'avait commise. Dans le même sens voir *R. v. James* (1923), 17 Cr. App. R. 116, dans lequel on mentionne d'autres arrêts et ouvrages anglais, et *R. v. England* (1920), 35 C.C.C. 141, dans lequel la Cour suprême du Nouveau-Brunswick, Division d'appel, a adopté l'arrêt *Dossi* comme énoncé exact du droit. Pour une opinion contraire voir *R. v. Ball* (1953), 17 C.R. 244 (C.A. Ont.), un arrêt cité par les appelants à l'appui de leur argumentation ainsi que *R. v. Hindle* (1955), 113 C.C.C. 388, un arrêt de la même cour.

Dans l'arrêt *R. v. Ball*, l'accusé avait été déclaré coupable de l'accusation d'avoir, [TRADUCTION] «le ou vers le 19 novembre 1952», gardé du bétail en sa possession sachant qu'il avait été volé. Toutefois, la preuve a révélé que l'accusé a découvert en février 1953 seulement que le bétail avait été volé. L'accusé a été déclaré coupable à son procès mais la Cour d'appel de l'Ontario a annulé la déclaration de culpabilité. Le juge en chef Pickup, au nom de la cour, a dit à la p. 246:

There was no amendment to the indictment made at the trial; none was asked for. Whatever leeway the words "on or about" may give, we are of the opinion that they do not give sufficient leeway to enable the Crown to maintain a conviction on proof of knowledge inferred from events that occurred as late as February when the charge in the indictment was that the offence was committed on or about the 19th November.

Subsequently, however, in *R. v. Greene* (1962), 133 C.C.C. 294, the Ontario Court of Appeal overruled both *Ball* and *Hindle*. In *Greene*, the accused was appealing his conviction for assault. The indictment charged him with assault on December 16, 1961, but the evidence disclosed that the assault took place on December 17, 1961. The Magistrate was of the view that it was unnecessary to amend the information to conform with the evidence and registered a conviction. On appeal the accused argued that the conviction should be quashed on the ground that there was no evidence that the assault took place on the 16th as alleged in the information. McKay J.A., for the court, reviewed the case law, noting that *Ball* and *Hindle* were both oral judgments and that the decisions in the English Court of Criminal Appeal and in New Brunswick and Manitoba courts were not brought to the attention of the court. McKay J.A. held that to the extent that *Ball* and *Hindle* were at variance with what Atkin J. had stated in *Dossi*, they should not be followed. He concluded at pp. 300-301:

In the present case the appellant does not allege that he was misled or prejudiced in his defence by the wrong date in the information, and while I think it might well have been the better course to amend the information when the evidence disclosed the error in the date, the failure to amend does not invalidate the conviction.

This rule continued to be applied in later cases. For example, in *R. v. Nadin* (1971), 3 C.C.C. (2d) 221, the British Columbia Court of Appeal cited *Dossi* and *Greene* with approval, stating that if the date is not an essential part of the alleged offence,

[TRADUCTION] L'acte d'accusation n'a pas été modifié au procès. On ne l'a pas demandé. Quelle que soit la latitude que peuvent donner les termes «le ou vers le», nous sommes d'avis qu'elle n'est pas suffisamment grande pour permettre au ministère public de maintenir une déclaration de culpabilité sur le fondement d'une preuve de la connaissance de certains événements qui se sont produits en février seulement alors que l'acte d'accusation précisait que l'infraction avait été perpétrée le ou vers le 19 novembre.

Toutefois, par la suite, dans l'arrêt *R. v. Greene* (1962), 133 C.C.C. 294, la Cour d'appel de l'Ontario a renversé les arrêts *Ball* et *Hindle*. Dans l'arrêt *Greene*, l'accusé interjetait appel de sa déclaration de culpabilité pour voies de fait. L'acte d'accusation lui imputait des voies de fait le 16 décembre 1961, mais la preuve a révélé que les voies de fait avaient été commises le 17 décembre 1961. Le juge était d'avis qu'il n'était pas nécessaire de modifier la dénonciation pour la rendre conforme à la preuve et il a inscrit une déclaration de culpabilité. En appel, l'accusé a soutenu que la déclaration de culpabilité devait être annulée pour le motif qu'il n'y avait pas de preuve que les voies de fait avaient eu lieu le 16 comme l'alléguait la dénonciation. Le juge McKay, au nom de la cour, a examiné la jurisprudence et a souligné que les arrêts *Ball* et *Hindle* avaient été rendus à l'audience et que les décisions de la English Court of Criminal Appeal ainsi que des tribunaux du Nouveau-Brunswick et du Manitoba n'avaient pas été portés à la connaissance de la cour. Le juge McKay a conclu que dans la mesure où les arrêts *Ball* et *Hindle* divergeaient des motifs du juge Atkin dans l'arrêt *Dossi*, ils ne devaient pas être suivis. Il a conclu aux pp. 300 et 301:

[TRADUCTION] En l'espèce, l'appellant ne prétend pas qu'il a été induit en erreur ou qu'il a subi un préjudice dans sa défense en raison de la date erronée figurant dans la dénonciation et, même si je crois qu'il eut peut-être mieux valu modifier la dénonciation lorsque la preuve soumise a permis de découvrir l'erreur de date, le défaut de le faire n'a pas pour effet d'invalider la déclaration de culpabilité.

Cette règle a continué d'être appliquée dans des affaires ultérieures. Par exemple, dans *R. v. Nadin* (1971), 3 C.C.C. (2d) 221, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a cité en les approuvant les arrêts *Dossi* et *Greene* et a déclaré que si la date

it is not a material matter. For additional authorities to the same effect see *R. v. Pawliw* (1973), 13 C.C.C. (2d) 356 (Sask. C.A.); *R. v. Clark* (1974), 19 C.C.C. (2d) 445 (Alta. S.C., App. Div.); *W. Eric Whebby Ltd. v. Gunn Prov. Magistrate* (1974), 26 C.R.N.S. 379 (N.S.C.A.); *R. v. Labine* (1975), 23 C.C.C. (2d) 567 (Ont. C.A.); *R. v. McCrae and Ramsay* (1981), 25 Man. R. (2d) 32 (Co. Ct.); and *R. v. Sarson* (1982), 15 Man. R. (2d) 192 (Co. Ct.)

This longstanding rule of the common law is summarized by Ewaschuk J. in his text *Criminal Pleadings and Practice in Canada* (2nd ed. 1987) at para. 9:10050 as follows:

From time immemorial, a date specified in an indictment has never been held to be a material matter. Thus the Crown need not prove the alleged date unless time is an essential element of the offence or unless there is a specified prescription period. [Emphasis added.]

From the foregoing, it is clear that it is of no consequence if the date specified in the information differs from that arising from the evidence unless the time of the offence is critical and the accused may be misled by the variance and therefore prejudiced in his or her defence. It is also clear from *Dossi* and other authorities that the date of the offence need not be proven in order for a conviction to result unless time is an essential element of the offence. Accordingly, while it is trite to say that the Crown must prove every element of the offence in order to obtain a conviction, it is, I believe, more accurate to say that the Crown must prove all the essential elements. The Crown need not prove elements which are, at most, incidental to the offence. What the Crown must prove will, however, of necessity vary with the nature of the offence charged and the surrounding circumstances. Time may be an essential element of the offence in some circumstances and it may be instructive therefore to look at a few cases where

n'était pas une partie essentielle de l'infraction alléguée, il ne s'agissait pas d'une question importante. Pour d'autres arrêts qui vont dans le même sens voir *R. v. Pawliw* (1973), 13 C.C.C. (2d) 356 (C.A. Sask.); *R. v. Clark* (1974), 19 C.C.C. (2d) 445 (C.S. Alb., Div. app.); *W. Eric Whebby Ltd. v. Gunn Prov. Magistrate* (1974), 26 C.R.N.S. 379 (C.A.N.-É.); *R. v. Labine* (1975), 23 C.C.C. (2d) 567 (C.A. Ont.); *R. v. McCrae and Ramsay* (1981), 25 Man. R. (2d) 32 (C. cté); et *R. v. Sarson* (1982), 15 Man. R. (2d) 192 (C. cté).

Cette ancienne règle de common law est résumée par le juge Ewaschuk dans son ouvrage *Criminal Pleadings and Practice in Canada* (2^e éd. 1987), au par. 9:10050, de la manière suivante:

[TRADUCTION] Depuis des temps immémoriaux, une date précisée dans un acte d'accusation n'a jamais été considérée comme une question importante. Par conséquent, il n'est pas nécessaire que le ministère public fasse la preuve de la date alléguée sauf si le moment de l'infraction constitue un élément essentiel de celle-ci ou s'il y a un délai de prescription. [Je souligne.]

D'après ce qui précède, il est évident qu'il est sans conséquence que la date précisée dans la dénonciation soit différente de celle qui ressort de la preuve à moins que le moment de l'infraction soit crucial et que l'accusé puisse être induit en erreur par la divergence et, par conséquent, qu'il lui soit porté préjudice relativement à sa défense. Il est également clair, d'après l'arrêt *Dossi* et certains autres arrêts et ouvrages, que la date de l'infraction n'a pas à être établie pour qu'il y ait déclaration de culpabilité sauf lorsque la date est un élément essentiel de l'infraction. Par conséquent, bien qu'il soit banal de dire que le ministère public doit prouver chaque élément de l'infraction pour obtenir une déclaration de culpabilité, il est plus exact de dire, à mon avis, que le ministère public doit en démontrer tous les éléments essentiels. Il n'est pas nécessaire que le ministère public établisse des éléments qui sont, tout au plus, accessoires à l'infraction. Toutefois, ce que le ministère public doit démontrer sera nécessairement différent selon la nature de l'infraction reprochée et les circonstances de l'affaire. Le moment de l'infraction peut constituer un élément essentiel de celle-ci dans certaines circonstances et, par conséquent, pour répondre au troisième argument de l'appe-

this was held to be so in order to respond to the appellant's third submission.

In *Hamilton-Middleton, supra*, the accused was charged with theft and there was no dispute that she had taken the food and clothing in question. She defended on the basis that she had received permission. The evidence was to the effect that at one time the accused did have such permission but that it had been subsequently withdrawn. There was nothing in the evidence to establish whether the goods were taken before the permission was withdrawn or after the permission was withdrawn. It was held that time was an essential element of the defence and must be strictly proved.

In *R. v. McCrae and Ramsay, supra*, the accused were acquitted at trial of operating a plane without the proper authorization contrary to the *Aeronautics Act*. The trial judge was not sure that the offence had occurred between the dates contained in the information. The Crown appealed the acquittals alleging that the trial judge erred in concluding that the dates within which the offence was alleged to have occurred constituted an essential averment. Kennedy Co. Ct. J. dismissed the Crown's appeal on the basis that the time of the offence was an essential element of the offence since the case turned upon the holding of a valid certificate during a particular period of time. He acknowledged that time was generally not an essential element requiring strict proof but held that it could become so depending on the circumstances. He stated at p. 33:

If charged with an offence of indecent assault or forging and uttering (as were the factual situations referred to in the cases of *R. v. England*, 35 C.C.C. 141, and in the case of *R. v. Parkin*, 27 C.C.C. 35 respectively), it was held, it was only necessary to find that an offence had occurred. An offence under the *Aeronautics Act* which involves flying an aircraft, is not in itself an offence if it is done in a period of time in which the pilot or owner had the necessary authorization, just as driving a car is not unlawful unless done during a period where the driver was not licenced.

lant, il peut être utile d'examiner certaines affaires dans lesquelles on a jugé que tel était le cas.

Dans l'arrêt *Hamilton-Middleton*, précité, l'accusée avait été inculpée pour vol et il n'était pas contesté qu'elle avait pris la nourriture et les vêtements en question. Elle alléguait en défense avoir reçu la permission de le faire. La preuve a révélé qu'à un certain moment l'accusée avait obtenu cette permission mais qu'elle lui avait été retirée par la suite. Rien dans la preuve ne permettait d'établir si les articles avaient été pris avant ou après le retrait de la permission. On a jugé que le moment était un élément essentiel de la défense et devait être démontré de façon précise.

Dans l'affaire *R. v. McCrae and Ramsay*, précitée, les accusés avaient été acquittés au procès d'avoir piloté un avion sans autorisation en contravention de la *Loi sur l'aéronautique*. Le juge du procès n'était pas certain que l'infraction avait été commise entre les dates indiquées dans la dénonciation. Le ministère public a interjeté appel contre les acquittements en alléguant que le juge du procès avait commis une erreur en concluant que la période au cours de laquelle les infractions étaient alléguées avoir été commises constituait une allégation essentielle. Le juge Kennedy a rejeté l'appel du ministère public sur le fondement que le moment de l'infraction était un élément essentiel étant donné que l'affaire portait sur la détention d'un certificat valide pour une période de temps donnée. Il a reconnu que le moment de l'infraction ne constituait généralement pas un élément essentiel qui exigeait une preuve stricte mais il a conclu que cela pouvait devenir le cas selon les circonstances. Il a dit à la p. 33:

[TRADUCTION] Dans le cas d'une accusation d'attentat à la pudeur, de contrefaçon et de mise en circulation (comme c'était le cas pour les situations de fait mentionnées respectivement dans les affaires *R. v. England*, 35 C.C.C. 141, et *R. v. Parkin*, 27 C.C.C. 35) on a jugé qu'il était nécessaire seulement de conclure qu'une infraction avait été commise. Une infraction à la *Loi sur l'aéronautique* qui comporte le fait de piloter un avion n'est pas en soi une infraction si l'acte est accompli à un moment où le pilote ou le propriétaire possède l'autorisation nécessaire, tout comme la conduite d'une voiture n'est pas illégale à moins qu'elle se produise pendant une période où le conducteur ne détient pas de permis.

Another circumstance which has been held on the authorities to make the time of the alleged offence critical is when an accused defends the charge by providing evidence of an alibi for the date or time period alleged. To hold otherwise would be to deny an accused the right to make full answer and defence. For example, in the early case of *R. v. Parkin (1), (2)* (1922), 37 C.C.C. 35 (Man. C.A.), the accused was charged with indecent assault and carnal knowledge. The offences were alleged to have occurred "on or about August 8, 1920". The accused relied upon an alibi in his defence and provided evidence that he was out of the province between August 7 and 22. The trial judge instructed the jury that it was not confined to the 8th of August as the key date and that, if it found that the offence was committed during the school holidays, the accused could be convicted. He further instructed the jury that the issue before it was whether a crime had been committed around that time and the mere fact that the accused was not in the province on some of the August dates did not matter if the jury was satisfied that the offence had been committed on or about these dates. The accused was found guilty of indecent assault and appealed his conviction. A majority of the Manitoba Court of Appeal cited *Dossi* with approval but went on to conclude that on the facts of this case the trial judge had erred in instructing the jury that the August 8 date was immaterial and that they could convict if they were satisfied that the offence had been committed during the holidays. Dennistoun J.A. noted that the accused relied upon the date specified in the indictment in putting forward his defence of alibi. He expressed the view that the significance of the August 8 date in the context of the alibi defence was not highlighted to the jury as it should have been. On the contrary, they were told to ignore it. The accused therefore succeeded on this ground of appeal and a new trial was ordered. For more recent Canadian authority see *W. Eric Whebby Ltd. v. Gunn Prov. Magistrate, supra*.

Un autre cas où, selon la jurisprudence et la doctrine, le moment de l'infraction devient crucial est le cas de l'accusé qui se défend contre une accusation en fournissant une preuve d'alibi à l'égard de la date ou de la période de temps alléguée. Toute autre conclusion reviendrait à priver un accusé du droit de présenter une réponse et une défense pleines et entières. Par exemple, dans l'ancien arrêt *R. v. Parkin (1), (2)* (1922), 37 C.C.C. 35 (C.A. Man.), l'accusé avait été inculpé d'attentat à la pudeur et de rapports sexuels. Les infractions avaient été commises, selon les allégations, [TRADUCTION] «le ou vers le 8 août 1920». L'accusé a fondé sa défense sur un alibi et a présenté des preuves selon lesquelles il était à l'extérieur de la province entre le 7 et le 22 août. Dans ses directives, le juge du procès a indiqué au jury qu'il ne devait pas s'en tenir au 8 août comme étant la date-clef et que, s'il devait conclure que l'infraction avait été commise pendant les vacances scolaires, l'accusé pouvait être déclaré coupable. Il avait en outre dit au jury que la question qui lui était présentée était de savoir si un crime avait été commis autour de cette date et que le simple fait que l'accusé n'était pas dans la province à certaines dates du mois d'août n'avait pas d'importance si le jury était convaincu que l'infraction avait été commise autour de ces dates. L'accusé a été déclaré coupable d'attentat à la pudeur et a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité. La Cour d'appel du Manitoba, à la majorité, a cité l'arrêt *Dossi* en y souscrivant mais a conclu que, d'après les faits de cette affaire, le juge du procès avait commis une erreur en donnant au jury les directives selon lesquelles la date du 8 août n'était pas importante et qu'il pouvait déclarer l'accusé coupable s'il était convaincu que l'infraction avait été commise pendant les vacances. Le juge Dennistoun a fait remarquer que l'accusé s'était fondé sur la date précisée dans l'acte d'accusation pour présenter sa défense d'alibi. Il a exprimé l'opinion que l'importance de la date du 8 août dans le contexte de la défense d'alibi n'avait pas été soulignée au jury comme elle aurait dû l'être. Au contraire, on lui a dit de l'ignorer. Par conséquent, l'accusé a eu gain de cause sur ce moyen d'appel et un nouveau procès a été ordonné. Pour une décision canadienne plus récente voir *W. Eric Whebby Ltd. v. Gunn Prov. Magistrate, précitée*.

More modern English authority is found in *Wright v. Nicholson*, [1970] 1 All E.R. 12 (Q.B.), in which the accused was charged with having incited a child on August 17, 1967 to commit a gross indecency. The complainant was unable to recall the date of the offence at trial and testified only that it had occurred "in August". The information was not amended and the accused provided evidence which, if believed, would have afforded him a complete alibi for August 17. The accused was convicted at trial the court finding that the offence had occurred some time in August even if it could not be proven that it had occurred on August 17. On appeal, Lord Parker C.J. for the court allowed the accused's appeal and quashed the conviction. He held that the date of the offence was important because the evidence suggested that the accused could have established alibi evidence for the whole month of August by reference to work records if the information had been amended. Because of this, *Dossi* was distinguishable.

In my view, the following conclusions can be drawn from the authorities:

1. While time must be specified in an information in order to provide an accused with reasonable information about the charges brought against him and ensure the possibility of a full defence and a fair trial, exact time need not be specified. The individual circumstances of the particular case may, however, be such that greater precision as to time is required, for instance, if there is a paucity of other factual information available with which to identify the transaction.
2. If the time specified in the information is inconsistent with the evidence and time is not an essential element of the offence or crucial to the defence, the variance is not material and the information need not be quashed.
3. If there is conflicting evidence regarding the time of the offence, or the date of the offence cannot be established with precision, the information need not be quashed and a conviction may result, provided that time is not an essential element of the offence or crucial to the defence.

L'arrêt *Wright v. Nicholson*, [1970] 1 All E.R. 12 (B.R.), une décision anglaise plus récente, vise le cas d'un accusé qui avait été inculpé d'avoir incité un enfant, le 17 août 1967, à commettre une grossière indécence. Le plaignant était incapable de se rappeler la date de l'infraction au procès et a déposé seulement qu'elle avait été commise «en août». La dénonciation n'avait pas été modifiée et l'accusé avait fourni un élément de preuve qui, si on lui avait accordé foi, lui aurait assuré un alibi complet pour le 17 août. L'accusé a été déclaré coupable au procès, la cour ayant conclu que l'infraction avait été perpétrée à un certain moment en août même si on ne pouvait pas démontrer qu'elle s'était produite le 17 août. En appel, le lord juge en chef Parker, au nom de la cour, a accueilli l'appel de l'accusé et a annulé la déclaration de culpabilité. Il a conclu que la date de l'infraction était importante parce que la preuve laissait entendre que l'accusé aurait pu établir une preuve d'alibi pour tout le mois d'août grâce à ses dossiers de travail si la dénonciation avait été modifiée. À cause de cela, on pouvait établir une distinction avec l'arrêt *Dossi*.

À mon avis, les conclusions suivantes ressortent de la jurisprudence et de la doctrine:

1. Bien que le moment de l'infraction doive être précisé dans une dénonciation pour donner à un accusé des renseignements raisonnables sur les accusations portées contre lui et lui permettre de présenter une défense pleine et entière et d'avoir un procès équitable, le moment exact n'a pas à être précisé. Toutefois, les circonstances individuelles d'une affaire donnée peuvent rendre nécessaire une plus grande précision quant au moment de l'infraction, par exemple, s'il n'y a peu d'autres informations factuelles qui permettraient d'identifier l'acte reproché.
2. Si le moment précisé dans la dénonciation ne correspond pas à la preuve et que la date de l'infraction ne constitue pas un élément essentiel de l'infraction ou un élément crucial pour la défense, la divergence n'est pas importante et la dénonciation ne doit pas être annulée.
3. Si la preuve est contradictoire quant au moment de l'infraction ou que la date de l'infraction ne peut être établie avec précision, il n'est pas nécessaire d'annuler la dénonciation et une déclaration de culpabilité peut être prononcée, pourvu que le moment de l'infraction ne soit pas un élément essentiel de l'infraction ou un élément crucial pour la défense.

4. If the time of the offence cannot be determined and time is an essential element of the offence or crucial to the defence, a conviction cannot be sustained.

Accordingly, when a court is faced with circumstances in which the time of the offence cannot be determined with precision or the information conflicts with the evidence, the first question that must be asked is whether time is either an essential element of the offence or crucial to the defence. It will only be in cases where this first question is answered affirmatively that the trier of fact must then determine whether the time of the offence has been proven beyond a reasonable doubt. If the answer to the first question is in the negative, a conviction may result even although the time of the offence is not proven, provided that the rest of the Crown's case is proven beyond a reasonable doubt.

In the present case, however, the trial judge failed to address the first question. He found on the evidence before him that the date of the offence had not been established beyond a reasonable doubt and acquitted the accused. In doing so he erred. (I add in fairness to the learned trial judge that he was understandably misled by the sparse report of *Hamilton-Middleton* upon which he relied in reaching his decision.) Had the trial judge directed himself to the first question, he would have been forced to conclude that time was not an essential element of the offence or crucial to the defence. Indeed, the date of the offence is not generally an essential element of the offence of sexual assault. It is a crime no matter when it is committed. From the record in this case it is also clear that the date of the offence was not crucial to the defence. The appellants' claim on appeal that the date was crucial because alibi evidence was led cannot, in my view, be seriously maintained. At trial each appellant testified and put forward only general denials. They did not lead alibi evidence at that time. Moreover, since the alleged assault took place in the school washroom during recess, the only possible alibi would seem to be that one or more of the appellants was not in attendance at school during the relevant period specified in the

4. Si le moment de l'infraction ne peut être déterminé et qu'il constitue un élément essentiel de l'infraction ou un élément crucial pour la défense, une déclaration de culpabilité ne peut être maintenue.

^a En conséquence, lorsqu'un tribunal doit faire face à des circonstances dans lesquelles le moment de l'infraction ne peut être déterminé avec précision ou que la dénonciation est en contradiction avec la preuve, la première question qui se pose est de savoir si le moment de l'infraction est soit un élément essentiel de celle-ci soit un élément crucial pour la défense. C'est seulement dans les cas où l'on répond par l'affirmative à la première question que le juge des faits doit déterminer si le moment de l'infraction a été démontré hors de tout doute raisonnable. Si la réponse à la première question est négative, une déclaration de culpabilité peut être prononcée même si le moment de l'infraction n'est pas prouvé, pourvu que le reste de la preuve du ministère public soit établi hors de tout doute raisonnable.

En l'espèce cependant, le juge du procès n'a pas posé la première question. Il a conclu d'après la preuve qui lui a été présentée que la date de l'infraction n'avait pas été établie hors de tout doute raisonnable et il a acquitté l'accusé. Il a ainsi commis une erreur. (J'ajouterai à sa décharge qu'il a été induit en erreur de façon compréhensible par le mince rapport qui est fait de l'arrêt *Hamilton-Middleton* et sur lequel il s'est fondé pour rendre sa décision.) Si le juge du procès s'était posé la première question, il aurait été obligé de conclure que le moment de l'infraction ne constituait pas un élément essentiel de l'infraction et qu'il n'était pas crucial pour la défense. En fait, la date de l'infraction n'est pas généralement un élément essentiel d'une infraction d'agression sexuelle. Il s'agit d'un crime, peu importe le moment où il a été commis. D'après le dossier de cette affaire, il est également clair que la date de l'infraction n'était pas cruciale pour la défense. L'argument des appelants selon lequel la date était cruciale parce qu'une défense d'alibi avait été présentée, ne peut, à mon avis, être sérieusement retenu. Au procès, chaque appelant a témoigné et s'est contenté de nier les faits de façon générale. Ils n'ont pas présenté de preuve d'alibi à ce moment-là. En outre, étant donné que l'agression

information or suggested by the evidence. There is nothing in the record to support this.

I conclude therefore that the Court of Appeal was correct in holding that the time of the offence was not an essential element in the circumstances of this case and need not be proven beyond a reasonable doubt. I also agree with the Court of Appeal that if the assault took place as alleged the evidence supports the conclusion that it occurred some time between November 1, 1985 and December 20, 1985 and that amending the information to this effect would not cause irreparable harm to the appellants. Since the trial judge made no findings of fact apart from the time element the Court of Appeal was correct in concluding that a new trial was necessary.

(b) *Standard of Credibility*

The remaining two grounds of appeal are directed at the concurring reasons of Wakeling J.A. in which he discusses the use of expert testimony in cases of sexual assault involving children and the approach that should be taken when assessing the credibility of child witnesses. Given that his comments in this regard are *obiter dicta*, Wakeling J.A. having firmly stated they were not to be viewed as affecting the main judgment with which he concurred, it is not strictly necessary for this Court to deal with them. However, in light of the importance of the testimony of the complainant in this case as well as the testimony of the children in the related appeals, I think this Court should address them, albeit briefly.

Dealing first with Wakeling J.A.'s comments regarding the credibility of child witnesses it seems to me that he was simply suggesting that the judiciary should take a common sense approach when dealing with the testimony of young children and not impose the same exacting standard on

aurait eu lieu dans la salle de toilette de l'école, pendant une récréation, à mon avis, le seul alibi possible aurait été qu'un ou plusieurs appelants étaient absents de l'école pendant la période pertinente précisée dans la dénonciation ou suggérée par la preuve. Rien dans le dossier n'indique que ce fût le cas.

Par conséquent, je suis d'avis de conclure que la Cour d'appel a jugé à bon droit que le moment de l'infraction n'était pas un élément essentiel dans les circonstances de l'espèce et qu'il n'avait pas à être démontré hors de tout doute raisonnable. Je conviens également avec la Cour d'appel que si l'agression a eu lieu comme on l'a allégué, la preuve appuie la conclusion selon laquelle elle a été commise entre le 1^{er} novembre 1985 et le 20 décembre 1985 et que la modification de la dénonciation en ce sens ne causerait pas un préjudice irréparable aux appelants. Étant donné que le juge du procès n'a pas rendu de conclusion de fait si ce n'est à l'égard de la date de l'infraction, la Cour d'appel a conclu, à bon droit, qu'un nouveau procès était nécessaire.

(b) *Norme de crédibilité*

Les deux autres moyens d'appel visent les motifs concordants du juge Wakeling dans lesquels il discute de l'utilisation d'un témoignage d'expert dans le cas d'agression sexuelle contre des enfants et de la conduite à suivre lorsqu'on apprécie la crédibilité des témoins enfants. Étant donné que ses observations à cet égard sont une opinion incidente, le juge Wakeling ayant fermement déclaré qu'elles ne devaient pas être considérées comme ayant un effet sur l'arrêt principal auquel il souscrivait, il n'est pas strictement nécessaire que notre Cour les examine. Toutefois, compte tenu de l'importance du témoignage de la plaignante en l'espèce ainsi que du témoignage des enfants dans les pourvois connexes, je suis d'avis que cette Cour devrait les étudier, même brièvement.

Si l'on examine d'abord les observations du juge Wakeling sur la crédibilité des témoins enfants, il me semble qu'il laisse entendre simplement que les juges devraient adopter une position fondée sur le bon sens lorsqu'ils traitent du témoignage de jeunes enfants et éviter de leur imposer les mêmes

them as it does on adults. However, this is not to say that the courts should not carefully assess the credibility of child witnesses and I do not read his reasons as suggesting that the standard of proof must be lowered when dealing with children as the appellants submit. Rather, he was expressing concern that a flaw, such as a contradiction, in a child's testimony should not be given the same effect as a similar flaw in the testimony of an adult. I think his concern is well founded and his comments entirely appropriate. While children may not be able to recount precise details and communicate the when and where of an event with exactitude, this does not mean that they have misconceived what happened to them and who did it. In recent years we have adopted a much more benign attitude to children's evidence, lessening the strict standards of oath taking and corroboration, and I believe that this is a desirable development. The credibility of every witness who testifies before the courts must, of course, be carefully assessed but the standard of the "reasonable adult" is not necessarily appropriate in assessing the credibility of young children.

(c) *Credence Given to Expert Testimony*

Wakeling J.A. felt that the trial judge may not have given adequate credence to the evidence of the expert witness because of his concern that expert testimony not supplant his role as the trier of fact. However, all Wakeling J.A. did, it seems to me, was review the settled law regarding the admissibility of expert evidence. I need only say in dealing with this ground of appeal that I agree with Wakeling J.A.'s conclusion that the expert evidence in this case was well within the bounds of acceptable and admissible testimony and that in cases of sexual assault against children the opinion of an expert often proves invaluable.

5. Disposition

I would dismiss the appeal.

normes exigeantes qui sont applicables aux adultes. Toutefois, cela ne veut pas dire que les tribunaux ne devraient pas apprécier soigneusement la crédibilité des témoins enfants et, contrairement à ce que les appelants soutiennent, je n'interprète pas ses motifs comme suggérant que la norme de preuve doit être réduite à l'égard des enfants. Il s'est plutôt soucié du fait qu'une faille, comme une contradiction, dans le témoignage d'un enfant ne devrait pas avoir le même effet qu'une faille semblable dans le témoignage d'un adulte. J'estime sa préoccupation bien fondée et ses observations tout à fait à propos. Il se peut que les enfants ne soient pas en mesure de relater des détails précis et de décrire le moment ou l'endroit avec exactitude, mais cela ne signifie pas qu'ils se méprennent sur ce qui leur est arrivé et qui l'a fait. Ces dernières années, nous avons adopté une attitude beaucoup plus bienveillante à l'égard du témoignage des enfants, réduisant les normes strictes du serment et de la corroboration et, à mon avis, il s'agit d'une amélioration souhaitable. Évidemment, il faut apprécier soigneusement la crédibilité de chaque témoin qui dépose devant la Cour mais la norme de «d'adulte raisonnable» ne convient pas nécessairement à l'appréciation de la crédibilité de jeunes enfants.

f) c) *Crédit accordé au témoignage d'un expert*

Le juge Wakeling était d'avis que le juge du procès n'avait peut-être pas accordé suffisamment foi à la déposition du témoin expert parce qu'il voulait éviter que le témoin expert prenne le pas sur son rôle de juge des faits. Toutefois, à mon avis, le juge Wakeling a tout simplement examiné le droit établi concernant l'admissibilité du témoignage d'un expert. Sur ce moyen d'appel, il me suffit de dire que je souscris à la conclusion du juge Wakeling selon laquelle le témoignage d'un expert en l'espèce s'inscrivait bien dans les limites d'un témoignage acceptable et admissible et que, dans les cas d'agression sexuelle contre des enfants, l'opinion d'un expert est souvent d'une valeur inestimable.

5. Dispositif

j) Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant G.B.: Rusnak, Balacko, Kachur & Rusnak, Yorkton, Saskatchewan.

Solicitors for the appellant A.B.: Kyba, Yaholnitsky & Taylor, Yorkton, Saskatchewan.

Solicitors for the appellant C.S.: Ozirny, Fisher & Bell, Melville, Saskatchewan.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appellant G.B.: Rusnak, Balacko, Kachur & Rusnak, Yorkton, Saskatchewan.

^a *Procureurs de l'appellant A.B.: Kyba, Yaholnitsky & Taylor, Yorkton, Saskatchewan.*

Procureurs de l'appellant C.S.: Ozirny, Fisher & Bell, Melville, Saskatchewan.

^b *Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

G.B., C.S., H.H., S.S. and A.B. Appellants

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. B. (G.)

File Nos.: 20905, 20931, 20933, 20932, 20919.

1989: November 29; 1990: June 7.

Present: Wilson, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Criminal law — Appeals — Powers of court of appeal — Crown appeal against acquittal — Criminal Code providing that Crown may appeal an acquittal on a question of law alone — Whether Court of Appeal exceeded its jurisdiction in overturning acquittals and ordering a new trial — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 605(1), 613(4).

Appellants, who were elementary school students, were acquitted at trial of sexually assaulting a fellow student. The trial judge had a reasonable doubt as to their involvement in the alleged assault. He also found that the date of the offence was an essential element and that it had not been proved.

The complainant was eight years old at the time of the alleged offence and nine at the time of the trial. The Crown's other key witness, Z, a co-accused and accomplice who had pleaded guilty to the same charge, was fourteen at the time of trial. Both were sworn. The complainant's evidence, however, was found to be unreliable. Z's evidence was not accepted either.

The Court of Appeal allowed the appeal and ordered a new trial. The appeal had been lodged under s. 605(1)(a) of the *Criminal Code*, which provides for a Crown appeal on a question of law alone. The court justified its intervention in that the trial judge had erred in considering the evidence of the complainant and of Z in isolation from each other instead of considering the potential for corroboration. It also found that the father's testimony corroborated that of the complainant.

At issue here is whether the Court of Appeal exceeded its jurisdiction when it overturned the appellants' acquittals and ordered a new trial.

G.B., C.S., H.H., S.S. et A.B. Appelants

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

a

RÉPERTORIÉ: R. c. B. (G.)

N^{os} du greffe: 20905, 20931, 20933, 20932, 20919.

1989: 29 novembre; 1990: 7 juin.

b

Présents: Les juges Wilson, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

c

Droit criminel — Appels — Pouvoir de la cour d'appel — Appel du ministère public contre un acquittement — Le Code criminel prévoit que le ministère public peut interjeter appel d'un acquittement sur une question de droit seulement — La Cour d'appel a-t-elle outrepassé sa compétence en écartant les acquittements et en ordonnant un nouveau procès? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 605(1), 613(4).

d

Les appelants, qui étaient des écoliers de l'élémentaire, ont été acquittés à leur procès d'avoir commis une agression sexuelle contre un autre écolier. Le juge du procès avait un doute raisonnable quant à leur participation à l'agression alléguée. Il a également conclu que la date de l'infraction constituait un élément essentiel et qu'elle n'avait pas été prouvée.

e

Le plaignant était âgé de huit ans au moment où l'infraction aurait été commise et de neuf ans au moment du procès. L'autre témoin important du ministère public, Z, un coaccusé et complice qui avait plaidé coupable relativement à la même accusation, était âgé de quatorze ans au moment du procès. Les deux témoins ont été assermentés. Toutefois, on a conclu que le témoignage du plaignant n'était pas fiable. Le témoignage de Z n'a pas été accepté non plus.

f

La Cour d'appel a accueilli l'appel et a ordonné un nouveau procès. L'appel avait été interjeté en vertu de l'al. 605(1)a) du *Code criminel* qui prévoit l'appel du ministère public sur une question de droit seulement. La cour a justifié son intervention sur le fait que le juge du procès avait commis une erreur en examinant séparément le témoignage du plaignant et celui de Z au lieu de considérer la possibilité de corroboration. Elle a également conclu que le témoignage du père corroborait celui du plaignant.

g

La question en l'espèce est de savoir si la Cour d'appel a outrepassé sa compétence en écartant l'acquiescement des appelants et en ordonnant un nouveau procès.

h

i

j

Held: The appeal should be dismissed.

Per Wilson, L'Heureux-Dubé and Cory JJ.: The Crown may appeal an acquittal on a question of law alone under s. 605(1)(a) of the *Criminal Code*. The reasonableness of a verdict or the sufficiency of the evidence does not raise a question of law alone. The narrower ground for appeal from an acquittal as opposed to appeal from a conviction reflects the fundamental principle that an accused is presumed innocent until proved guilty by proof beyond a reasonable doubt. In *Harper v. The Queen*, this Court held that an appellate tribunal has jurisdiction to review the record below to determine whether the trial court has properly directed itself to all the evidence bearing on the relevant issues. A misapprehension of relevant evidence will amount to an error of law alone pursuant to s. 605(1)(a) only if it is the result of misdirection. As this was the case here, the matter fell within the jurisdiction of the Court of Appeal.

The approach the trial judge takes to the evidence must be correct in law to ensure that the final step in the process, the weighing of the evidence, is not flawed. Individual pieces of evidence must not be examined in isolation, but must be considered in the context of all the evidence. In this case, the trial judge considered the evidence of the two key Crown witnesses separately, and failed to consider the evidence as a whole. He first considered the complainant's evidence in isolation, and rejected it as unreliable. He then moved on to Z's evidence, stating that it was all he had left. He also failed to consider the corroborative aspects of Z's testimony and of the evidence relating to the complainant's broken glasses. This viewing of the evidence without the support of other evidence amounted to serious misdirection according to this Court's decision in *R. v. Morin*. Finally, the trial judge erred in concluding that it was necessary for the Crown to establish with precision the date on which the alleged offence occurred, and this error heavily influenced his finding of a reasonable doubt.

Per Gonthier and McLachlin JJ.: The appeal should be dismissed and a new trial ordered in view of the trial judge's erroneous conclusion that the Crown was obliged to establish the precise time when the offence occurred. While it is an error of law for the trial judge to direct that the reasonable doubt standard must be applied to individual pieces of evidence, it is far from certain that he committed this error. He never stated that any piece

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Cory: Le ministère public peut interjeter appel contre un acquittement sur une question de droit seulement en vertu de l'al. 605(1)a) du *Code criminel*. Le caractère raisonnable d'un verdict ou le caractère suffisant d'une preuve ne soulèvent pas une question de droit seulement. La limite aux appels contre les acquittements, par opposition aux appels contre les déclarations de culpabilité, reflète le principe fondamental selon lequel un accusé est présumé innocent jusqu'à preuve de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Dans l'arrêt *Harper c. La Reine*, notre Cour a conclu qu'un tribunal d'appel a compétence pour étudier le dossier du procès afin de déterminer si la cour a bien tenu compte de l'ensemble de la preuve se rapportant aux questions litigieuses. Une mauvaise compréhension de la preuve pertinente n'équivaut à une erreur de droit seulement, aux termes de l'al. 605(1)a), que si elle est le résultat de l'application d'une considération erronée. Comme c'était le cas en l'espèce, l'affaire s'inscrivait dans le cadre de la compétence de la Cour d'appel.

La position adoptée par le juge du procès relativement à la preuve doit être correcte en droit de manière que l'étape finale du processus, l'évaluation de la preuve, ne soit pas viciée. Des éléments de preuve individuels ne doivent pas être examinés de façon isolée mais dans le contexte de l'ensemble de la preuve. En l'espèce, le juge du procès a examiné séparément les témoignages des deux témoins importants du ministère public et ne les a pas considérés comme un ensemble. Il a d'abord examiné le témoignage du plaignant de façon isolée et, ne l'estimant pas fiable, l'a rejeté. Il a ensuite examiné le témoignage de Z, en disant qu'il ne lui restait que celui-ci. En outre, il n'a pas tenu compte des aspects corroborants du témoignage de Z et du témoignage relatif au bris des lunettes du plaignant. Cet examen de la preuve sans l'appui d'autres témoignages équivalait à une erreur grave selon l'arrêt de notre Cour *R. c. Morin*. Finalement, le juge du procès a commis une erreur en concluant qu'il était nécessaire que le ministère public établisse avec précision le moment de l'infraction alléguée et sa conclusion relativement au doute raisonnable a été fortement influencée par cette erreur.

Les juges Gonthier et McLachlin: Il convient de rejeter le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès compte tenu de la conclusion erronée du juge du procès selon laquelle le ministère public était tenu d'établir le moment précis de l'infraction. Bien que la conclusion du juge du procès que la norme du doute raisonnable doit être appliquée à des éléments de preuve individuels constitue une erreur de droit, il est loin d'être certain

of evidence was to be considered with respect to reasonable doubt in isolation from the rest of the evidence, nor did he suggest that any piece of evidence should be completely disregarded for failing to meet such a standard. With respect to the corroborative value of Z's testimony, where a trial judge is sitting as a trier of fact, it is open to him to reject the evidence of a witness as lacking credibility and hence not being capable of constituting corroboration.

Cases Cited

By Wilson J.

Referred to: *Kendall v. The Queen*, [1962] S.C.R. 469; *R. v. Hamilton-Middleton* (1986), 53 Sask. R. 80; *Harper v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 2; *Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. v. The Queen*, [1969] S.C.R. 221; *Lampard v. The Queen*, [1969] S.C.R. 373; *Schuldt v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 592; *Wild v. The Queen*, [1971] S.C.R. 101; *R. v. Dixon* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 251; *Belyea v. The King*, [1932] S.C.R. 279; *R. v. Roman* (1987), 38 C.C.C. (3d) 385; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *Chamberlain v. The Queen* (1984), 58 A.L.J.R. 133.

By McLachlin J.

Referred to: *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 605(1), 613(4) [am. 1974-75-76, c. 93, s. 75].

Authors Cited

Ewaschuk, Eugene G. *Criminal Pleadings and Practice in Canada*, 2nd ed. Aurora, Ontario: Canada Law Book, 1987.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1988), 65 Sask. R. 134, allowing the Crown's appeal from appellants' acquittals on charges of sexual assault. Appeal dismissed.

Donna Taylor, Mervin Ozirny and Wayne Rusnak, for the appellants.

Kenneth W. MacKay, Q.C., for the respondent.

The judgment of Wilson, L'Heureux-Dubé and Cory JJ. was delivered by

WILSON J.—The appellants are young offenders who were acquitted of sexual assault at trial. The

qu'il a commis cette erreur. Il n'a jamais dit qu'un élément de preuve devait être examiné relativement à la question du doute raisonnable de façon isolée par rapport au reste de la preuve; il n'a pas non plus laissé entendre qu'un élément de preuve devait être complètement écarté parce qu'il ne satisfaisait pas à une telle norme. Relativement à la valeur corroborante du témoignage de Z, lorsque le juge du procès agit à titre de juge des faits, il peut rejeter la déposition d'un témoin parce qu'elle manque de crédibilité et ne peut donc pas constituer une corroboration.

Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

Arrêts mentionnés: *Kendall v. The Queen*, [1962] R.C.S. 469; *R. v. Hamilton-Middleton* (1986), 53 Sask. R. 80; *Harper c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 2; *Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. v. The Queen*, [1969] R.C.S. 221; *Lampard v. The Queen*, [1969] R.C.S. 373; *Schuldt c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 592; *Wild c. La Reine*, [1971] R.C.S. 101; *R. v. Dixon* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 251; *Belyea v. The King*, [1932] R.C.S. 279; *R. v. Roman* (1987), 38 C.C.C. (3d) 385; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *Chamberlain v. The Queen* (1984), 58 A.L.J.R. 133.

Citée par le juge McLachlin

Arrêt mentionné: *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 605(1), 613(4) [mod. 1974-75-76, ch. 93, art. 75].

Doctrine citée

Ewaschuk, Eugene G. *Criminal Pleadings and Practice in Canada*, 2nd ed. Aurora, Ontario: Canada Law Book, 1987.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1988), 65 Sask. R. 134, qui a accueilli l'appel du ministère public contre l'acquiescement des appelants relativement à des accusations d'agression sexuelle. Pourvoi rejeté.

Donna Taylor, Mervin Ozirny et Wayne Rusnak, pour les appelants.

Kenneth W. MacKay, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Cory rendu par

LE JUGE WILSON—Les appelants sont des jeunes contrevenants qui ont été acquittés à leur

Crown's appeal to the Saskatchewan Court of Appeal was allowed and the appellants now appeal to this Court as of right. This judgment is the third in a trilogy dealing with the sexual assaults that allegedly occurred at Sheho Elementary School in Saskatchewan between September 1985 and May 1986. This appeal was heard together with *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 3, and *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30, (hereinafter *R. v. G.B., A.B. and C.S.*), which are dealt with in two related judgments. The issue in this appeal is whether the Court of Appeal exceeded its jurisdiction in overturning the appellants' acquittals and ordering a new trial.

1. The Facts

Each of the appellants was separately charged in informations alleging that:

On or between the 3rd day of September A.D. 1985 and the 30th day of September A.D. 1985 at Sheho in the Province of Saskatchewan being a young person within the meaning of the Young Offenders Act did commit a sexual assault on S.M. contrary to Section 246.1(1)(a) of the Criminal Code.

The two key witnesses for the Crown were S.M., the complainant, and C.Z., a co-accused and accomplice who had previously entered a plea of guilty to the same charge prior to trial. S.M. was eight years old at the time of the alleged offence and nine years old at the time of the trial. C.Z. was fourteen years old at the time of trial. Both witnesses were duly sworn by the trial judge.

The complainant identified C.Z. and each of the appellants as participants in the alleged assault. He testified that he thought the offence occurred in September of 1985. When cross-examined, however, he was uncertain when the incident occurred and agreed with defence counsel's suggestion that it may have been after Easter and thus in the spring of 1986. The trial judge summarized S.M.'s testimony as follows:

I was coming out of the bathroom, G.B. kicked the door open and pushed me back, and they swore at me—

procès d'une accusation d'agression sexuelle. La Cour d'appel de la Saskatchewan a accueilli l'appel du ministère public et les appelants se pourvoient maintenant de plein droit devant notre Cour. Ce jugement porte sur la troisième d'une série de trois affaires traitant d'agressions sexuelles qui auraient été commises à l'école primaire de Sheho en Saskatchewan, entre septembre 1985 et mai 1986. Le présent pourvoi a été entendu en même temps que les pourvois *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 3, et *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30 (ci-après *R. c. G.B., A.B. et C.S.*), qui font l'objet de deux arrêts connexes. La question en l'espèce est de savoir si la Cour d'appel a outrepassé sa compétence en écartant l'acquiescement des appelants et en ordonnant un nouveau procès.

1. Les faits

L'accusation suivante a été portée contre chacun des appelants dans des dénonciations distinctes:

[TRADUCTION] Le 3 septembre 1985 ou entre cette date et le 30 septembre 1985, à Sheho dans la province de la Saskatchewan, étant un adolescent au sens de la Loi sur les jeunes contrevenants, a commis une agression sexuelle contre S.M. en contravention de l'al. 246.1(1)a) du Code criminel.

Les deux témoins principaux du ministère public étaient S.M., le plaignant, et C.Z., un coaccusé et complice qui avait précédemment plaidé coupable de la même accusation, avant le procès. S.M. était âgé de huit ans au moment de l'infraction alléguée, et de neuf ans au moment du procès. C.Z. était âgé de quatorze ans au moment du procès. Les deux témoins ont été dûment assermentés par le juge du procès.

Le plaignant a identifié C.Z. et chacun des appelants comme les participants à l'agression alléguée. Il a déposé qu'il croyait que l'infraction s'était produite en septembre 1985. Toutefois, en contre-interrogatoire, il n'était pas certain du moment où l'incident s'était produit et a accepté la proposition de l'avocat de la défense selon laquelle l'incident aurait pu se produire après Pâques et par conséquent au printemps 1986. Le juge du procès a résumé le témoignage de S.M. de la manière suivante:

[TRADUCTION] Comme je sortais des toilettes, G.B. a ouvert la porte d'un coup de pied et m'a repoussé à

pulled my pants down and shoved a pencil in my bum and there was blood running out of my bum, and there was blood on the pencil. They pulled my penis and they pulled down their pants, and they forced me to pull their penis—and banged my head against the wall and broke my glasses.

C.Z. gave similar evidence. He testified that he and the appellants came across the complainant in the school washroom just before recess, each kicked the complainant, put a pencil in the complainant's bum, and touched his penis. He testified that he did not recall seeing the appellants' penises at any time. With respect to the time of the offence C.Z. testified that the incident occurred between September 1 and September 30 of 1985 but could not remember if it was the beginning, middle, or end of September. During cross-examination C.Z. agreed with defence counsel that the alleged assault could have happened the last week of September or the beginning of October but stated that it could not have occurred at the end of October or in November.

The complainant's father and stepmother gave the only other evidence for the Crown. Neither had been told of the incident and had suspected nothing. The father testified that he had had the complainant's glasses repaired in September of 1985. The only other clear evidence of S.M. breaking his glasses was an incident later in the winter when the lens popped out during gym class after an incident with another student.

The appellants all testified and denied that they had sexually assaulted the complainant at any time. The defence also called a number of teachers who testified that there was constant supervision by teachers at the school and they were not aware of, nor advised of, anything untoward happening. One of the teachers, Shaunda Halldorson, testified that there had been a problem in the gym with S.M.'s glasses. All of the appellants were acquitted by the trial judge.

l'intérieur et ils m'ont dit des injures—ont baissé mon pantalon et ont enfoncé un crayon dans mes fesses, il y avait du sang qui coulait de mes fesses et il y avait du sang sur le crayon. Ils ont tiré mon pénis et ont baissé leur pantalon et m'ont obligé à tirer leur pénis et m'ont frappé la tête contre le mur et ont brisé mes verres.

C.Z. a rendu un témoignage semblable. Il a déposé que les appelants et lui-même avaient rencontré le plaignant dans les toilettes de l'école juste avant la récréation, chacun a frappé le plaignant, a enfoncé un crayon dans ses fesses et a touché son pénis. Il a déposé qu'il ne se souvenait pas avoir vu à aucun moment le pénis des appelants. En ce qui a trait au moment de l'infraction, C.Z. a déposé que l'incident s'était produit entre le 1^{er} et le 30 septembre 1985 mais ne pouvait se souvenir si c'était au début, au milieu ou à la fin de septembre. En contre-interrogatoire, il a convenu avec l'avocat de la défense que l'agression alléguée aurait pu avoir été commise au cours de la dernière semaine de septembre ou au début d'octobre mais il a dit qu'elle ne pouvait avoir été commise à la fin d'octobre ou en novembre.

Le père et la belle-mère du plaignant étaient les seuls autres témoins du ministère public. Ni l'un ni l'autre n'avait été mis au courant de l'incident et ils n'avaient rien soupçonné. Le père a déposé qu'il avait fait réparer les lunettes du plaignant en septembre 1985. Le seul autre incident dont la preuve soit bien établie, où S.M. avait brisé ses lunettes, s'était produit plus tard dans l'hiver lorsque les lentilles des lunettes avaient sauté pendant un cours de gymnastique par suite d'un incident avec un autre élève.

Les appelants ont tous témoigné et ont nié avoir jamais agressé sexuellement le plaignant. La défense a également fait témoigner un certain nombre d'enseignants qui ont déposé qu'ils exerçaient une surveillance constante à l'école et qu'ils ne savaient pas qu'un incident fâcheux s'était produit et n'en avaient pas été avisés. L'un des enseignants, Shaunda Halldorson, a déposé qu'il y avait eu un problème au gymnase avec les verres de S.M. Tous les appelants ont été acquittés par le juge du procès.

2. Issues

The sole issue for determination in this appeal is whether the Court of Appeal exceeded its jurisdiction in overturning the acquittals and ordering a new trial.

Section 605(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 676(1)) authorizes the Attorney General to appeal an acquittal to the Court of Appeal. It reads:

605. (1) The Attorney General or counsel instructed by him for the purpose may appeal to the court of appeal

(a) against a judgment or verdict of acquittal of a trial court in proceedings by indictment on any ground of appeal that involves a question of law alone, . . .

Section 613(4) (now s. 686(4)) sets out the options available to the Court of Appeal on a Crown appeal of an acquittal:

613. . . .

(4) Where an appeal is from an acquittal the court of appeal may

(a) dismiss the appeal; or

(b) allow the appeal, set aside the verdict and

(i) order a new trial, or

(ii) except where the verdict is that of a court composed of a judge and jury, enter a verdict of guilty with respect to the offence of which, in its opinion, the accused should have been found guilty but for the error in law, and pass a sentence that is warranted in law.

3. The Courts Below

Saskatchewan Provincial Court (Chorneyko Prov. Ct. J., unreported)

The trial judge first explained that his approach to the case would be to review the salient parts of the evidence without comment and then comment on that evidence in light of the legal principles. He proceeded to outline the evidence of the complainant and the participant C.Z. Commenting first on the evidence relating to the complainant's glasses, he expressed the view that the evidence of the parties on this aspect was completely neutral. It neither helped the Crown's case nor assisted the

2. Les questions en litige

La seule question à trancher dans le présent pourvoi est de savoir si la Cour d'appel a excédé sa compétence en écartant les acquittements et en ordonnant un nouveau procès.

Le paragraphe 605(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, par. 676(1)) autorise le procureur général à interjeter appel d'un acquittement à la Cour d'appel. Voici le texte de cet article:

605. (1) Le procureur général ou un avocat ayant reçu de lui des instructions à cette fin peut introduire un recours devant la cour d'appel

a) contre un jugement ou verdict d'acquittal d'une cour de première instance à l'égard de procédures par acte d'accusation sur tout motif d'appel qui comporte une question de droit seulement, . . .

Le paragraphe 613(4) (maintenant par. 686(4)) énonce ce que peut faire la Cour d'appel en cas d'appel d'un acquittement par le ministère public:

613. . . .

(4) Quand un appel est interjeté d'un acquittement, la cour d'appel peut

a) rejeter l'appel; ou

b) admettre l'appel, écarter le verdict et

(i) ordonner un nouveau procès, ou

(ii) consigner un verdict de culpabilité, sauf un verdict rendu par une cour composée d'un juge et d'un jury, à l'égard de l'infraction dont, à son avis, l'accusé aurait dû être déclaré coupable, n'eût été l'erreur en droit, et prononcer une sentence justifiée en droit.

3. Les tribunaux d'instance inférieure

Cour provinciale de la Saskatchewan (le juge Chorneyko, inédit)

Le juge du procès a d'abord expliqué qu'il examinerait l'affaire en passant en revue les faits saillants des témoignages sans commenter, et qu'ensuite il ferait des observations sur ces éléments de preuve en fonction des principes juridiques. Il a relaté les témoignages du plaignant et du participant C.Z. Au sujet de la preuve relative aux lunettes du plaignant, il a exprimé l'opinion que les témoignages des parties sur cet aspect étaient complètement neutres. Ils n'aidaient ni le ministère

defence. As to the balance of the evidence, the trial judge reminded himself of Judson J.'s comment as to the inherent frailties of children's evidence in *Kendall v. The Queen*, [1962] S.C.R. 469, at p. 473. He then concluded that the complainant's evidence was unreliable since it had become clear during his examination and cross-examination that with the proper approach one could get him to admit almost anything. He was also of the view that the complainant's testimony had been rehearsed. This therefore "leaves the evidence of C.Z."

The trial judge noted that C.Z. had given an earlier statement which was different from his testimony in court. C.Z. admitted that the first part of his testimony was lies and, when pressed, he could not indicate with any degree of certainty when the truth began. The trial judge referred to the fact that C.Z. testified that each of the boys hit S.M., pulled his penis, and stuck a pencil up his bum. The complainant was said to be crying and yelling at the time. The trial judge stated that, if this had really occurred, it would have taken longer than a couple of minutes and there would have been bleeding and discomfort displayed by the boy such as a difference in his walk. Common sense would also indicate that the crying and shouting would have been heard by others. There was absolutely no evidence to corroborate the bleeding, bruising, or crying. After discussing the logistical difficulties implied by the testimony of C.Z., the trial judge stated he could not accept his version of the alleged assault. There were just too many unresolved questions and too many doubts as to what actually happened.

Chorneyko Prov. Ct. J. next addressed the question of time. He said that after hearing all the evidence he could not form a view with any reasonable degree of certainty when the alleged offence took place. He referred to *R. v. Hamilton-Middleton* (1986), 53 Sask. R. 80, as authority for the proposition that the date of an offence is an essen-

public ni la défense. Quant au reste de la preuve, le juge du procès s'est rappelé les observations du juge Judson concernant la fragilité inhérente du témoignage des enfants dans l'arrêt *Kendall v. The Queen*, [1962] R.C.S. 469, à la p. 473. Il a ensuite conclu que le témoignage du plaignant n'était pas fiable étant donné qu'il ressortait de son interrogatoire et de son contre-interrogatoire que, en utilisant la bonne méthode, on pouvait lui faire admettre presque n'importe quoi. Il était également d'avis que le témoignage du plaignant avait été appris par cœur. Par conséquent, cela ne [TRA-
DUCTION] «laisse que le témoignage de C.Z.»

Le juge du procès a fait remarquer que C.Z. avait fait une déclaration antérieure qui était différente de son témoignage devant le tribunal. C.Z. avait admis que la première partie de son témoignage était fautive et, lorsqu'on a insisté, il n'a pu indiquer avec un degré de certitude quelconque quand il avait commencé à dire la vérité. Le juge du procès a mentionné le fait que C.Z. avait déposé que chaque garçon avait frappé S.M., tiré son pénis et lui avait enfoncé un crayon dans les fesses. On a dit que le plaignant pleurait et criait à ce moment-là. Le juge du procès a dit que, si cet incident s'était réellement produit, il aurait duré plus longtemps que deux ou trois minutes, qu'il y aurait eu des saignements et qu'il y aurait une manifestation du malaise de l'enfant telle une démarche différente. Le bon sens indiquerait également que les pleurs et les cris auraient été entendus par d'autres personnes. Absolument aucune preuve ne corroborait le saignement, les marques de coups ou les pleurs. Après avoir discuté des problèmes de logistique découlant du témoignage de C.Z., le juge du procès a dit qu'il ne pouvait accepter sa version de l'agression alléguée. Il y avait tout simplement trop de questions sans réponses et trop de doutes quant à ce qui était arrivé.

Examinant ensuite la question du moment de l'infraction, le juge Chorneyko a dit, après avoir entendu tous les témoignages, ne pouvoir se former une opinion avec un degré de certitude raisonnable sur le moment de l'infraction alléguée. Il a mentionné l'arrêt *R. v. Hamilton-Middleton* (1986), 53 Sask. R. 80, comme établissant que la date

tial element and must be proven. He therefore refused the Crown's request to amend the information to conform with the evidence led. He said that C.Z., being fourteen years of age, should have been able to reconstruct when the alleged event took place with greater precision. He was left with a reasonable doubt that each of the appellants was involved in the alleged assault and therefore had to find each of them not guilty.

Saskatchewan Court of Appeal ((1988), 65 Sask. R. 134)

The Court of Appeal (Vancise, Wakeling and Gerwing J.J.A.) unanimously allowed the Crown's appeal and ordered a new trial. Vancise J.A., for the court, acknowledged that it was not open to an appellate court on an appeal under s. 605 of the *Criminal Code* to consider the reasonableness of the trial judge's findings of fact but stated that it could review the record to determine whether the trial judge had properly directed himself to all the relevant evidence bearing on the relevant issues. He cited this Court's decision in *Harper v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 2, as authority.

In the opinion of the court an examination of the reasons for judgment of the trial judge revealed that he had examined the evidence of the complainant and of C.Z. in isolation from each other thereby failing to appreciate that the evidence of C.Z. was capable of corroborating the evidence of the complainant. Vancise J.A. stated that while there were discrepancies between the evidence of S.M. and C.Z., they were relatively insignificant. It would be surprising, moreover, if there were no such discrepancies.

After reviewing the part of the judgment dealing with the testimony of C.Z., the court concluded that the trial judge must have ignored his evidence when he found that the event had not occurred. Accordingly the court was justified in interfering with his decision and ordering a new trial. Vancise J.A. stated at p. 146:

d'une infraction est un élément essentiel et doit être prouvée. Il a donc refusé au ministère public sa demande de modification de la dénonciation visant à la rendre conforme aux éléments de preuve présentés. Il a dit que C.Z., âgé de quatorze ans aurait dû être en mesure de se souvenir avec plus de précision du moment de l'incident allégué. Il gardait un doute raisonnable quant à la participation de chacun des appelants dans l'agression alléguée et, par conséquent, devait tous les déclarer non coupables.

Cour d'appel de la Saskatchewan ((1988), 65 Sask. R. 134)

La Cour d'appel (les juges Vancise, Wakeling et Gerwing), à l'unanimité, a accueilli l'appel du ministère public et a ordonné un nouveau procès. Le juge Vancise, au nom de la cour, a reconnu qu'il n'appartenait à une cour d'appel, sur un appel en vertu de l'art. 605 du *Code criminel*, d'examiner le caractère raisonnable des conclusions de fait du juge du procès, mais a dit que la cour pouvait considérer le dossier pour déterminer si le juge du procès avait correctement examiné tous les éléments de preuve pertinents ayant une incidence sur les questions pertinentes. Il a cité à cet égard l'arrêt de notre Cour *Harper c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 2.

Selon la cour, un examen des motifs de jugement du juge du procès révélait qu'il avait examiné le témoignage du plaignant et celui de C.Z. séparément l'un de l'autre omettant ainsi d'apprécier le fait que le témoignage de C.Z. pouvait corroborer le témoignage du plaignant. Le juge Vancise a dit que, si les témoignages de S.M. et de C.Z. présentaient des divergences, elles étaient relativement peu importantes. En outre, il serait surprenant qu'il n'y ait pas de telles divergences.

Après avoir examiné la partie du jugement qui traite du témoignage de C.Z., la cour a conclu que le juge du procès devait avoir négligé de prendre en compte son témoignage lorsqu'il a conclu que l'événement ne s'était pas produit. Par conséquent, la cour était justifiée de modifier sa décision et d'ordonner un nouveau procès. Le juge Vancise dit à la p. 146:

He did not take into account the evidence of C.Z. which was corroborative of the story of S.M., that is: (1) that it occurred in the boys' washroom; (2) that it occurred at the end of recess; (3) that six persons other than C.Z. were involved; (4) that G.B. initiated the assault; (5) that S.M. was kicked and pushed to the floor; (6) that his penis was pulled and that he was assaulted anally. All of that evidence was capable of confirming the story of S.M. which implicated all the accused. The trial judge ignored that evidence or failed to mention it and instead concentrated on evidence which he stated should have been led. In so doing he displayed a lack of appreciation of relevant evidence which could have had a bearing on the result which justifies this court interfering.

Vancise J.A. next addressed the evidence as it related to the breakage of the complainant's glasses, stating that the trial judge had also misapprehended that evidence. The complainant had testified that his glasses were broken during the alleged assault and his father had testified that his son's glasses were broken in September of 1985 and that he had had them repaired. Vancise J.A. noted that the glasses had been broken at other times but was of the view that the father's evidence corroborated the complainant's evidence of this particular breakage. Vancise J.A. also reviewed the evidence relating to the time of the offence and held that the trial judge should have amended the information as requested by the Crown.

Wakeling J.A. wrote additional reasons (Gerwing J.A. concurring) in which he commented on the trial judge's treatment of the evidence of child witnesses and the expert witness. However, since the appellants raised his comments directly in the related appeal of *R. v. G.B., A.B. and C.S.*, I have dealt with them in that judgment.

4. Analysis

The major submission of the appellants to this Court is that the Court of Appeal exceeded its jurisdiction in substituting its own views of the evidence for that of the trial judge. The appellants point out that the trial judge reached his conclusion that the event as described did not occur after noting that common sense would dictate discom-

[TRADUCTION] Il n'a pas tenu compte du témoignage de C.Z. qui corroborait la version de S.M., c'est-à-dire: (1) que cela s'est produit dans les toilettes des garçons; (2) que cela s'est produit à la fin de la récréation; (3) que six personnes outre C.Z. étaient impliquées; (4) que G.B. a commencé l'agression; (5) que S.M. a été frappé à coups de pied et jeté par terre; (6) que son pénis a été touché et qu'il a subi une agression anale. Tous ces éléments de preuve permettaient de confirmer la version de S.M. qui impliquait tous les accusés. Le juge du procès n'a pas tenu compte de ce témoignage ou a omis de le mentionner et a plutôt axé son attention sur la preuve qui selon lui aurait dû être présentée. Ainsi, il a manqué dans son appréciation d'éléments de preuve pertinents qui auraient pu avoir une incidence sur le résultat et notre Cour est justifiée d'intervenir.

Le juge Vancise a ensuite examiné les témoignages relatifs aux lunettes du plaignant et a dit que le juge du procès avait également mal saisi cette preuve. Le plaignant a déposé que ses lunettes avaient été brisées au cours de l'agression alléguée et son père a témoigné que les lunettes de son fils avaient été brisées en septembre 1985 et qu'il les avait fait réparer. Le juge Vancise a souligné que les lunettes avaient été cassées à d'autres moments mais était d'avis que le témoignage du père corroborait le témoignage du plaignant à l'égard de cet incident particulier. Le juge Vancise a également examiné la preuve relative au moment de l'infraction et a conclu que le juge du procès aurait dû modifier la dénonciation comme le demandait le ministère public.

Le juge Wakeling a rédigé des motifs additionnels (avec l'appui du juge Gerwing) dans lesquels il fait des observations sur la façon dont le juge du procès a traité la déposition des témoins enfants et du témoin expert. Toutefois, les appelants ont soulevé ses observations directement dans le pourvoi connexe *R. c. G.B., A.B. et C.S.* et j'en ai traité dans cette décision.

4. Analyse

Le principal argument des appelants devant notre Cour est que la Cour d'appel a excédé sa compétence en substituant sa propre opinion sur la preuve à celle du juge du procès. Les appelants soulignent que le juge du procès avait conclu que l'événement tel que décrit ne s'était pas produit après avoir fait remarquer que le bon sens voudrait

fort by the child, bleeding, a different walk, bruising, and that the entire episode would take more than two minutes. The appellants claim that these were findings of fact which should not have been interfered with. The appellants further submit that the argument that a trial judge has failed to appreciate the relevant evidence makes sense in the context of an appeal from conviction but not in the case of an appeal against an acquittal. When a trial judge acquits he or she need only find a reasonable doubt; the rest of the decision is superfluous. However, if need be, the appellants submit that the trial judge did not disregard the relevant evidence.

In support of their argument the appellants cite *Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. v. The Queen*, [1969] S.C.R. 221, which dealt with the recurring problem of whether it is a question of law alone when the Crown establishes all the essential elements of the offence but the trial judge still acquits on the basis of a reasonable doubt. This question is, of course, very important in the case of an appeal by the Crown against an acquittal pursuant to s. 605(1)(a) since the Crown is confined under that subsection to an appeal on a question of law alone. The narrower ground for appeal from an acquittal as opposed to appeal from a conviction reflects the fundamental principle that an accused is presumed to be innocent until proved guilty by proof beyond a reasonable doubt.

In *Sunbeam* the corporation was charged with four counts of attempting to require or induce the maintenance of a resale price contrary to the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1952, c. 314. The corporation was convicted on two of the counts and acquitted on the other two on the ground that there was insufficient evidence of inducement. The Crown appealed the acquittals and a majority of the Ontario Court of Appeal (Laskin J.A. dissenting) allowed the appeal and entered convictions on both counts. Schroeder

que l'enfant ait paru indisposé, qu'il ait eu des saignements, une démarche différente, des marques de coups, et que l'incident aurait duré plus de deux minutes. Les appelants soutiennent qu'il s'agit de conclusions de fait qui n'auraient pas dû être modifiées. Les appelants soutiennent en outre que l'argument selon lequel le juge du procès n'avait pas apprécié des éléments de preuve pertinents est acceptable dans le contexte d'un appel contre une déclaration de culpabilité mais pas dans le cas d'un appel contre un acquittement. Lorsque le juge du procès prononce un acquittement il n'a qu'à conclure à l'existence d'un doute raisonnable; le reste de la décision est superflu. Toutefois, si c'est nécessaire, les appelants soutiennent que le juge du procès n'a pas écarté les éléments de preuve pertinents.

À l'appui de leur argument, les appelants citent l'arrêt *Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. v. The Queen*, [1969] R.C.S. 221, qui traitait du problème chronique qui consiste à déterminer si se pose une question uniquement de droit lorsque le ministère public établit tous les éléments essentiels d'une infraction mais que le juge du procès acquitte quand même sur le fondement d'un doute raisonnable. Évidemment, cette question est très importante dans le cas d'un appel interjeté par le ministère public contre un acquittement en vertu de l'al. 605(1)a étant donné qu'il limite tout appel du ministère public à un appel portant sur une question de droit seulement. Cette limite aux appels contre les acquittements, par opposition aux appels visant les déclarations de culpabilité, reflète le principe fondamental selon lequel un accusé est présumé innocent jusqu'à preuve de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable.

Dans l'arrêt *Sunbeam*, la société avait été accusée sous quatre chefs de tentative d'astreindre ou d'engager une autre personne à revendre à un prix fixe en contravention de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1952, ch. 314. La société avait été déclarée coupable sur deux chefs d'accusation et acquittée sur les deux autres en raison de l'insuffisance de la preuve d'incitation. Le ministère public a interjeté appel des acquittements et la Cour d'appel de l'Ontario, à la majorité (le juge Laskin étant dissident), a accueilli

J.A., for the majority, was of the view that no person acting judicially and properly instructed as to the relevant principles of law could have reached the decision of the trial judge. He concluded that the court was therefore entitled to assume that some misconception of law was responsible for the decision.

On appeal to this Court the corporation submitted that the Court of Appeal had no jurisdiction to deal with the Crown's appeal because it was not on a question of law alone. Ritchie J., for the majority (Judson, Spence and Pigeon JJ. dissenting), agreed and reversed the Court of Appeal. He found that the trial judge had simply concluded that the evidence was not sufficient to satisfy him beyond a reasonable doubt that the accused was guilty. He stated at pp. 234-35:

In the present case the trial judge accepted the evidence as contained in the letters above referred to and thus gave full effect to s. 41(2) of the *Combines Investigation Act*, but he concluded that this evidence was not sufficient to satisfy him beyond a reasonable doubt that the accused were guilty on the 3rd and 4th counts. However wrong the Court of Appeal or this Court may think that he was in reaching this conclusion, I am of opinion, with all respect for those who hold a different view, that his error cannot be determined without passing judgment on the reasonableness of the verdict or the sufficiency of the evidence, and in my view these are not matters over which the Court of Appeal has jurisdiction under s. [605(1)(a)] of the *Criminal Code*. [Emphasis added.]

In reaching this conclusion Ritchie J. referred to the different standards set for appeals from acquittals and appeals from convictions under the *Criminal Code* and found that the different words used by Parliament in the different sections of the *Code* supported his conclusion. He stated at pp. 237-38:

Parliament has thus conferred jurisdiction on the Court of Appeal to allow an appeal against a conviction on three separate grounds, one of which is the very

l'appel et a rendu une déclaration de culpabilité à l'égard des deux chefs d'accusation. Le juge Schroeder, au nom de la majorité, était d'avis qu'en agissant de façon judiciaire et avec une connaissance adéquate des principes de droit pertinents personne ne pouvait parvenir à la décision du juge de première instance. Il a conclu que la cour avait donc le droit de présumer que la décision découlait de quelque conception erronée du droit.

Devant notre Cour, la société a soutenu que la Cour d'appel n'était pas compétente pour connaître de l'appel du ministère public parce qu'il ne s'agissait pas d'une question de droit seulement. Le juge Ritchie, au nom de la majorité (les juges Judson, Spence et Pigeon étant dissidents), a accepté cet argument et a infirmé l'arrêt de la Cour d'appel. Il estimait que le juge du procès avait simplement conclu que la preuve n'était pas suffisante pour le convaincre hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé. Il a dit aux pp. 234 et 235:

[TRADUCTION] Dans la présente affaire, le juge du procès a retenu la preuve contenue dans les lettres susmentionnées. Ainsi, il a appliqué intégralement le par. 41(2) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, mais a conclu que cette preuve ne suffisait pas pour le convaincre hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusée relativement aux troisième et quatrième chefs d'accusation. Quelque erronée que, de l'avis de la Cour d'appel ou de cette Cour, cette conclusion ait pu être, j'estime, avec égards pour ceux qui ne partagent pas cette opinion, qu'on ne peut déterminer s'il y a vraiment eu erreur sans se prononcer sur le caractère raisonnable du verdict ou sur le caractère suffisant de la preuve et, selon moi, il ne s'agit pas là de questions qui relèvent de la compétence conférée à la Cour d'appel par l'al. [605(1)a] du *Code criminel*. [Je souligne.]

Pour parvenir à cette conclusion, le juge Ritchie a mentionné les différentes normes fixées pour les appels des acquittements et les appels des déclarations de culpabilité, dans le *Code criminel*, et a conclu que le recours du législateur à des termes différents dans les différents articles du *Code* appuyaient sa conclusion. Il a dit aux pp. 237 et 238:

[TRADUCTION] Le législateur a donc prévu trois motifs distincts sur lesquels une cour d'appel peut se fonder pour accueillir l'appel d'une déclaration de culpa-

ground upon which the Court of Appeal allowed the present appeal, i.e., that “the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence”. The fact that s. [613(1)(a)] recognizes this ground as being separate and distinct from “the ground of a wrong decision on a question of law” appears to me to be the best kind of evidence of the fact that Parliament did not intend the phrase “a question of law” as it is used in the Code to include the question of whether the verdict at trial was unreasonable or could not be supported by the evidence. It is noteworthy that having accorded the Court of Appeal jurisdiction to hear appeals against conviction on the ground that the verdict was unreasonable, Parliament did not confer the same jurisdiction on that Court in appeals by the Crown. No authority is needed for the proposition that appellate jurisdiction must be expressly conferred and with all respect for those who may hold a different view, I am of opinion that the Court of Appeal has exceeded its jurisdiction by allowing this appeal on a ground reserved for appeals against conviction which does not extend to appeals by the Attorney General. [Emphasis added.]

A few months after *Sunbeam* this Court considered the issue again in *Lampard v. The Queen*, [1969] S.C.R. 373, in which the accused had been acquitted on charges of fraudulent manipulation of stock exchange transactions. The key issue in the case was the intent of the accused. McLennan J.A., for the Ontario Court of Appeal, reversed the trial judge’s decision on the basis that there was only one reasonable inference that could be drawn from the evidence on the record, indeed an irresistible one, namely, that a guilty intention existed in the mind of the accused. In allowing the accused’s appeal to this Court, Cartwright C.J. held that a person’s intention is a question of fact and that in criminal cases there will always be some evidence upon which to rest an acquittal. He stated at pp. 380-81:

When the onus of establishing a certain fact lies upon a party it may be a question of law whether there is any evidence (as distinguished from sufficient evidence) to prove that fact. In the case at bar the onus was, of course, upon the Crown to prove that the appellant did the acts complained of with the guilty intention specified in the section. If the learned trial Judge erred in finding

bilité. Parmi ces motifs figure celui-là même qu’a retenu la Cour d’appel dans la présente affaire, savoir que «le verdict devrait être rejeté pour le motif qu’il est déraisonnable ou ne peut pas s’appuyer sur la preuve». Le fait que l’al. [613(1)a)] reconnaît que ce motif est séparé et distinct du «motif [que le jugement] constitue une décision erronée sur une question de droit» me paraît prouver d’une manière incontestable que le législateur n’a pas voulu que l’expression «une question de droit» employée dans le Code englobe la question de savoir si le verdict rendu au procès était déraisonnable ou ne pouvait pas s’appuyer sur la preuve. Soulignons qu’ayant accordé à la Cour d’appel compétence pour entendre les appels d’une déclaration de culpabilité pour le motif qu’il s’agit d’un verdict déraisonnable, le législateur ne lui a pas attribué cette même compétence à l’égard d’appels formés par le ministère public. Il est constant que la compétence d’appel doit être conférée expressément et, avec égards pour ceux qui peuvent être d’un autre avis, j’estime que la Cour d’appel a outrepassé sa compétence en accueillant l’appel pour un motif réservé aux appels d’une déclaration de culpabilité, qui ne saurait être invoqué dans le cas d’un appel par le procureur général. [Je souligne.]

Quelques mois après avoir rendu l’arrêt *Sunbeam*, notre Cour a examiné la question de nouveau dans l’arrêt *Lampard v. The Queen*, [1969] R.C.S. 373, dans lequel l’accusé avait été acquitté d’accusations de manipulations frauduleuses d’opérations boursières. La question principale dans cet arrêt portait sur l’intention de l’accusé. Le juge McLennan, au nom de la Cour d’appel de l’Ontario, a infirmé la décision du juge de première instance sur le fondement qu’une seule déduction raisonnable et en fait irrésistible pouvait être tirée de la preuve au dossier savoir qu’il existait une intention coupable dans l’esprit de l’accusé. En accueillant le pourvoi de l’accusé devant notre Cour, le juge en chef Cartwright a jugé que l’intention d’une personne est une question de fait et que, dans les affaires criminelles, il y aura toujours certains éléments de preuve sur lesquels fonder un acquittement. Il a dit aux pp. 380 et 381:

[TRADUCTION] Quand le fardeau de la preuve d’un fait particulier incombe à l’une des parties, ce peut être une question de droit de savoir s’il y a absence de preuve (ce qui diffère de savoir si la preuve est suffisante) pour établir ce fait. Dans la présente affaire, il incombe bien sûr à la poursuite de prouver que l’appelant a commis les actes qu’on lui impute, et ce, avec l’intention coupable

that that onus had not been satisfied, his error was one of fact, certainly not one of law in the strict sense. The applicable principles are clearly set out in the reasons of my brother Ritchie giving the judgment of the majority of this Court in the *Sunbeam* case, *supra*, and it is not necessary to repeat them.

In a criminal case (except in the rare cases in which a statutory provision places an onus upon the accused) it can sometimes be said as a matter of law that there is no evidence on which the Court can convict but never that there is no evidence on which it can acquit; there is always the rebuttable presumption of innocence. [Emphasis added.]

The correctness of these two cases was recently affirmed by this Court in *Schuldt v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 592, which is also relied on by the appellants in support of their position. Lamer J., for the Court, expanded upon the reasoning in *Sunbeam* and dealt with the confusion that had arisen with respect to *Wild v. The Queen*, [1971] S.C.R. 101. In *Wild* Martland J., for a majority of this Court (Cartwright C.J. and Hall and Spence JJ. dissenting), held that where a trial judge has acquitted an accused on a charge of criminal negligence on the basis that the evidence raised a reasonable doubt that the accused was driving and where, on a proper view of the law, that evidence was not capable of creating such a doubt, a question of law is raised. Cartwright C.J. and Hall and Spence JJ., however, dissented on the ground that no question of law was raised. They relied on *Sunbeam* and *Lampard* as authority.

Lamer J. concluded that *Wild* had been correctly decided because the trial judge had speculated on the possibility that one of the other occupants might have been the driver of the car thus coming to a conjectural conclusion which he considered might be inconsistent with guilt. Lamer J. confirmed that this would indeed constitute an error of law. He further held, however, that while he agreed with Martland J. that a finding of fact

exigée par l'article. Si le savant Juge de première instance s'est trompé en jugeant que la poursuite n'a pas rempli cette obligation, son erreur en est une sur les faits, mais certainement pas une erreur de droit, au sens strict. Les principes à appliquer sont clairement énoncés dans les motifs que mon collègue le Juge Ritchie a rédigés au nom de la majorité en cette Cour dans l'affaire *Sunbeam* (précitée) et il n'est pas nécessaire de les répéter.

Dans une affaire criminelle (sauf dans les rares cas où une disposition législative impose le fardeau de la preuve à l'accusé), on peut parfois dire en droit qu'il y a absence de preuve qui puisse permettre au tribunal de déclarer le prévenu coupable, mais on ne peut jamais dire qu'il y a absence de preuve qui lui permette de l'acquitter. Il y a toujours la présomption de non-culpabilité qui doit être réfutée. [Je souligne.]

La justesse de ces deux arrêts a récemment été confirmée par notre Cour dans l'arrêt *Schuldt c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 592, que les appelants ont également invoqués à l'appui de leur thèse. Le juge Lamer, au nom de la Cour, a expliqué le raisonnement de l'arrêt *Sunbeam* et a traité de la confusion qui avait résulté de l'arrêt *Wild c. La Reine*, [1971] R.C.S. 101. Dans l'arrêt *Wild*, le juge Martland, au nom de la majorité de notre Cour (le juge en chef Cartwright et les juges Hall et Spence étant dissidents), a conclu qu'une question de droit est soulevée lorsque le juge du procès acquitte un accusé d'une accusation de négligence criminelle parce que la preuve soulève un doute raisonnable quant au fait que l'accusé conduisait et que, selon une juste interprétation du droit, cette preuve ne permet pas de susciter un tel doute. Toutefois, le juge en chef Cartwright et les juges Hall et Spence ont fondé leur dissidence sur la conclusion qu'aucune question de droit n'avait été soulevée et ont invoqué sur ce point les arrêts *Sunbeam* et *Lampard*.

Le juge Lamer a conclu que l'arrêt *Wild* était bien fondé parce que le juge du procès avait envisagé la possibilité qu'un des autres occupants ait été le conducteur de la voiture et, suivant ses conjectures, était arrivé à une conclusion qui, à son avis, pouvait ne pas être compatible avec la culpabilité. Le juge Lamer a confirmé que ce serait effectivement une erreur de droit. Toutefois, tout en souscrivant à l'opinion du juge Martland qu'une

made in the absence of any supportive evidence is an error of law, this will only happen in the case of an acquittal on the basis of a reasonable doubt if there has been a transfer to the accused by law of the burden of proof of a given fact. Lamer J. added that the majority decision in *Wild* should not be taken as detracting from this statement of the law.

In *Schuldt* the accused was charged with having attempted to break and enter a gun shop with the intent to commit an indictable offence. The accused had been acquitted at trial as the trial judge found that there was no proof that the accused had the requisite intention. The acquittal was set aside by the majority of the Manitoba Court of Appeal on the basis that the trial judge's finding of fact was not reasonable but fanciful and quite out of touch with the reality of the case. The Court of Appeal therefore found that there was no factual basis upon which to have a reasonable doubt and that this constituted an error of law. Relying on *Sunbeam* and *Lampard*, Lamer J. concluded that the Court of Appeal had exceeded its jurisdiction. He explained why at p. 610:

In other words, absent a shifting of the burden of proof upon the accused there is always some evidence upon which to make a finding of fact favourable to the accused, and such a finding, if in error, is an error of fact. But when the burden of proof has been shifted (as is the case for proof of intent when a person is found in a place which he or she has broken into), it can be said, absent any evidence to the contrary, that there is no evidence upon which a reasonable doubt could exist as regards the intent of the accused, and an appeal against the ensuing acquittal raises a question of law alone.

In light of these authorities it was, in my view, clearly not open to the Court of Appeal to overturn the acquittal because it found it to be unreasonable or unsupported by the evidence. On an appeal from an acquittal as opposed to an appeal from a conviction an appellate tribunal exceeds its jurisdiction if it attempts to reassess the facts in order to determine whether the trial judge's findings

conclusion de fait qui n'est appuyée par aucune preuve constitue une erreur de droit, il a ajouté que cela ne se produirait dans le cas d'un acquittement sur le fondement d'un doute raisonnable que si la loi a transféré à l'accusé l'obligation de prouver un fait donné. Le juge Lamer a ajouté aussi que la décision de la majorité dans l'arrêt *Wild* ne devrait pas être interprétée comme contraire à cette formulation du droit.

Dans l'arrêt *Schuldt*, l'accusé avait été inculpé d'avoir tenté de s'introduire par effraction dans une armurerie dans l'intention d'y commettre un acte criminel. L'accusé avait été acquitté à son procès car le juge du procès avait conclu qu'aucune preuve n'indiquait que l'accusé avait l'intention nécessaire. L'acquittement avait été annulé par la Cour d'appel du Manitoba à la majorité sur le fondement que la conclusion de fait du juge du procès n'était pas raisonnable mais fantaisiste et éloignée de la réalité de l'affaire. La Cour d'appel avait donc conclu qu'il n'y avait aucun fondement factuel susceptible d'appuyer un doute raisonnable et qu'il y avait donc erreur de droit. Se fondant sur les arrêts *Sunbeam* et *Lampard*, le juge Lamer a conclu que la Cour d'appel avait outrepassé sa compétence. Il a expliqué pour quelle raison à la p. 610:

En d'autres termes, en l'absence de transfert du fardeau de la preuve à l'accusé, il y a toujours quelque élément de preuve qui permet de tirer une conclusion de fait favorable à l'accusé et une telle conclusion, si elle est erronée, constitue une erreur de fait. Mais lorsqu'il y a eu transfert du fardeau de la preuve (comme pour la preuve de l'intention lorsqu'une personne est trouvée dans un endroit où elle s'est introduite par effraction), on peut dire qu'en l'absence d'éléments de preuve contraire, il n'y a aucune preuve pouvant justifier un doute raisonnable quant à l'intention de l'accusé et un appel de son acquittement soulève alors une question de droit seulement.

Il ressort clairement de cette jurisprudence que, à mon avis, la Cour d'appel ne pouvait pas infirmer l'acquittement parce qu'elle avait conclu qu'il n'était pas raisonnable et qu'il n'était pas appuyé par la preuve. Dans l'appel d'un acquittement, par opposition à l'appel d'une déclaration de culpabilité, un tribunal d'appel outrepassa sa compétence s'il tente d'évaluer de nouveau les faits pour déter-

were reasonable. However, even if *Schuldt* had the effect of narrowing the scope of a question of law for purposes of an appeal from an acquittal pursuant to s. 605(1)(a), as was suggested by the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Dixon* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 251, it only did so for cases in which the issue before the court is when, if ever, a finding of fact becomes a question of law.

It is my opinion, therefore, that this line of authority, while correctly stating the law, does not support the appellants' argument that the Court of Appeal exceeded its jurisdiction in this case. Indeed, both the Crown and the Court of Appeal acknowledge that it is not open to an appellate court to overturn an acquittal on the ground that it was unreasonable. There are, however, other questions of law arising in a case which will confer jurisdiction on an appellate tribunal. Aside from clearly established questions of law such as the admissibility of evidence, the interpretation of a statute, or whether evidence is capable of being corroborative, this Court has recognized appellate jurisdiction where the question of law originates from the trial judge's conclusion that he or she is not convinced of the guilt of the accused beyond a reasonable doubt because of an erroneous approach to, or treatment of, the evidence adduced at trial. The *Wild* case is an example of this. A question of law was raised in that case because the trial judge's "reasonable" doubt was based on pure conjecture.

An acquittal based on an erroneous conclusion of reasonable doubt constitutes a question of law where the trial judge has erred as to the legal effect of undisputed or found facts rather than the inferences to be drawn from such facts. Authority for this proposition is to be found in *Belyea v. The King*, [1932] S.C.R. 279, the first appeal to come before this Court following the introduction of s. 605 into the *Code*. The accused had been acquitted of conspiracy charges at trial. Anglin C.J., for the Court, holding that the error of the trial judge raised a question of law, affirmed the judgment of the Ontario Court of Appeal which reversed the acquittal on the basis that the trial judge misdi-

miner si les conclusions du juge du procès étaient raisonnables. Toutefois, même si l'arrêt *Schuldt* avait pour effet de restreindre la notion de question de droit aux fins de l'appel d'un acquittement en vertu de l'al. 605(1)a, comme semble le dire la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. v. Dixon* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 251, il ne l'a fait que pour les cas où la question soumise à la cour est de savoir quand, le cas échéant, une conclusion de fait devient une question de droit.

Par conséquent, je suis d'avis que cette jurisprudence énonce correctement le droit, mais n'appuie pas l'argument des appelants selon lequel la Cour d'appel a outrepassé sa compétence en l'espèce. En fait, le ministère public et la Cour d'appel reconnaissent qu'un tribunal d'appel ne peut renverser un acquittement sur le fondement qu'il était déraisonnable. Toutefois, d'autres questions de droit qui se posent dans une affaire confèrent compétence à un tribunal d'appel. Outre les questions de droit clairement définies comme l'admissibilité de la preuve, l'interprétation d'une loi ou le caractère corroborant d'un élément de preuve, notre Cour a reconnu l'existence d'une compétence en matière d'appel lorsque la question de droit provient de la conclusion du juge du procès qu'il n'est pas convaincu de la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable en raison d'une approche ou d'un traitement erronés de la preuve. L'arrêt *Wild* en constitue un exemple. Une question de droit était soulevée parce que le doute «raisonnable» du juge du procès était fondé sur de pures conjectures.

Un acquittement fondé sur une conclusion erronée en matière de doute raisonnable est une question de droit lorsque l'erreur du juge du procès porte sur l'effet juridique de faits incontestés ou avérés plutôt que sur les déductions à tirer de ces faits. Cette proposition est appuyée par l'arrêt *Belyea v. The King*, [1932] R.C.S. 279, le premier pourvoi dont notre Cour a été saisie après l'insertion de l'art. 605 dans le *Code*. L'accusé avait été acquitté des accusations de complot au procès. Le juge en chef Anglin, au nom de la Cour, concluant que l'erreur du juge du procès soulevait une question de droit, a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui avait infirmé l'acquittement après

rected himself in finding that the Crown had not proved that the accused took part in the overt acts. Anglin C.J. noted that it was not essential to a finding of guilt of conspiracy to establish that the accused actually participated in the overt acts. He stated at p. 296:

The right of appeal by the Attorney-General, conferred by s. [605(1)(a)], *Cr. C.* . . . is, no doubt, confined to "questions of law". That implies, if it means anything at all, that there can be no attack by him in the Appellate Divisional Court on the correctness of any of the findings of fact. But we cannot regard that provision as excluding the right of the Appellate Divisional Court, where a conclusion of mixed law and fact, such as is the guilt or innocence of the accused, depends, as it does here, upon the legal effect of certain findings of fact made by the judge or the jury, as the case may be, to enquire into the soundness of that conclusion, since we cannot regard it as anything else but a question of law,—especially where, as here, it is a clear result of misdirection of himself in law by the learned trial judge. [Emphasis added.]

Belyea was distinguished by Lamer J. in *Schuldt* but its correctness was not questioned. For a comprehensive list of the case law in this area see Ewaschuk J., *Criminal Pleadings and Practice in Canada* (2nd ed. 1987), at paras. 23:1010 and 23:1025.

A question of law may also arise, it seems to me, when the trial judge misdirects himself or herself with respect to the relevant evidence. Indeed, the Court of Appeal in this case reversed the acquittals after concluding that an error of law had arisen due to the trial judge's failure to properly direct himself to all the evidence bearing on the relevant issues. In its oral argument to this Court the Crown conceded that, if the trial judge's error was not the result of misdirection, then the Court of Appeal was without jurisdiction.

In support of its position the Crown relies on *Harper v. The Queen, supra*, as did the Court of Appeal. The accused in that case, a police officer,

avoir jugé que le juge du procès s'était fondé sur des considérations erronées pour conclure que le ministère public n'avait pas démontré que l'accusé avait pris part aux actes manifestes. Le juge en chef Anglin a souligné qu'il n'était pas essentiel pour une conclusion de culpabilité en matière de complot d'établir que l'accusé avait réellement participé aux actes manifestes. Il a dit à la p. 296:

[TRADUCTION] Le droit d'appel donné au procureur général par l'art. [605(1)a)] du *C. cr.* [. . .] se limite sans doute aux «questions de droit». Cela implique, si ce droit doit signifier quelque chose, que le procureur général ne peut contester, à la Chambre d'appel, l'exactitude des conclusions sur les faits. Nous ne pouvons cependant considérer que cette disposition prive la Chambre d'appel du droit de vérifier le bien-fondé d'une décision sur une question mixte de droit et de fait, comme la culpabilité ou la non-culpabilité de l'accusé, si cette décision dépend, comme c'est le cas ici, de la portée, en droit, de certaines conclusions de fait du juge ou du jury, selon le cas, puisque nous ne pouvons pas considérer cette décision autrement que comme une question de droit, spécialement si, comme dans le cas présent, elle résulte clairement d'une erreur en droit de la part du savant juge de première instance. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Schuldt*, le juge Lamer a fait une distinction avec l'arrêt *Belyea* mais sans mettre en doute sa justesse. Le juge Ewaschuk donne une liste détaillée de la jurisprudence dans ce domaine dans *Criminal Pleadings and Practice in Canada* (2^e éd. 1987) aux par. 23:1010 et 23:1025.

À mon avis, une question de droit peut se poser aussi lorsque le juge du procès s'est mal dirigé relativement à la preuve pertinente. En fait, la Cour d'appel en l'espèce a infirmé les acquittements après avoir conclu qu'une erreur de droit avait résulté de ce que le juge du procès n'avait pas correctement considéré tous les éléments de preuve ayant une incidence sur les questions pertinentes. Dans son argumentation orale devant notre Cour, le ministère public a admis que si l'erreur du juge du procès ne résultait pas de considérations erronées en droit, la Cour d'appel n'était pas compétente.

Le ministère public invoque à l'appui de sa thèse l'arrêt *Harper c. The Queen*, précité, comme l'a fait la Cour d'appel. Dans cette affaire, l'accusé,

had been charged with assault but contended that all the complainant's injuries were sustained when he resisted arrest. The complainant and one witness testified that the accused had punched the victim in the face but the defence called four witnesses who testified that they had not seen the accused hit the complainant. In his reasons for judgment the trial judge stated that only the complainant and the other Crown witness had observed the events. The evidence of the defence witnesses was expressly not taken into account by the trial judge because he concluded they were not present at the crucial time but no finding was made as to their credibility. The accused was convicted at trial and his appeal to the British Columbia Court of Appeal was dismissed.

On appeal to this Court the issue was whether the trial judge's failure to consider the defence evidence constituted an error of law. Estey J., for the majority (Ritchie J. dissenting) concluded that rejecting the evidence of the defence witnesses was an error of law and a new trial was ordered. With respect to the jurisdiction of an appellate court generally Estey J. stated the following at p. 14:

An appellate tribunal has neither the duty nor the right to reassess evidence at trial for the purpose of determining guilt or innocence. The duty of the appellate tribunal does, however, include a review of the record below in order to determine whether the trial court has properly directed itself to all the evidence bearing on the relevant issues. Where the record, including the reasons for judgment, discloses a lack of appreciation of relevant evidence and more particularly the complete disregard of such evidence, then it falls upon the reviewing tribunal to intercede. This problem was before this Court in *MacDonald v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 665, when Laskin C.J. stated, at p. 673:

It does not follow, however, that failure of a trial judge to give reasons, not challengeable *per se* as an error of law, will be equally unchallengeable if, having regard to the record, there is a rational basis for concluding that the trial judge erred in appreciation of a relevant issue or in appreciation of evidence that would affect the propriety of his verdict. Where some

un agent de police, avait été inculpé de voies de fait mais avait soutenu que le plaignant avait subi toutes ses blessures lorsqu'il avait résisté à l'arrestation. Le plaignant et un témoin avaient déposé que l'accusé avait frappé la victime au visage mais la défense avait cité quatre personnes qui avaient témoigné ne pas avoir vu l'accusé frapper le plaignant. Dans ses motifs de jugement, le juge du procès avait dit que seul le plaignant et un autre témoin du ministère public avaient été témoins de l'incident. Le juge du procès avait expressément écarté la déposition des témoins de la défense parce qu'il avait conclu qu'ils n'étaient pas présents au moment crucial, mais il n'avait tiré aucune conclusion quant à leur crédibilité. L'accusé avait été déclaré coupable au procès et son appel à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait été rejeté.

Dans le pourvoi devant notre Cour la question était de savoir si l'omission par le juge du procès de tenir compte de la preuve de la défense constituait une erreur de droit. Le juge Estey, au nom de la majorité (le juge Ritchie étant dissident) a conclu que le rejet des dépositions des témoins de la défense constituait une erreur de droit et a ordonné un nouveau procès. En ce qui a trait à la question générale de la compétence d'une cour d'appel le juge Estey a dit à la p. 14:

Un tribunal d'appel n'a ni le devoir ni le droit d'apprécier à nouveau les preuves produites au procès afin de décider de la culpabilité ou de l'innocence. Il incombe toutefois au tribunal d'appel d'étudier le dossier du procès pour déterminer si la cour a bien tenu compte de l'ensemble de la preuve se rapportant aux questions litigieuses. S'il se dégage du dossier, ainsi que des motifs de jugement, qu'il y a eu omission d'apprécier des éléments de preuve pertinents et, plus particulièrement, qu'on a fait entièrement abstraction de ces éléments, le tribunal chargé de révision doit alors intervenir. Cette Cour a été saisie de la même question dans l'affaire *MacDonald c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 665, et le juge en chef Laskin a dit à la p. 673:

Cela ne veut pas dire cependant que l'omission par un juge de première instance de donner des motifs, qui ne constitue pas en soi une erreur de droit, ne pourra être contestée si, compte tenu du dossier, on peut logiquement conclure que le juge s'est trompé dans l'appréciation d'une question pertinente ou d'un élément de preuve de nature à influencer sur la justesse

reasons are given and there is an omission to deal with a relevant issue or to indicate an awareness of evidence that could affect the verdict, it may be easier for an appellate Court or for this Court to conclude that reversible error was committed. [Emphasis added.]

In dissent, Ritchie J. noted that an accused's appeal to this Court was limited to a question of law in the strict sense and expressed the view that the appeal did not raise a question of law alone because it concerned a difference of opinion as to the sufficiency of the evidence.

This Court has not yet applied *Harper* to an appeal from an acquittal. It was, however, applied to an appeal from an acquittal by the Newfoundland Court of Appeal in *R. v. Roman* (1987), 38 C.C.C. (3d) 385. The accused in that case were charged with illegal entry into Canadian fisheries waters contrary to the *Coastal Fisheries Protection Act*, R.S.C. 1970, c. C-21. The trial judge acquitted the accused on the basis that their equipment may not have been working properly. The Crown appealed the acquittals but the accused claimed that the appeal was not maintainable because no question of law was raised. In response the Court of Appeal, *per* Marshall J.A., said at p. 391:

There is a distinction between reassessment by an appeal court of evidence for the purpose of weighing its credibility to determine culpability on the one hand and, on the other, reviewing the record to ascertain if there has been an absence of appreciation of relevant evidence. The former requires addressing questions of fact and is placed outside the purview of an appellate tribunal by s. 605(1)(a) of the *Code*. The latter inquiry is one of law because if the proceedings indicate a lack of appreciation of relevant evidence, it becomes a reviewable question of law as to whether this lack precluded the trial judge from effectively interpreting and applying the law.

He cited *Harper* in support. He then reviewed the trial judge's treatment of the evidence which included testimony to the effect that the ship was in good working condition on the day in question.

de son verdict. Lorsque la décision est motivée et que le juge a omis de traiter d'une question pertinente ou d'indiquer qu'il prenait acte de certains éléments de preuve de nature à influencer sur le verdict, il peut être plus facile pour une cour d'appel ou pour cette Cour de conclure qu'une erreur justifiant l'infirmité du jugement a été commise. [Je souligne.]

En dissidence, le juge Ritchie a souligné que l'appel d'un accusé devant notre Cour se limitait à une question de droit au sens strict et a exprimé l'opinion que l'appel ne soulevait pas uniquement une question de droit puisqu'il portait sur une divergence d'opinions sur le caractère suffisant de la preuve.

Notre Cour n'a pas encore appliqué l'arrêt *Harper* à un pourvoi contre un acquittement. Toutefois la Cour d'appel de Terre-Neuve l'a fait dans l'arrêt *R. v. Roman* (1987), 38 C.C.C. (3d) 385. Les accusés dans cette affaire avaient été inculpés d'entrée illégale dans des zones de pêches canadiennes en contravention de la *Loi sur la protection des pêcheries côtières*, S.R.C. 1970, ch. C-21. Le juge du procès avait acquitté les accusés pour le motif que leur matériel n'avait peut-être pas fonctionné correctement. Le ministère public a fait appel des acquittements mais les accusés ont soutenu que l'appel ne pouvait être maintenu parce qu'il ne soulevait aucune question de droit. En réponse, la Cour d'appel, par les motifs du juge Marshall, a dit à la p. 391:

[TRADUCTION] Il faut faire une distinction, d'une part, entre un nouvel examen de la preuve par la cour d'appel aux fins d'évaluer sa crédibilité pour déterminer la culpabilité et, d'autre part, un examen du dossier pour vérifier si on a omis d'apprécier une preuve pertinente. Le premier exige que l'on s'arrête à des questions de fait et se situe en dehors du cadre de la compétence d'un tribunal d'appel en raison de l'al. 605(1)a) du *Code*. Le deuxième porte sur le droit parce que, si les procédures indiquent qu'on a omis d'apprécier une preuve pertinente, il s'agit d'une question de droit pouvant donner lieu à révision quant à savoir si cette omission a empêché le juge du procès d'interpréter et d'appliquer effectivement la loi.

Il a cité l'arrêt *Harper* à l'appui. Il a ensuite examiné la façon dont le juge du procès avait traité la preuve qui comprenait un témoignage selon lequel le navire était en bon état de marche

From this evidence the trial judge inferred that it could at times be in bad working condition and founded his reasonable doubt on that basis. The Court of Appeal held that the trial judge's inference in this regard constituted a misapprehension of the evidence given by the witnesses, which was evidence bearing on the central issue before him, and the conclusion drawn therefrom was a reversible error of law within the meaning of *Harper*. Relying on *Wild* the Court also found that the trial judge was in error in basing the acquittal upon an inference drawn from a conjectural possibility.

Assuming that Marshall J.A. was correct in finding that the trial judge's misapprehension of the relevant evidence amounted to an error of law within the meaning of *Harper*, it is my opinion that such an error will only amount to an error of law alone pursuant to s. 605(1)(a) of the *Code* if it is the result of misdirection. Thus while I do not think it is necessary to restrict *Harper* to appeals from convictions *per se*, I would add the essential caveat that the "misapprehension" or "lack of appreciation" of the relevant evidence must have been the result of the trial judge's misdirection of himself or herself as to the applicable law, which in my view, was the case in the present appeal. Of necessity it will be more difficult in an appeal from an acquittal to establish with certainty that the error committed by the trial judge raised a question of law alone because of the burden of proof on the Crown in all criminal prosecutions and the increased importance of examining critically all evidence that may raise a reasonable doubt.

I find support for my conclusion that the trial judge's errors of law in this case were the result of misdirection in *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345. In *Morin* this Court had occasion to consider whether individual pieces of evidence should be examined in isolation and what the appropriate

le jour en question. Le juge du procès avait déduit de ce témoignage qu'il pouvait à certains moments être en mauvais état et avait fondé son doute raisonnable sur cette hypothèse. La Cour d'appel a conclu que la déduction du juge du procès à cet égard constituait une mauvaise compréhension de la déposition des témoins, qui elle-même avait une incidence sur la question principale posée et que la conclusion ainsi tirée constituait une erreur de droit justifiant l'infirmité d'une décision au sens de l'arrêt *Harper*. Sur le fondement de l'arrêt *Wild*, la Cour a également conclu que le juge du procès avait fait une erreur en basant l'acquittement sur une déduction tirée d'une possibilité hypothétique.

Dans l'hypothèse où le juge Marshall avait raison de conclure que la mauvaise compréhension de la preuve pertinente par le juge de première instance équivalait à une erreur de droit au sens de l'arrêt *Harper*, je suis d'avis qu'une telle erreur n'équivaudrait à une erreur de droit seulement, aux termes de l'al. 605(1)a) du *Code*, que si elle était le résultat de l'application d'une considération erronée en droit. Par conséquent, si je n'estime pas nécessaire de limiter l'application de l'arrêt *Harper* aux appels de déclarations de culpabilité en soi, je suis néanmoins d'avis d'ajouter l'élément essentiel que la «mauvaise compréhension» ou «l'absence d'appréciation» de la preuve pertinente doit avoir résulté de l'application de considérations erronées du juge du procès quant au droit applicable, ce qui, à mon avis, était le cas en l'espèce. Il sera nécessairement plus difficile dans l'appel d'un acquittement d'établir avec certitude que l'erreur commise par le juge du procès soulevait une question de droit seulement en raison du fardeau de preuve qui incombe au ministère public dans toutes les poursuites criminelles et de l'importance accrue de l'examen critique de tous les éléments de preuve susceptibles de soulever un doute raisonnable.

Ma conclusion selon laquelle les erreurs de droit du juge du procès en l'espèce résultait de considérations erronées trouve appui dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345. Dans cet arrêt, notre Cour a eu l'occasion de déterminer si des éléments de preuve individuels devaient être examinés de

approach to weighing the evidence should be in the context of a Crown appeal from a jury acquittal on a charge of first degree murder. The Ontario Court of Appeal allowed the Crown's appeal and ordered a new trial on the basis that the trial judge had misdirected the jury when he invited them to apply the criminal burden of proof beyond a reasonable doubt to individual pieces of evidence. This Court unanimously upheld the decision of the Court of Appeal with respect to this ground of appeal, finding that the individual pieces of evidence should be examined in the context of all the evidence.

Sopinka J., writing for the majority (Lamer and Wilson JJ. concurring), first noted that there was ample authority for the proposition that it is misdirection to instruct the jury to apply the standard of reasonable doubt to individual pieces of evidence. The accused did not dispute this but argued that the charge did not invite a piecemeal examination of the evidence. However, on this Court's view of the jury charge, the trial judge had indeed made a serious error. Sopinka J. concluded at p. 358:

The effect of the misdirections referred to above may very well have been that the jury examined evidence that was crucial to the Crown's case in bits and pieces. Standing alone or pitted against the evidence of the accused without the support of other evidence, much of this evidence might have been discarded as not measuring up to the test. When the jury came to consider the Crown's case as a whole there may not have been very much left of it. We cannot know for certain, but this scenario is a very likely one and the charge therefore constituted a serious misdirection. [Emphasis added.]

The point of departure in the majority and minority decisions related to the accused's submission that while a piece of evidence must be examined in relation to the other evidence, it must nonetheless individually meet the test of proof beyond a reasonable doubt, calling therefore for a two-stage process of deliberation each attracting the application of the doctrine of reasonable doubt. My colleague, Lamer J., and I agreed with this submis-

façon isolée et quelle devait être la bonne méthode d'évaluation de la preuve dans le contexte d'un appel du ministère public contre un acquittement par jury sur une accusation de meurtre au premier degré. La Cour d'appel de l'Ontario avait accueilli l'appel du ministère public et ordonné un nouveau procès pour le motif que le juge du procès avait donné des directives erronées au jury lorsqu'il lui avait demandé d'appliquer la norme de preuve hors de tout doute raisonnable, en droit criminel, à des éléments de preuve individuels. Notre Cour, à l'unanimité, a maintenu la décision de la Cour d'appel sur ce moyen d'appel, en concluant que les éléments de preuve individuels devraient être examinés dans le contexte de l'ensemble de la preuve.

Le juge Sopinka, au nom de la majorité (avec l'appui des juges Lamer et Wilson), a d'abord souligné la jurisprudence abondante à l'appui de la proposition que demander au jury d'appliquer la norme du doute raisonnable à des éléments de preuve individuels était une directive erronée. L'accusé n'a pas contesté cela mais soutenait que l'exposé n'invitait pas le jury à examiner la preuve de façon fragmentée. Toutefois, notre Cour a jugé, quant à l'exposé au jury, que le juge du procès avait fait une erreur grave. Le juge Sopinka conclut à la p. 358:

Il est très possible que ces directives erronées aient amené le jury à examiner de façon fragmentée des éléments de preuve qui étaient décisifs pour la poursuite. Pris isolément ou comparés au témoignage de l'accusé sans l'appui d'autres témoignages, plusieurs de ces éléments de preuve auraient pu être écartés parce qu'ils ne résistaient pas au test. Lorsque le jury est arrivé à l'examen de la preuve de la poursuite prise dans son ensemble, il se peut qu'il n'en soit pas resté grand-chose. On ne peut en être certain, mais c'est très vraisemblable et l'exposé constituait donc une directive erronée aux conséquences sérieuses. [Je souligne.]

Le point de départ des jugements de la majorité et de la minorité était l'argument de l'accusé selon lequel, si un élément de preuve doit être examiné en rapport avec les autres éléments de preuve, il doit néanmoins satisfaire individuellement au critère de la preuve hors de tout doute raisonnable, exigeant donc un processus de délibération en deux étapes entraînant chacune l'application de la doctrine du doute raisonnable. Mon collègue le juge

sion. The majority rejected it. The whole Court agreed, however, that the evidence must be looked at as a whole.

I believe that *Morin* highlights the fact that the approach taken by the trial judge to the evidence must be correct in law so as to ensure that the final step in the process, the weighing of the evidence, is not flawed. In this case, even although the trial judge was sitting alone, he was wearing two "hats" at different stages. He was both the trier of law and had to direct himself as to the proper approach to the evidence and then, having done so, he became the trier of fact in weighing it.

A review of the trial judge's decision in this case makes it clear that he failed to consider the evidence in its totality. This was the result of misdirection and brought the matter within the jurisdiction of the Court of Appeal.

While Chorneyko Prov. Ct. J. did outline the evidence of both key Crown witnesses, he considered their evidence separately and failed to consider their evidence as a whole. He first considered the evidence of the complainant in isolation and rejected it as unreliable. He then moved on to the evidence of the accomplice, stating that, having found the evidence of the complainant unreliable, all he had left was the evidence of C.Z. Further, he looked only for discrepancies as to details in the evidence presented and did not consider the corroborative aspects of the evidence and the numerous elements of the alleged offence which were testified to by both witnesses capable of substantiating each other's story. The trial judge also did not consider the corroborative aspects of the evidence relating to the complainant's broken glasses. There was evidence of a breakage at the time of the alleged assault and this evidence would have been capable of corroborating the child's testimony so as to enhance its reliability and should have been viewed together with the rest of the Crown's evidence. I do not believe that the trial judge considered the individual pieces of evidence "in the context of all of the evidence".

Lamer et moi-même avons souscrit à cet argument. Les juges de la majorité l'ont rejeté. Toutefois, l'ensemble de la Cour a convenu que la preuve doit être examinée au complet.

^a Je suis d'avis que l'arrêt *Morin* souligne le fait que la position adoptée par le juge du procès relativement à la preuve doit être correcte en droit de manière que l'étape finale du processus, l'évaluation de la preuve, ne soit pas viciée. En l'espèce, même si le juge du procès siégeait seul, il jouait deux «rôles» à différents moments. Il était le juge du droit et devait s'instruire de la méthode qui convenait pour examiner la preuve et, ensuite, il devenait le juge des faits pour l'évaluer.

^b L'examen de la décision du juge du procès en l'espèce indique clairement qu'il n'a pas considéré la preuve dans son ensemble. Cela découlait de considérations erronées et plaçait la question dans le cadre de la compétence de la Cour d'appel.

^c Bien que le juge Chorneyko ait relaté le témoignage des deux témoins importants du ministère public, il a examiné leurs témoignages séparément et ne les a pas considérés comme un ensemble. Il a d'abord examiné le témoignage du plaignant de façon isolée et, ne l'estimant pas fiable, l'a rejeté. Il a ensuite examiné le témoignage du complice en disant que, comme il avait conclu que le témoignage du plaignant n'était pas fiable, il ne restait que le témoignage de C.Z. En outre, il n'a regardé que les divergences sur certains détails dans la preuve présentée et n'a pas tenu compte des aspects corroborants de la preuve et des nombreux éléments de l'infraction reprochée, qui avaient été présentés dans la déposition des deux témoins et qui étaient susceptibles d'appuyer la version de chacun. De plus, le juge du procès n'a pas tenu compte des aspects corroborants du témoignage relatif au bris des lunettes du plaignant. Il y avait un élément de preuve indiquant que les lunettes avaient été cassées au moment où l'agression aurait été commise et cet élément de preuve aurait pu corroborer le témoignage de l'enfant de manière à augmenter sa fiabilité et aurait dû être considéré avec le reste de la preuve du ministère public. Je ne crois pas que le juge du procès ait examiné les éléments de preuve individuels «dans le contexte de l'ensemble de la preuve». Les témoi-

Rather, the evidence was viewed “without the support of other evidence”. According to *Morin* this amounts to serious misdirection.

I find the words of the High Court of Australia in *Chamberlain v. The Queen* (1984), 58 A.L.J.R. 133, which was referred to in *Morin*, very much on point. Chief Justice Gibbs and Justice Mason stated at p. 139:

We have no doubt that the position is correctly stated in the following passage in *R. v. Beble* [1979] Qd. R. 278 at 289, that “It is not the law that a jury should examine separately each item of evidence adduced by the prosecution, apply the onus of proof beyond reasonable doubt as to that evidence and reject it if they are not so satisfied.” At the end of the trial the jury must consider all the evidence, and in doing so they may find that one piece of evidence resolves their doubts as to another. For example, the jury, considering the evidence of one witness by itself, may doubt whether it is truthful, but other evidence may provide corroboration, and when the jury considers the evidence as a whole they may decide that the witness should be believed. Again, the quality of evidence of identification may be poor, but other evidence may support its correctness; in such a case the jury should not be told to look at the evidence of each witness “separately in, so to speak, a hermetically sealed compartment”; they should consider the accumulation of the evidence . . . [Emphasis added.]

A final difficulty I have with the trial judge’s reasons relates to the statements he made regarding the time of the offence. As was clearly established in the related appeal of *R. v. G.B., A.B. and C.S.*, it is not necessary for the Crown to establish with precision when the alleged offence occurred. In view of the trial judge’s reasoning in *R. v. G.B., A.B. and C.S.*, I believe one can conclude with reasonable certainty that the trial judge’s finding of a reasonable doubt was heavily influenced by his error with respect to the legal requirements regarding the time of the offence.

5. Disposition

For all of these reasons I would dismiss the appeal. In my view, the Crown has established that the verdict would not necessarily have been the

gnages ont plutôt été examinés «sans l’appui d’autres témoignages». Selon l’arrêt *Morin* cela équivaut à une erreur grave.

À mon avis, les motifs de la Haute Cour d’Australie dans l’arrêt *Chamberlain v. The Queen* (1984), 58 A.L.J.R. 133, qui sont mentionnés dans l’arrêt *Morin*, sont tout à fait à propos. Le juge en chef Gibbs et le juge Mason ont dit à la p. 139:

[TRADUCTION] Nous n’avons pas de doute que la position est correctement formulée dans l’extrait suivant de l’arrêt *R. v. Beble* [1979] Qd. R. 278, à la p. 289: «La loi ne prévoit pas qu’un jury doive examiner séparément chaque élément de preuve produit par la poursuite, appliquer à cet élément le fardeau de la preuve hors de tout doute raisonnable et le rejeter s’il n’a pas cette conviction.» À la fin du procès, le jury doit examiner toute la preuve et, ce faisant, il peut conclure qu’un élément de preuve dissipe ses doutes quant à un autre. Par exemple, dans l’examen de la déposition d’un témoin en elle-même, le jury peut douter de sa véracité, mais d’autres éléments de preuve peuvent le corroborer et, lorsque le jury examine la preuve comme un tout, il peut décider de croire ce témoin. Encore une fois, la qualité de la preuve d’identification peut être faible, mais d’autres éléments de preuve peuvent appuyer son exactitude; en pareil cas, on ne devrait pas dire au jury d’examiner la déposition de chaque témoin «séparément dans, pour ainsi dire, un compartiment hermétiquement fermé»; il doit examiner la somme des éléments de preuve . . . [Je souligne.]

Le dernier problème que soulèvent les motifs du juge du procès se rapporte à la déclaration qu’il a faite concernant le moment de l’infraction. Comme il a été clairement établi dans l’arrêt connexe *R. c. G.B., A.B. et C.S.*, il n’est pas nécessaire que le ministère public établisse avec précision le moment où l’infraction aurait été commise. Compte tenu du raisonnement suivi par le juge du procès dans *R. c. G.B., A.B. et C.S.*, je suis d’avis qu’on peut dire avec une certitude raisonnable que la conclusion du juge du procès relativement au doute raisonnable a été fortement influencée par son erreur relativement aux exigences juridiques concernant le moment de l’infraction.

5. Dispositif

Pour tous les motifs qui précèdent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi. À mon avis, le ministère public a établi que le verdict n’aurait pas nécessai-

same absent the trial judge's misdirection. However, I am not confident that, absent the error of law, the appellants would have been found guilty and accordingly I agree with the Court of Appeal that a new trial is appropriate.

The reasons of Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J.—I agree with my colleague, Wilson J., that the appeal should be dismissed and a new trial ordered.

I base this conclusion on the third error of the trial judge to which Wilson J. refers—his view that the Crown was obliged to establish the precise time when the offence occurred.

In my opinion, it is not clear that the trial judge misdirected himself with respect to the relevant evidence in the manner referred to by Wilson J. In the absence of such misdirection the law is clear that doubts about the reasonableness of the trial judge's assessment of the evidence do not constitute questions of law alone, and hence cannot support an appeal from acquittal.

The first misdirection Wilson J. suggests is that the trial judge directed himself that the evidence of the complainant and C.Z. must be independently considered. *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, establishes that it is an error of law for the trial judge to direct that the reasonable doubt standard must be applied to individual pieces of evidence. On re-reading the trial judge's reasons I am far from certain that he committed this error. He reviewed the evidence of the complainant and C.Z. in separate paragraphs, expressing doubts about the evidence of each. After stating that there were just too many unresolved questions and too many doubts as to what actually happened for him to accept the Crown's version, and after discussing the question of time, he concluded:

Taking these factors into account, I have a reasonable doubt that each of the accused was involved in the act, and therefore have to find each of the accused not guilty.

rement été le même n'eût été l'erreur du juge du procès. Toutefois, je ne suis pas convaincue que, n'eût été l'erreur de droit, les appelants auraient été déclarés coupables et par conséquent, comme
a la Cour d'appel, j'estime qu'il convient de tenir un nouveau procès.

Version française des motifs des juges Gonthier et McLachlin rendus par

b LE JUGE MCLACHLIN—Je suis d'accord avec ma collègue le juge Wilson qu'il convient de rejeter le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

c Je fonde cette conclusion sur la troisième erreur que mentionne le juge Wilson—l'opinion du juge du procès selon laquelle le ministère public était tenu d'établir le moment précis de l'infraction.

d À mon avis, il n'est pas évident que le juge du procès se soit mal dirigé en ce qui concerne la preuve pertinente, de la manière décrite par le juge Wilson. En l'absence d'une telle erreur, la loi prévoit clairement que les doutes sur le caractère
e raisonnable de l'appréciation de la preuve par le juge du procès ne constituent pas uniquement une question de droit et ne peuvent donc servir de fondement à un appel contre un acquittement.

f La première erreur, selon le juge Wilson, tient à ce que le juge du procès a conclu que les témoignages du plaignant et de C.Z. devaient être examinés séparément. L'arrêt *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, établit qu'il y a erreur de droit quand le juge
g du procès conclut que la norme du doute raisonnable doit être appliquée à des éléments de preuve individuels. En relisant les motifs du juge du procès, je suis loin d'être certaine qu'il a commis
h cette erreur. Il a examiné les témoignages du plaignant et de C.Z. dans des paragraphes distincts, en exprimant des doutes sur chacun d'eux. Après avoir dit qu'il y avait tout simplement trop de questions sans réponses et trop de doutes sur ce
i qui s'était passé pour qu'il accepte la version du ministère public et, après avoir discuté de la question du moment de l'infraction, il a conclu:

[TRADUCTION] Compte tenu de ces facteurs, il me reste un doute raisonnable quant à savoir si chacun des accusés était impliqué dans l'acte et, par conséquent, je dois les déclarer tous non coupables.

It is reasonable to conclude that the phrase "these factors" was intended to include all the evidence, the findings of credibility of particular witnesses referred to earlier, as well as the erroneous statement of law with respect to the issue of proof of time of the offence (which I agree is an error of law). The trial judge never stated that any piece of evidence was to be considered with respect to reasonable doubt in isolation from the rest of the evidence, nor did he suggest that any piece of evidence should be completely disregarded for failing to meet such a standard. Nor did his statements concerning the credibility of the witnesses' stories amount to an error in law, in my view. While the trial judge's statement may not be as clear as one might wish, it is not clearly in error and does not establish misdirection.

The second misdirection Wilson J. suggests is that the trial judge failed to instruct himself that the evidence of C.Z. should be looked at to see if it was capable of corroborating the evidence of the complainant. This might be valid if one were instructing a jury serving as the trier of fact. But where a trial judge is sitting as a trier of fact, it is open to him to reject the evidence of a witness as lacking credibility and hence not being capable of constituting corroboration. In those circumstances it would be wrong for a trial judge to instruct himself or herself that the evidence of the witness should be considered to see if it was capable of corroborating the other evidence. Again, this leaves me unable to conclude that there was error of law or misdirection.

For these reasons, I find myself unable to conclude that the trial judge's reasons disclose misdirection within the test in *Morin* or otherwise with respect to the first two errors referred to by Wilson J.

I would dismiss the appeal and order a new trial.

Il est raisonnable de penser que le terme [TRANSLATION] «ces facteurs» visait tous les éléments de preuve, les conclusions sur la crédibilité de chaque témoin mentionné précédemment, ainsi que les formulations erronées du droit en ce qui avait trait à la question de la preuve du moment de l'infraction (qui j'en conviens constitue une erreur de droit). Le juge du procès n'a jamais dit qu'un élément de preuve devait être examiné relativement à la question du doute raisonnable de façon isolée par rapport au reste de la preuve, il n'a pas non plus laissé entendre qu'un élément de preuve devait être complètement écarté parce qu'il ne satisfaisait pas à une telle norme. À mon avis, ses déclarations concernant la crédibilité des versions des témoins n'équivalent pas non plus à une erreur de droit. Bien que la déclaration du juge du procès ne soit pas aussi claire que l'on puisse souhaiter, il ne s'agit pas manifestement d'une erreur et elle n'établit pas qu'il se soit fondé sur des considérations erronées en droit.

La deuxième erreur que soulève le juge Wilson tient à ce que le juge du procès ne se soit pas donné comme directive d'examiner le témoignage de C.Z. pour voir s'il était susceptible de corroborer la déposition du plaignant. Ce pourrait être le cas relativement à des directives à un jury agissant à titre de juge des faits. Toutefois, lorsque le juge du procès agit à titre de juge des faits, il lui appartient d'écarter la déposition d'un témoin parce qu'elle manque de crédibilité et ne peut donc pas constituer une corroboration. Dans de telles circonstances, il serait erroné pour le juge de se donner comme directive d'examiner si la déposition du témoin est susceptible de corroborer un autre témoignage. Encore une fois, je suis incapable de conclure qu'il y a eu une erreur de droit ou une directive erronée.

Pour ces motifs, je suis incapable de conclure que les motifs du juge du procès révèlent une erreur au sens du critère énoncé dans l'arrêt *Morin* ou autrement en ce qui a trait aux deux premières erreurs mentionnées par le juge Wilson.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant G.B.: Rusnak, Balacko, Kachur & Rusnak, Yorkton, Saskatchewan.

Solicitors for the appellants C.S., H.H. and S.S.: Ozirny, Fisher & Bell, Melville, Saskatchewan.

Solicitors for the appellant A.B.: Kyba, Yaholnitsky & Taylor, Yorkton, Saskatchewan.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appellant G.B.: Rusnak, Balacko, Kachur & Rusnak, Yorkton, Saskatchewan.

Procureurs des appelants C.S., H.H. et S.S.: Ozirny, Fisher & Bell, Melville, Saskatchewan.

Procureurs de l'appellant A.B.: Kyba, Yaholnitsky & Taylor, Yorkton, Saskatchewan.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Stanley Frank Ostrowski *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. OSTROWSKI

File No.: 21407.

1990: June 20.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Charge to the jury — Warning adequate with respect to testimony of unsavoury witnesses — Theory of defence adequately set forth — Request of jury for transcripts of evidence properly dealt with in the circumstances.

Cases Cited

Referred to: *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1989), 57 Man. R. (2d) 255, dismissing an appeal from conviction by Darichuk J. sitting with jury (1987), 48 Man. R. (2d) 297. Appeal dismissed.

Jeff Gindin, for the appellant.

Richard A. Saull and *Sid Lerner*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LA FOREST J.—The judgment of the Court will be delivered by Justice Cory.

CORY J.—We are all of the view that this appeal as of right should be dismissed.

The case lasted for seven weeks, the charge for two days. The trial judge in his directions to the jury carefully and fairly reviewed the evidence of all the witnesses, including their cross-examinations and the contradictions that were made arising from the cross-examinations.

Stanley Frank Ostrowski *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. OSTROWSKI

N° du greffe: 21407.

1990: 20 juin.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Directives au jury — Avertissement adéquat concernant les dépositions de témoins douteux — Thèse de la défense adéquatement exposée — La demande par le jury de la transcription des témoignages a été traitée correctement dans les circonstances.

Jurisprudence

Arrêt mentionné: *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1989), 57 Man. R. (2d) 255, rejetant l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Darichuk siégeant avec jury (1987), 48 Man. R. (2d) 297. Pourvoi rejeté.

Jeff Gindin, pour l'appellant.

Richard A. Saull et *Sid Lerner*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE LA FOREST—L'arrêt de la Cour sera prononcé par le juge Cory.

LE JUGE CORY—Nous sommes tous d'avis que ce pourvoi de plein droit doit être rejeté.

Le procès a duré sept semaines, et l'exposé a duré deux jours. Le juge du procès, dans ses directives au jury, a passé en revue, de façon soigneuse et équitable, les dépositions de tous les témoins, y compris les contre-interrogatoires et les contradictions qui ressortaient de ces contre-interrogatoires.

The trial judge did warn the jury of the unsavoury character of some of the witnesses. He said that their testimony was suspect and that they had reasons to lie. His instructions pertaining to the unsavoury witnesses were sufficient to comply with the requirements set forth in *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811.

As well, we are satisfied that the trial judge adequately set forth the theory of the defence.

Nor did the trial judge err in his response to the jury's request for the transcripts of the evidence of the seven witnesses. The request and response must be looked at in context. It is significant that the charge was completed at 12:15 p.m. When the jury retired they were told by the trial judge not to commence their deliberations until advised by the sheriff officer; that is to say, when the trial judge had completed his discussions with counsel pertaining to the charge.

The question was posted shortly after 2 p.m. The jury asked for a transcript of all the witnesses and particular of seven named witnesses, five of whom gave evidence relating to Ostrowski. It would be speculative to say that the jury had even commenced their deliberations by this time or had formed a precise reason for the request.

Further, the trial judge was careful not to close the door to this request. He suggested that they begin their deliberations based on their collective recollection of the evidence. However, he specifically invited the jury to come back if after they had commenced their deliberations they needed further assistance in this regard. He indicated that at that time he would read from his notes pertaining to the witnesses or if necessary obtain the transcripts. No objection to this response was taken by the experienced counsel appearing for the appellant. No further request was made by the jury for the transcripts. The jury deliberated until shortly in the afternoon the following day at which time they delivered their verdict. In those circumstances, it cannot be said that any error was made by the trial judge.

Le juge du procès a averti le jury du caractère douteux de certains témoins. Il a dit que leurs témoignages étaient suspects et qu'ils avaient des raisons de mentir. Ses directives concernant les témoins de caractère douteux étaient suffisantes pour satisfaire aux exigences énoncées dans *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811.

De même nous sommes convaincus que le juge du procès a adéquatement exposé la thèse de la défense.

Le juge du procès n'a pas commis d'erreur non plus dans sa réponse à la demande par le jury des transcriptions des dépositions des sept témoins. La demande et la réponse doivent être examinées dans leur contexte. Il est important de noter que l'exposé a été terminé à 12 h 15. Quand les jurés se sont retirés, le juge du procès leur a dit de ne pas commencer à délibérer avant d'y être invités par le shérif, c'est-à-dire quand le juge du procès aurait terminé ses discussions avec les avocats au sujet des directives.

La question a été présentée peu après 14 h. Le jury demandait la transcription de toutes les dépositions et en particulier de celles de sept témoins nommément désignés, dont cinq avaient témoigné au sujet d'Ostrowski. Ce serait pure spéculation de dire qu'à ce moment, le jury avait même commencé ses délibérations ou avait une raison précise de faire cette demande.

De plus, le juge du procès a pris soin de ne pas fermer la porte à cette demande. Il a conseillé aux jurés de commencer à délibérer en se fondant sur leur souvenir collectif de la preuve. Toutefois il a spécifiquement invité les jurés à revenir si, après avoir commencé leurs délibérations, ils avaient encore besoin d'aide à cet égard. Il a indiqué qu'il lirait alors ses notes concernant les témoins et, si cela était nécessaire, obtiendrait les transcriptions. L'avocat d'expérience qui représentait l'appellant n'a pas formulé d'objections au sujet de cette réponse. Les jurés n'ont plus demandé les transcriptions après cela. Les jurés ont délibéré jusqu'au début de l'après-midi suivant et ont alors rendu leur verdict. Compte tenu de ces circonstances, on ne peut dire que le juge du procès a commis une erreur.

In the result, the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

*Solicitors for the appellant: Smordin, Gindin,
Sorow, Ludwig, Winnipeg.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney Gen-
eral of Manitoba, Winnipeg.*

En conséquence, le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

*Procureurs de l'appelant: Smordin, Gindin,
^a Sorow, Ludwig, Winnipeg.*

*Procureur pour l'intimée: Le procureur général
du Manitoba, Winnipeg.*

Donald George Mitchell and Milton Management Ltd. Appellants

v.

Peguis Indian Band, Louis J. Stevenson, Albert Thompson, Oliver Sutherland, Ronald Williams and Robert Sutherland, as the Chief and Councillors, respectively, of the Band Respondents

INDEXED AS: MITCHELL v. PEGUIS INDIAN BAND

File No.: 19439.

1989: February 24; 1990: June 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Indians — Personal property on reserve given under an agreement between the band and Her Majesty — Property not subject to attachment at suit of non-native — Provincial government agreeing to rebate provincial sales tax to Indian bands — Action pending for payment of contingency fee by negotiator acting on behalf of bands — Prejudgment garnishing order granted — Whether or not moneys owed by province personal property on reserve — Whether or not term "Her Majesty" extending to Crown in right of the province — Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 89(1), 90(1)(b).

Manitoba Hydro invalidly imposed a tax upon the Peguis Indians in respect of the sale of electricity on a reserve. The Government of Manitoba subsequently settled the Indians' claim for the return of the taxes paid. Appellants obtained a prejudgment garnishing order against the settlement to the extent of their fees for representing the Indians in the settlement negotiations. Respondents applied to have the garnishing order set aside because personal property given pursuant to treaty and deemed to be on a reserve is not subject to attachment by a non-Indian. Both the trial judge and the Court of Appeal held that the funds could not be garnished. Their conclusion was based on their interpretation of s. 90(1)(b) of the *Indian Act*.

Donald George Mitchell et Milton Management Ltd. Appellants

c.

a La bande indienne Peguis, Louis J. Stevenson, Albert Thompson, Oliver Sutherland, Ronald Williams et Robert Sutherland, respectivement chef et conseillers de la bande Intimés

RÉPERTORIÉ: MITCHELL c. BANDE INDIENNE PEGUIS

N° du greffe: 19439.

c 1989: 24 février; 1990: 21 juin.

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

d EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Indiens — Biens personnels situés sur une réserve donnés en vertu d'un accord entre la bande et Sa Majesté — Biens ne pouvant faire l'objet d'une saisie à la demande d'un non-Indien — Consentement du gouvernement provincial de rembourser aux bandes indiennes le montant de la taxe de vente provinciale — Action en cours du négociateur mandaté par les bandes visant à obtenir le paiement d'honoraires calculés en fonction de l'issue de l'affaire — Ordonnance de saisie-arrêt avant jugement accordée — La somme due par la province est-elle un bien personnel situé sur une réserve? — L'expression «Sa Majesté» s'étend-elle à la Couronne du chef de la province? — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, ch. I-6, art. 89(1), 90(1)(b).

Hydro Manitoba a irrégulièrement imposé une taxe aux Indiens Peguis relativement à la vente d'électricité sur une réserve. Le gouvernement du Manitoba a par la suite réglé la réclamation des Indiens visant à obtenir le remboursement des taxes payées. Les appelants ont obtenu une ordonnance de saisie-arrêt applicable contre le règlement pour le montant des honoraires exigés pour représenter les Indiens dans la négociation du règlement. Les intimés ont demandé l'annulation de l'ordonnance de saisie-arrêt pour le motif que les biens personnels donnés en vertu d'un traité et tenus pour situés sur une réserve ne peuvent faire l'objet d'une saisie par un non-Indien. Le juge de première instance et la Cour d'appel ont tous deux conclu que la somme ne peut être saisie-arrêtée. Leur conclusion est fondée sur leur interprétation de l'al. 90(1)(b) de la *Loi sur les Indiens*.

The courts below held that the garnished moneys were personal property given to a band under an agreement between a band and Her Majesty, and that the words "Her Majesty" in s. 90(1)(b) of the Act include not only the federal Crown but also the provincial Crown. These courts concluded that the moneys in question were "personal property" within the meaning of s. 90(1)(b) and so deemed to be situated on a reserve and, therefore, protected from garnishment by virtue of s. 89(1).

Held: The appeal should be dismissed.

Per La Forest, Sopinka and Gonthier JJ.: Section 90(1)(b) did not serve to protect property held by the province from garnishment. The term "Her Majesty" in the *Indian Act* refers to the federal Crown when unqualified. The Act defines an area of federal responsibility and the wording of s. 90(1)(a) indicates that "Her Majesty" was to be limited to the federal Crown. No specific terms expand the meaning of the expression in s. 90(1)(b). Similarly, Indian treaties are matters of federal concern and the terms "treaty" and "agreement" in s. 90(1)(b) take colour from one another. Finally, the "given" in s. 90(1)(b) is a distinct and pointed reference to the process of cession of Indian lands.

"Her Majesty" bears a uniform meaning throughout s. 90. The section applies solely to such personal property conferred by the federal Crown in the course of fulfilling its obligations to native peoples, whether pursuant to its treaty commitments or its responsibilities flowing from s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. No other interpretation concords with the tenor of the obligations historically assumed by the Crown *vis-à-vis* the property of native peoples.

Section 90 must be read in conjunction with ss. 87 and 89. These provisions should not be ascribed an overly broad purpose. They are not intended to confer privileges on Indians in respect of any property they may acquire and possess, wherever situated. Rather, they are to insulate the property interests of Indians in their reserve lands from the intrusions and interference of the larger society so as to ensure that Indians are not dispossessed of their entitlements.

The statutory notional *situs* of s. 90(1)(b) operates to protect personal property given to Indians by "Her Majesty" pursuant to a "treaty or agreement" in the same manner as property on a reserve regardless of its actual *situs*. Since the term "Her Majesty" in s.

Les tribunaux d'instance inférieure ont statué que la somme saisie-arrêtée constitue un bien personnel donné à une bande en vertu d'un accord entre une bande et Sa Majesté et que l'expression «Sa Majesté» à l'al. 90(1)(b) comprend non seulement la Couronne fédérale mais aussi la Couronne provinciale. Ces tribunaux ont conclu que la somme en question est un «bien personnel» au sens de l'al. 90(1)(b) et qu'elle est, par conséquent, réputée située sur une réserve et donc ne pouvoir faire l'objet d'une saisie-arrêt en vertu du par. 89(1).

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, Sopinka et Gonthier: L'alinéa 90(1)(b) ne sert pas à soustraire à la saisie-arrêt les biens détenus par la province. L'expression «Sa Majesté», sans autre précision, dans la *Loi sur les Indiens* se rapporte à la Couronne fédérale. La Loi définit un domaine de responsabilité fédérale et la formulation de l'al. 90(1)(a) indique que l'expression «Sa Majesté» doit être restreinte à la Couronne fédérale. Aucun mot précis ne vient élargir le sens de l'expression contenue à l'al. 90(1)(b). De même, les traités conclus avec les Indiens relèvent du domaine fédéral et les termes «traité» et «accord» à l'al. 90(1)(b) déteignent l'un sur l'autre. Enfin, le terme «donnés» utilisé à l'al. 90(1)(b) est une mention distincte et significative du processus de cession des terres indiennes.

L'expression «Sa Majesté» a un sens uniforme dans tout l'art. 90. L'article s'applique seulement aux biens personnels que la Couronne fédérale accorde aux Indiens dans l'exécution de ses obligations envers les peuples autochtones, que ce soit conformément à ses engagements par traité ou à ses responsabilités découlant du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Aucune autre interprétation n'est conforme à la teneur des obligations dont s'est historiquement acquittée la Couronne à l'égard des biens des peuples autochtones.

L'article 90 doit être interprété conjointement avec les art. 87 et 89. Il faut éviter d'accorder une portée trop large à ces dispositions. Elles n'ont pas pour but d'accorder des privilèges aux Indiens à l'égard des biens qu'ils peuvent acquérir et posséder, peu importe l'endroit où ils sont situés. Leur but est plutôt de protéger des ingérences et des entraves de la société en général les droits de propriété des Indiens sur leurs terres réservées pour veiller à ce que ceux-ci ne soient pas dépouillés de leurs droits.

Le *situs* fictif prévu à l'al. 90(1)(b) a pour effet de protéger les biens personnels donnés aux Indiens par «Sa Majesté», conformément à un «traité ou accord», de la même manière que les biens situés sur une réserve sans égard à leur véritable *situs*. Puisque l'expression «Sa

90(1)(b) is limited to the federal Crown, the exemptions and privileges of ss. 87 and 89 apply solely in respect of such property as the federal Crown gives to Indians in acquitting itself of its responsibilities pursuant to treaties, and their ancillary agreements. This interpretation of s. 90(1)(b) is consistent with the tenor of the obligations that the Crown has always assumed *vis-à-vis* the protection of native property.

Any interpretation of s. 90(1)(b) that sees the purpose of that section as extending beyond that of preventing non-natives from interfering with property that enures to Indians as a result of the Crown's obligations under treaties and ancillary agreements, gives a novel and unprecedented extension to the protections that have up to now been conferred by the Crown on the property of Indians. Parliament, if it had intended to cast aside these traditional constraints, would have expressed this intention in the clearest of terms.

Treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and doubtful expressions resolved in favour of the Indians but somewhat different considerations apply to treaties than to statutes. The Crown enjoyed a superior bargaining position when it negotiated treaties with native peoples and they must be read as the Indians would have understood them. Statutes relating to Indians, however, are an expression of the will of Parliament and import different considerations. The salutary rule that statutory ambiguities be resolved in favour of the Indians does not imply automatic acceptance of a given construction simply because it may be expected that the Indians would favour it over any competing interpretation. It is necessary to reconcile any given interpretation with the policies the Act seeks to promote.

Parliament, in enacting s. 90(1)(b), did not intend that the privileges of ss. 87 and 89 exempt Indian bands from taxation and civil process in respect of all personal property that they may acquire pursuant to all agreements with that level of government, regardless of where that property is located. Since "Her Majesty" in s. 90(1)(b) is limited to the federal Crown, this section has no application to the agreement that was entered into between the Government of Manitoba and the respondents.

Though s. 90(1)(a) does not afford the Indians protection against attachment by garnishment, such attachment is otherwise inconsistent with the operation of the *Indian Act*. Given the broad purpose of s. 87(b) to

Majesté» à l'al. 90(1)(b) est restreinte à la Couronne fédérale, les exemptions et privilèges des art. 87 et 89 s'appliquent seulement aux biens que la Couronne fédérale donne aux Indiens en s'acquittant de ses responsabilités conformément aux traités et à leurs accords accessoires. Cette interprétation de l'al. 90(1)(b) est conforme à la teneur des obligations que la Couronne s'est toujours engagée à respecter à l'égard de la protection des biens des autochtones.

Toute interprétation de l'al. 90(1)(b) selon laquelle cette disposition n'a pas seulement pour objet d'empêcher les non-Indiens de porter atteinte aux biens qui échoient aux Indiens par suite des obligations qui incombent à la Couronne en vertu de traités et d'accords accessoires confère une extension nouvelle et sans précédent aux protections qui ont jusqu'à maintenant été accordées par la Couronne aux biens des Indiens. Si le Parlement avait eu l'intention d'écarter ces limites traditionnelles, il l'aurait exprimé clairement.

Les traités et les lois visant les Indiens devraient recevoir une interprétation libérale et toute ambiguïté devrait profiter aux Indiens. Cependant, des considérations quelque peu différentes s'appliquent aux traités par rapport aux lois. La Couronne jouissait d'un pouvoir de négociation supérieur au moment de la négociation des traités avec les peuples autochtones et ces traités doivent s'interpréter selon ce que les Indiens en auraient compris. Les lois relatives aux Indiens sont cependant l'expression de la volonté du Parlement et font intervenir des considérations différentes. La règle salubre portant que les ambiguïtés législatives doivent profiter aux Indiens ne revient pas à accepter automatiquement une interprétation donnée pour la simple raison qu'il peut être vraisemblable que les Indiens la préféreraient à toute autre interprétation différente. Il est nécessaire de concilier toute interprétation donnée avec les politiques que la Loi tente de promouvoir.

En adoptant l'al. 90(1)(b), le Parlement n'a pas voulu que les privilèges des art. 87 et 89 soustraient les bandes indiennes à la taxation et à l'application des règles du droit civil à l'égard de tous les biens personnels qu'ils peuvent acquérir conformément à tous les accords conclus avec ce palier de gouvernement, sans égard au lieu où ces biens sont situés. Puisque l'expression «Sa Majesté» à l'al. 90(1)(b) est restreinte à la Couronne fédérale, cette disposition ne s'applique pas à l'accord conclu entre le gouvernement du Manitoba et les intimés.

Bien que l'al. 90(1)(a) ne protège pas les Indiens contre la saisie-arrêt, une telle saisie est par ailleurs incompatible avec l'application de la *Loi sur les indiens*. Compte tenu de l'objectif général de l'al. 87(b), qui est de

protect Indian property on reserves from taxation, it would be truly anomalous if the province could do this illegally and then authorize the attachment of the tax moneys, a procedure tantamount to allowing provincial law to do indirectly what it cannot do directly, i.e., attach the personal property of Indians on reserves.

Moreover, the words “moneys due or accruing due to persons employed or paid by the government” in s. 3 of the *Garnishment Act* refer solely to debts of the Government arising pursuant to agreements relating to the provision of work or services.

Per Lamer, Wilson and L’Heureux-Dubé JJ.: The interpretation of s. 90(1)(b) given by La Forest J. and his conclusion that, as between the Government of Manitoba and the Indians, the Indians are entitled to the moneys were agreed with.

Once it is held that the moneys are not in fact situate on the reserve or deemed to be so and that they do constitute a debt, that debt is subject to garnishment at the hands of an innocent third party. The way in which the debt arose does not affect an innocent third party seeking to initiate garnishment proceedings with respect to that debt.

The *Garnishment Act* does not apply to the Crown so to permit the garnishment by the appellants of moneys owing by the Crown to the Indians under the settlement. The words “moneys due or accruing due to persons employed or paid by the government” in s. 3 of the *Garnishment Act* refer solely to debts of the Government arising pursuant to agreements relating to the provision of work or services. These words do not extend to lift the Government’s immunity in respect of the garnishment proceedings which the appellant sought to initiate.

Per Dickson C.J.: Under the *Nowegijick* principle, ambiguities in the interpretation of treaties and statutes relating to Indians are to be resolved in favour of the Indians and aboriginal understandings of words and corresponding legal concepts in Indian treaties are to be preferred over more legalistic and technical constructions. This principle is concerned with interpreting a statute or treaty with respect to the persons who are its subjects—Indians—and not with interpreting a statute in favour of Indians simply because it is the State that is the other interested party.

The *Nowegijick* principle applies even if a civil party other than the State will lose out. Canadian society at

soustraire à la taxation les biens des Indiens situés sur une réserve, il serait vraiment anormal que la province puisse le faire illégalement pour ensuite autoriser la saisie des montants de taxe, une procédure qui reviendrait à permettre au droit provincial de faire indirectement ce qu’il ne peut faire directement, c’est-à-dire saisir les biens personnels des Indiens situés sur une réserve.

De plus, les termes «les sommes dues ou à échoir aux personnes employées ou payées par le gouvernement» à l’art. 3 de la *Loi sur la saisie-arrêt* se rapportent seulement aux dettes du gouvernement découlant des accords relatifs au travail ou à la fourniture de services.

Les juges Lamer, Wilson et L’Heureux-Dubé: On partage l’interprétation de l’al. 90(1)(b) que donne le juge La Forest et sa conclusion qu’en ce qui concerne le gouvernement du Manitoba et les Indiens, ces derniers ont droit aux sommes.

Une fois établi que les sommes ne sont pas dans les faits situées sur la réserve ni réputées y être situées et qu’elles constituent bel et bien une dette, cette dette peut faire l’objet d’une saisie-arrêt entre les mains d’un tiers innocent. La manière dont naît une dette n’a pas de répercussions sur le tiers innocent qui cherche à engager des procédures de saisie-arrêt relativement à cette dette.

La *Loi sur la saisie-arrêt* ne s’applique pas à la Couronne de façon à permettre aux appelants de saisir-arrêter les sommes que la Couronne doit aux Indiens en vertu du règlement. Les mots «les sommes dues ou à échoir aux personnes employées ou payées par le gouvernement», que l’on trouve à l’art. 3 de la *Loi sur la saisie-arrêt*, se rapportent seulement aux dettes du gouvernement découlant d’ententes quant au travail ou à la fourniture de services. Ces mots ne vont pas jusqu’à lever l’immunité du gouvernement relativement aux procédures de saisie-arrêt que les appelants cherchent à engager.

Le juge en chef Dickson: Selon la règle formulée dans l’arrêt *Nowegijick*, les ambiguïtés dans l’interprétation des traités et des lois visant les Indiens doivent profiter aux Indiens et la compréhension qu’ont les autochtones des termes et des concepts juridiques correspondants contenus dans les traités avec les Indiens doit être préférée aux interprétations plus strictes et formalistes. Cette règle porte sur l’interprétation d’une loi ou d’un traité relativement aux personnes qui y sont assujetties, les Indiens, et non sur l’interprétation d’une loi au profit des Indiens pour la seule raison que l’autre partie intéressée est l’État.

La règle de l’arrêt *Nowegijick* s’applique même si c’est une partie civile autre que l’État qui échouera. La

large must bear the historical burden of the current situation of native peoples. Section 89(1) explicitly provides that a non-Indian cannot attach personal property of an Indian in certain circumstances and contemplates Indians being favoured *vis-à-vis* non-Indians. Therefore, it would be inconsistent with *Nowegijick* to interpret s. 90 (which extends s. 89's protection) in a restrictive manner.

A broad interpretation of the *Garnishment Act* and the particular provision which allows and facilitates the garnishing of government was assumed, without deciding, to be valid for the purposes of this appeal. Without s. 90, the *situs* of the debt would be the location of the debtor, i.e., off the reserve.

The definition of "Her Majesty" in the *Interpretation Act* includes the provincial Crowns and whether or not both Crowns are included depends on the statutory context. The words "Her Majesty" in a federal statute are not necessarily limited to the Crown in right of Canada: they can refer to the province. The ambiguity here lay in whether they did indeed refer to the province.

"Her Majesty" in s. 90(1)(b) of the *Indian Act* refers to both the federal and provincial Crowns. An application of the *Nowegijick* principle supported this conclusion. (Contextual arguments that the term referred only to the federal Crown were inconclusive and therefore an ambiguity arose.) Further, from the aboriginal perspective, any divisions that the Crown has imposed on itself, such as the federal and provincial Crown, are internal to itself and do not alter the basic structure of Sovereign-Indian relations.

The extent to which aboriginal peoples are affected only by decisions and actions of the federal Crown can be over-emphasized. Part and parcel of the division of powers is the incidental effects doctrine: a law in relation to a matter within the competence of one level of government may validly affect a matter within the competence of the other. As long as Indians are not affected *qua* Indians, a provincial law may affect Indians, and significantly so in terms of everyday life. Section 88 of the *Indian Act* greatly increases the extent to which the provinces can affect Indians by acknowledging the validity of laws of general application, unless they are supplanted by treaties or federal law. This fluidity of responsibility across lines of jurisdiction accords well with the fact that the newly entrenched s.

société canadienne dans son ensemble doit porter le fardeau historique de la situation actuelle des peuples autochtones. Le paragraphe 89(1) prévoit explicitement que, dans certaines circonstances, un non-Indien ne peut saisir les biens personnels d'un Indien et il prévoit que les Indiens seront favorisés face aux non-Indiens. Par conséquent, il serait incompatible avec l'arrêt *Nowegijick* d'interpréter d'une manière restrictive l'art. 90 (qui étend la protection de l'art. 89).

On présume, sans le décider, qu'une interprétation large de la *Loi sur la saisie-arrêt* et de la disposition particulière qui permet et facilite la saisie-arrêt entre les mains du gouvernement est valide aux fins du présent pourvoi. En l'absence de l'art. 90, le *situs* de la dette se trouverait au domicile du débiteur, c'est-à-dire à l'extérieur de la réserve.

La définition de «Sa Majesté» contenue dans la *Loi d'interprétation* comprend les Couronnes provinciales et la question de savoir si les deux Couronnes sont visées dépend du contexte de la loi. L'expression «Sa Majesté» dans une loi fédérale n'est pas nécessairement restreinte à la Couronne du chef du Canada: elle peut se rapporter à la province. En l'espèce, l'ambiguïté découle de la question de savoir si, en réalité, elle le fait.

L'expression «Sa Majesté» à l'al. 90(1)(b) de la *Loi sur les Indiens* se rapporte tant à la Couronne fédérale qu'à la Couronne provinciale. L'application de la règle de l'arrêt *Nowegijick* justifie cette conclusion. (Les arguments contextuels selon lesquels l'expression ne se rapporte qu'à la Couronne fédérale ne sont pas convaincants et, par conséquent, il se présente une ambiguïté.) En outre, du point de vue des autochtones, la Couronne est indivisible et toute division que la Couronne s'est imposée à elle-même, comme la Couronne fédérale et la Couronne provinciale, est interne et ne modifie aucunement la structure fondamentale des rapports entre le souverain et les Indiens.

On peut surestimer la mesure dans laquelle les peuples autochtones ne sont touchés que par les décisions et les actes de la Couronne fédérale. Fait partie du partage des compétences la théorie des effets accessoires suivant laquelle une règle de droit relative à un chef de compétence d'un palier de gouvernement peut valablement toucher un chef de compétence de l'autre palier. Tant que les Indiens ne sont pas touchés en tant qu'Indiens, une loi provinciale peut les viser, et même de façon significative, dans la vie de tous les jours. L'article 88 de la *Loi sur les Indiens* augmente considérablement la mesure dans laquelle les provinces peuvent toucher les Indiens en reconnaissant la validité des lois d'application générale, à moins qu'elles ne soient supplantées par des traités ou des lois fédérales. Ce chevauchement des

35 of the *Constitution Act, 1982*, applies to all levels of government in Canada.

The term "personal property" in s. 90(1)(b) includes intangible property such as the right to payment of money. There was no compelling reason why the words "personal property" must be given a common meaning that fits both s. 90(1)(a) and (b). The meaning in s. 90(1)(b) is not limited to tangible or physical property because the meaning in s. 90(1)(a) is so limited.

The personal property in question was a debt, not money *per se*, and respondents were given the right to be paid money. This right or debt was in existence when the garnishing order was issued. It was not necessary that actual money be paid before s. 90(1)(b) became applicable.

The word "agreement" in s. 90(1)(b) was not to be read *ejusdem generis* with the word "treaty". Here, there was an agreement with the province to refund the tax in exchange for the execution of releases made by the bands involved. Assuming the applicability of the *ejusdem generis* rule, there was no reason why it should prevail over the *Nowegijick* principle of resolving ambiguities in favour of Indians.

Cases Cited

By La Forest J.

Distinguished: *Attorney-General for Quebec v. Nipissing Central Railway Co.*, [1926] A.C. 715; *Nickel Rim Mines Ltd. v. Attorney General for Ontario*, [1967] S.C.R. 672; **referred to:** *Greyeyes v. The Queen*, [1978] 2 F.C. 385; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654; *Bryan v. Itasca County*, 426 U.S. 373 (1976); *Francis v. The Queen*, [1956] S.C.R. 618; *Leonard v. R. in Right of British Columbia* (1984), 52 B.C.L.R. 389, leave to appeal refused, [1984] 2 S.C.R. viii; *Leighton v. B.C. (Gov't)*, [1989] 3 C.N.L.R. 136; *Metlakatla Ferry Service Ltd. v. B.C. (Gov't)* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 308; *Bank of Nova Scotia v. Blood*, [1990] 1 C.N.L.R. 16; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *United States v. Powers*, 305 U.S. 527 (1939).

By Wilson J.

Referred to: *Canadian National Railways Co. v. Croteau*, [1925] S.C.R. 384; *The King v. Central Railway*

responsabilités de part et d'autre de la ligne de partage des compétences est tout à fait conforme au fait que le nouvel art. 35 enchâssé dans la *Loi constitutionnelle de 1982* s'applique à tous les paliers de gouvernement au Canada.

L'expression «biens personnels» à l'al. 90(1)(b) comprend des biens immatériels comme le droit au paiement d'une somme. Il n'y a aucune raison sérieuse de donner à l'expression «biens personnels» un sens identique applicable aux deux al. 90(1)(a) et (b). Le sens de l'expression à l'al. 90(1)(b) ne se limite pas aux biens matériels du fait que le sens à l'al. 90(1)(a) est ainsi limité.

Le bien personnel en question est une dette et non de l'argent en tant que tel, et on a donné aux intimés le droit d'être payés. Ce droit ou cette dette existait lorsque l'ordonnance de saisie-arrêt a été rendue. Il n'était pas nécessaire qu'une somme soit effectivement versée pour que l'al. 90(1)(b) devienne applicable.

La règle *ejusdem generis* ne s'applique pas à l'interprétation du terme «accord» de l'al. 90(1)(b) lorsqu'il est rapproché du terme «traité». En l'espèce, il y avait un accord avec la province prévoyant le remboursement de la taxe en échange de la signature des renonciations par les bandes indiennes concernées. En supposant que la règle *ejusdem generis* s'applique, il n'y a aucune raison pour laquelle elle devrait avoir prépondérance sur la règle de l'arrêt *Nowegijick* portant que les ambiguïtés doivent profiter aux Indiens.

f Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Distinction d'avec les arrêts: *Attorney-General for Quebec v. Nipissing Central Railway Co.*, [1926] A.C. 715; *Nickel Rim Mines Ltd. v. Attorney General for Ontario*, [1967] R.C.S. 672; **arrêts mentionnés:** *Greyeyes c. La Reine*, [1978] 2 C.F. 385; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654; *Bryan v. Itasca County*, 426 U.S. 373 (1976); *Francis v. The Queen*, [1956] R.C.S. 618; *Leonard v. R. in Right of British Columbia* (1984), 52 B.C.L.R. 389, autorisation de pourvoi refusée, [1984] 2 R.C.S. viii; *Leighton v. B.C. (Gov't)*, [1989] 3 C.N.L.R. 136; *Metlakatla Ferry Service Ltd. v. B.C. (Gov't)* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 308; *Bank of Nova Scotia v. Blood*, [1990] 1 C.N.L.R. 16; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *United States v. Powers*, 305 U.S. 527 (1939).

Citée par le juge Wilson

Arrêts mentionnés: *Canadian National Railways Co. v. Croteau*, [1925] R.C.S. 384; *The King v. Central*

Signal Co., [1933] S.C.R. 555; *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551.

By Dickson C.J.

Applied: *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; **considered:** *Nickel Rim Mines Ltd. v. Attorney General for Ontario*, [1967] S.C.R. 672; *Attorney-General for Quebec v. Nipissing Central Railway Co.*, [1926] A.C. 715; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; **referred to:** *Maritime Bank of Canada (Liquidators of) v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437; *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, Ex parte Indian Association of Alberta*, [1982] 1 Q.B. 892; *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225; *Metlakatla Ferry Service Ltd. v. B.C. (Gov't)* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 308; *Brown v. The Queen in Right of British Columbia*, [1979] 3 C.N.L.R. 67; *Kuhn v. Starr*, (Ferg J., Man. Q.B., unreported, October 28, 1976); *Mintuck v. Valley River Band 63A*, [1978] 2 W.W.R. 159; *Greyeyes v. The Queen*, [1978] 2 F.C. 385; *The Queen v. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 F.C. 103; *Fricke and Seaton Timber Ltd. v. Mitchell* (1985), 67 B.C.L.R. 227; *Fayerman Bros. Ltd. v. Peter Ballantyne Indian Band*, [1986] 1 C.N.L.R. 6; *Williams v. Canada*, [1989] 1 C.N.L.R. 184.

Statutes and Regulations Cited

An Act for the protection of the Indians in Upper Canada from imposition, and the property occupied or enjoyed by them from trespass and injury, S.C. 1850, c. 74, s. 4.
Constitution Act, 1867, s. 91(24).
Constitution Act, 1982, s. 35.
Garnishment Act, R.S.M. 1970, c. G20, C.C.S.M., c. G20, s. 3.
Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 4(3), 15, 16(2), (3), 18, 31(3), 32, 34(2), 35(1), 36, 37, 38, 39, 40, 41, 48(8), 53(3), 59(a), 67, 72, 87(a), (b), 88, 89(1), (2), 90(1)(a), (b), (2), (3), 91, 92, 93, 103(3), 104(1), 114(1).
Indian Act, 1876, S.C. 1876, c. 18, ss. 25 et seq., 64, 65, 66, 69.
Indian Act, S.C. 1951, c. 29, s. 90.
Interpretation Act, R.S.C. 1952, c. 158, s. 15.
Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, ss. 16, 28.
Order-in-Council No. 253 (Manitoba), March 9, 1983.
Proceedings Against the Crown Act, R.S.M. 1987, c. P140, s. 16(6).
Railway Act, 1919, S.C. 1919, c. 68, s. 189.

Railway Signal Co., [1933] R.C.S. 555; *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551.

Citée par le juge en chef Dickson

Arrêt appliqué: *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; **arrêts examinés:** *Nickel Rim Mines Ltd. v. Attorney General for Ontario*, [1967] R.C.S. 672; *Attorney-General for Quebec v. Nipissing Central Railway Co.*, [1926] A.C. 715; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; **arrêts mentionnés:** *Maritime Bank of Canada (Liquidators of) v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437; *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, Ex parte Indian Association of Alberta*, [1982] 1 Q.B. 892; *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225; *Metlakatla Ferry Service Ltd. v. B.C. (Gov't)* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 308; *Brown v. The Queen in Right of British Columbia*, [1979] 3 C.N.L.R. 67; *Kuhn v. Starr*, (le juge Ferg, B.R. Man., décision inédite rendue le 28 octobre 1976); *Mintuck v. Valley River Band 63A*, [1978] 2 W.W.R. 159; *Greyeyes c. La Reine*, [1978] 2 C.F. 385; *La Reine c. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 C.F. 103; *Fricke and Seaton Timber Ltd. v. Mitchell* (1985), 67 B.C.L.R. 227; *Fayerman Bros. Ltd. v. Peter Ballantyne Indian Band*, [1986] 1 C.N.L.R. 6; *Williams v. Canada*, [1989] 1 C.N.L.R. 184.

f Lois et règlements cités

Acte des Sauvages, 1876, S.C. 1876, ch. 18, art. 25 et suiv., 64, 65, 66, 69.
Acte pour protéger les sauvages dans le Haut Canada, contre la fraude, et les propriétés qu'ils occupent ou dont ils ont jouissance, contre tous empiètements et dommages, S.C. 1850, ch. 74, art. 4.
 Décret n° 253 (Manitoba), 9 mars 1983.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.
Loi des chemins de fer, 1919, S.C. 1919, ch. 68, art. 189.
Loi d'interprétation, S.R.C. 1952, ch. 158, art. 15.
Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, ch. I-23, art. 16, 28.
Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1952, ch. 259, art. 105.
Loi sur la saisie-arrêt, L.R.M. 1970, ch. G20, C.P.L.M., ch. G20, art. 3.
Loi sur les Indiens, S.C. 1951, ch. 29, art. 90.
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, ch. I-6, art. 4(3), 15, 16(2), (3), 18, 31(3), 32, 34(2), 35(1), 36, 37, 38, 39, 40, 41, 48(8), 53(3), 59a, 67, 72, 87a), b), 88, 89(1), (2), 90(1)a), b), (2), (3), 91, 92, 93, 103(3), 104(1), 114(1).

Royal Proclamation of 1763, R.S.C. 1970, App. II, No. 1.
Supreme Court Act, R.S.C. 1952, c. 259, s. 105.

Authors Cited

Bartlett, Richard Hamilton. *Indians and Taxation in Canada*, 2nd ed. Saskatoon: University of Saskatchewan, Native Law Centre, 1987.
 British Columbia. Law Reform Commission. *Report on Attachment of Debts Act*. Victoria: 1978.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
 Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1989.
 New Brunswick. Law Reform Division of the New Brunswick Department of Justice. *Third Report of the Consumer Protection Project*, vol. II. *Legal Remedies of the Unsecured Creditor After Judgment*. Fredericton: 1976.
 Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Enforcement of Judgment Debts and Related Matters*. Toronto: 1981.
 Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Liability of the Crown*. Toronto: 1989.
 Slattery, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1983), 39 *Man. R.* (2d) 180, [1986] 2 *W.W.R.* 477, [1985] 2 *C.N.L.R.* 90, dismissing an appeal from a judgment of Morse J. (1983), 22 *Man. R.* (2d) 286, [1983] 5 *W.W.R.* 117, [1983] 4 *C.N.L.R.* 50, finding moneys not subject to garnishing order granted by Referee Richardson. Appeal dismissed.

Paul R. Anderson and Kenneth G. Houston, Q.C., for the appellants.

Paul B. Forsyth, for the respondents.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The broad issue in this appeal is whether certain moneys agreed to be paid by the Government of Manitoba to 54 Indian bands, and garnished before judgment by the appellants, Mr. Mitchell and Milton Management Ltd., can be considered "personal property of . . . a band situated on a reserve" within the meaning of s. 89(1) of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6 (the Act), and therefore not subject to attachment. Section 89(1) reads:

Loi sur les procédures contre la Couronne, L.R.M. 1987, ch. P140, art. 16(6).
 Proclamation royale de 1763, S.R.C. 1970, app. II, n° 1.

Doctrine citée

Bartlett, Richard Hamilton. *Indians and Taxation in Canada*, 2nd ed. Saskatoon: University of Saskatchewan, Native Law Centre, 1987.
 British Columbia. Law Reform Commission. *Report on Attachment of Debts Act*. Victoria: 1978.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
 Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1989.
 Nouveau-Brunswick. Division de réforme du droit du ministère de la Justice. *Third Report of the Consumer Protection Project*, vol. II. *Legal Remedies of the Unsecured Creditor After Judgment*. Fredericton: 1976.
 Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on the Enforcement of Judgment Debts and Related Matters*. Toronto: 1981.
 Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on the Liability of the Crown*. Toronto: 1989.
 Slattery, Brian. «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1983), 39 *Man. R.* (2d) 180, [1986] 2 *W.W.R.* 477, [1985] 2 *C.N.L.R.* 90, qui a rejeté l'appel d'une décision du juge Morse (1983), 22 *Man. R.* (2d) 286, [1983] 5 *W.W.R.* 117, [1983] 4 *C.N.L.R.* 50, qui avait conclu que les sommes n'étaient pas assujetties à l'ordonnance de saisie-arrêt rendue par l'arbitre Richardson. Pourvoi rejeté.

Paul R. Anderson et Kenneth G. Houston, c.r., pour les appelants.

Paul B. Forsyth, pour les intimés.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF—La question au cœur de ce pourvoi porte sur la qualification de certaines sommes que le gouvernement du Manitoba a consenti à verser à 54 bandes indiennes et qui ont fait l'objet d'une saisie-arrêt avant jugement par les appelants, M. Mitchell et Milton Management Ltd., à savoir s'il s'agit de «biens [. . .] personnels [. . .] d'une bande situés sur une réserve» au sens du par. 89(1) de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, ch. I-6 (la Loi), qui ne peuvent donc faire l'objet d'une saisie. Le paragraphe 89(1) se lit ainsi:

89. (1) Subject to this Act, the real and personal property of an Indian or a band situated on a reserve is not subject to charge, pledge, mortgage, attachment, levy, seizure, distress or execution in favour or at the instance of any person other than an Indian.

The following section of the Act contains a “deeming” provision crucial in deciding the issue presented by this appeal:

90. (1) For the purposes of sections 87 and 89, personal property that was

(a) purchased by Her Majesty with Indian moneys or moneys appropriated by Parliament for the use and benefit of Indians or bands, or

(b) given to Indians or to a band under a treaty or agreement between a band and Her Majesty,

shall be deemed always to be situated on a reserve.

Can the garnished moneys be said to be “personal property that was . . . given to . . . a band under . . . [an] agreement between a band and Her Majesty”? This gives rise to the further question whether the words “Her Majesty” in s. 90(1)(b) of the Act can include the provincial Crown or are referable only to the federal Crown. If the moneys in question are found to be “personal property” within the meaning of s. 90(1)(b), they would be deemed to be situated on a reserve and, therefore, protected from garnishment under s. 89(1).

I—The Facts

The appellants issued a statement of claim in which it was alleged that (i) the First Nations Confederacy Inc., as representative of its member bands, retained Mr. Mitchell to act on its behalf in negotiating a rebate from the Government of Manitoba of sales tax paid by the bands over several years to Manitoba Hydro; (ii) it was a term of the agreement that Mr. Mitchell would be paid fees equivalent to 20 per cent of sales tax recovered, assessable to each band on a prorated basis, less such funds as might be received against fees from the Federal Department of Indian Affairs; (iii) Mr. Mitchell, through Milton Management Ltd., negotiated Hydro sales tax rebates with the Government of Manitoba and in the Fall of 1982, the Government of Manitoba agreed to pay the Indian bands sales tax rebates in the

89. (1) Sous réserve de la présente loi, les biens réels et personnels d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve ne peuvent pas faire l'objet d'un privilège, d'un nantissement, d'une hypothèque, d'une opposition, d'une réquisition, d'une saisie ou d'une exécution en faveur ou à la demande d'une personne autre qu'un Indien.

L'article suivant de la Loi comporte une présomption qui est essentielle à la résolution du présent pourvoi:

90. (1) Pour l'application des articles 87 et 89, les biens personnels qui ont été

a) achetés par Sa Majesté avec des deniers des Indiens ou des fonds votés par le Parlement à l'usage et au profit d'Indiens ou de bandes, ou

b) donnés aux Indiens ou à une bande en vertu d'un traité ou accord entre une bande et Sa Majesté,

sont toujours tenus pour situés sur une réserve.

Peut-on affirmer que les sommes saisies-arrêtées sont des «biens personnels qui ont été [...] donnés [...] à une bande en vertu d'un [...] accord entre une bande et Sa Majesté»? Cette question soulève celle de savoir si les termes «Sa Majesté» contenus à l'al. 90(1)b) de la Loi peuvent comprendre la Couronne provinciale ou s'ils ne se rapportent qu'à la Couronne fédérale. Si l'on conclut que les sommes en question sont des «biens personnels» au sens de l'al. 90(1)b), elles seraient réputées situées sur une réserve et donc ne pouvoir faire l'objet d'une saisie-arrêt en vertu du par. 89(1).

I—Les faits

Dans leur déclaration, les appelants allèguent ceci: (i) la First Nations Confederacy Inc., à titre de représentant des bandes qui en sont membres, a mandaté M. Mitchell pour négocier avec le gouvernement du Manitoba un remboursement de la taxe de vente payée à la Manitoba Hydro par les bandes au cours de plusieurs années; (ii) selon une modalité de l'accord, M. Mitchell percevrait des honoraires équivalant à 20 pour 100 du montant de taxe de vente récupéré et cette somme, moins les sommes reçues du ministère fédéral des Affaires indiennes à titre d'honoraires, serait répartie au prorata parmi les bandes; (iii) M. Mitchell, par l'intermédiaire de Milton Management Ltd., a négocié avec le gouvernement du Manitoba le remboursement de la taxe de vente de l'Hydro et, à l'automne 1982, le gouvernement du Manitoba a

amount of \$953,432, entitling Mr. Mitchell to a fee of \$190,668. The Federal Department of Indian Affairs contributed \$5,493 to Mr. Mitchell's fees, leaving a claim against the bands of \$185,175.

The respondent bands, in their statement of defence, deny the retainer. They allege that the Government of Manitoba, on its own initiative, and not as a result of the appellants' efforts, decided to refund to the Indian bands in Manitoba certain taxes which had been improperly collected from them. They say that the fee is so oppressive and excessive as to be unconscionable and, finally, that Mr. Mitchell is a member of the Institute of Chartered Accountants of Manitoba and as such is precluded from charging a fee contingent on the results of professional services.

On March 9, 1983, the Lieutenant Governor in Council of Manitoba passed Order-in-Council No. 253, on the submission of the Minister of Finance, which reads in part:

AND WHEREAS the Minister has received advice from a legal officer of the government advising him that taxes paid under The Revenue Act 1964 by Indians and Indian Bands were improperly collected since Section 87 of the Indian Act prohibited provinces from taxing electricity provided to Indians and Indian Bands which electricity was consumed by them on an Indian reservation;

AND WHEREAS it has been determined by the staff of his department and agreed to by representatives of those Indians and Indian Bands that a settlement amount of money for the period December 1, 1964, the date of the inception of The Revenue Act 1964 Part I which imposed the tax on electricity, up to and including March 20, 1980, at which time Manitoba Hydro exempted from tax those accounts of Indians and Indian Bands for which no tax is exigible under this Act, including interest totals \$994,840.00.

AND WHEREAS it is deemed advisable to establish a trust for the settlement of the claims of Indian Bands in respect of tax paid on electricity and provide for the administration of the trust;

... the Minister recommends:

consenti à rembourser aux bandes indiennes un montant de taxe de vente de 953 432 \$, ce qui permettait à M. Mitchell de toucher des honoraires de 190 668 \$. Le ministère fédéral des Affaires indiennes a versé 5 493 \$ à M. Mitchell pour ses honoraires, ce qui laissait un solde de 185 175 \$ à réclamer aux bandes.

Dans leur défense, les bandes intimées nient avoir à payer les honoraires. Elles prétendent que c'est de sa propre initiative, et non par suite des efforts des appelants, que le gouvernement du Manitoba a décidé de rembourser aux bandes indiennes du Manitoba certaines taxes qui avaient été perçues irrégulièrement. Elles affirment que les honoraires sont tellement oppressifs et excessifs qu'ils sont inadmissibles et, finalement, que M. Mitchell est membre de l'Institute of Chartered Accountants of Manitoba et qu'à ce titre il ne peut exiger d'honoraires calculés en fonction des résultats de ses services professionnels.

Le 9 mars 1983, le lieutenant-gouverneur en conseil du Manitoba a adopté le décret n° 253 à la demande du ministre des Finances, lequel se lit en partie ainsi:

[TRADUCTION] ET ATTENDU que le Ministre a reçu avis d'un conseiller juridique du gouvernement que les taxes versées en vertu de The Revenue Act 1964 par les Indiens et bandes indiennes ont été perçues sans droit puisque l'article 87 de la Loi sur les Indiens interdit aux provinces de taxer l'électricité qui est fournie aux Indiens et aux bandes indiennes et que ceux-ci consomment sur une réserve indienne;

ET ATTENDU que s'élève à 994 840 \$ la somme fixée par le personnel de son ministère et acceptée par les représentants de ces Indiens et bandes indiennes à titre de règlement pour la période du 1^{er} décembre 1964, date d'entrée en vigueur de la partie I de The Revenue Act 1964, qui imposait la taxe sur l'électricité, au 20 mars 1980 inclusivement, date à laquelle la Manitoba Hydro a exempté de la taxe les comptes des Indiens et des bandes indiennes pour lesquels aucune taxe n'était exigible en vertu de cette loi, y compris les intérêts.

ET ATTENDU que l'on juge préférable d'établir une fiducie pour le règlement des réclamations des bandes indiennes en ce qui concerne les taxes payées pour l'électricité et de pourvoir à l'administration de cette fiducie;

... le Ministre recommande:

THAT the amount of \$994,840. be transferred in the books of the government from appropriation (VII) (Finance) (4) (Taxation Division) (c) (Mining & Use Taxes Branch) (3) (Refunds) to a trust account to be held by the Minister of Finance on behalf of those Indians and Indian Bands as described on Schedule "A" attached, and paid out by him upon being satisfied that each Indian Band provides the Minister with satisfactory releases and assignments of their claims to their respective organizations;

THAT the Minister retain a holdback of 3% of the amount shown as payable in Schedule "A" from any payment made as provided above for a period of six years from March 9, 1983 to satisfy, if any, further claims made by Indians or Indian Bands for indemnification related to the payment of taxes on electricity for the above described period of time;

The appellants' claim has not yet come to trial. Rather, the substance of the current appeal, as I have indicated, stems from garnishment proceedings prior to judgment. After agreeing to allow an original garnishing order (obtained on January 10, 1983) to lapse because it was tying up the flow of important funds designated for social purposes, the appellants (on March 10, 1983, the day after the Order-in-Council established the trust fund) obtained a second prejudgment garnishing order against the tax rebate funds held in trust by the government to the amount of the fee claimed by the appellants, that is, \$185,175. In accordance with the garnishing order, the garnishee Government paid the garnished amount into court. The respondents applied to have the garnishing order set aside, and the moneys paid out of court, on the basis that such an order was inconsistent with ss. 89(1) and 90(1)(b) of the *Indian Act*. The respondents' contention was that s. 3 of the *Manitoba Garnishment Act*, R.S.M. 1970, c. G20, C.C.S.M., c. G20, permitting garnishment of the government of Manitoba, was not a provincial law applicable to Indians within the terms of s. 88 of the *Indian Act*. Section 88 of the *Indian Act* reads as follows:

QUE la somme de 994 840 \$ soit transférée dans les comptes du gouvernement, par prélèvement sur le crédit (VII)(Finance) (4) (Taxation Division) (c) (Mining & Use Taxes Branch) (3) (Refunds), à un compte en fiducie détenu par le ministre des Finances au nom des Indiens et des bandes indiennes décrits à l'annexe «A» et versée à leurs organisations respectives lorsque chaque bande indienne remettra au Ministre les renoncations et cessions satisfaisantes de leurs réclamations;

QUE le Ministre effectue une retenue de garantie de 3 pour 100 du montant payable à l'annexe «A» sur tout paiement effectué conformément à ce qui précède pour une période de six ans à compter du 9 mars 1983 pour répondre le cas échéant à toute autre demande d'indemnisation présentée par des Indiens ou des bandes indiennes quant au paiement de taxes d'électricité au cours de la période décrite précédemment;

La réclamation des appelants n'a pas encore procédé au mérite. Comme je l'ai indiqué, le présent pourvoi porte plutôt sur les procédures de saisie-arrêt avant jugement. Après avoir accepté la déchéance d'une première ordonnance de saisie-arrêt (obtenue le 10 janvier 1983) parce qu'elle avait pour effet de geler d'importantes sommes destinées à des fins sociales, les appelants ont obtenu (le 10 mars 1983, le lendemain de l'établissement d'un compte en fiducie par décret) une deuxième ordonnance de saisie-arrêt avant jugement des sommes relatives au remboursement des taxes détenues en fiducie par le gouvernement jusqu'à concurrence du montant des honoraires réclamés par les appelants, c'est-à-dire 185 175 \$. Conformément à l'ordonnance de saisie-arrêt, le gouvernement tiers saisi a consigné la somme au greffe du tribunal. Les intimés ont demandé l'annulation de l'ordonnance de saisie-arrêt et le retrait des sommes du greffe de la cour parce qu'une telle ordonnance était incompatible avec le par. 89(1) et l'al. 90(1)(b) de la *Loi sur les Indiens*. Selon la prétention des intimés, l'art. 3 de la *Loi sur la saisie-arrêt* du Manitoba, L.R.M. 1970, ch. G20, C.P.L.M., ch. G20, qui autorise la saisie-arrêt de sommes entre les mains du gouvernement du Manitoba, n'est pas une disposition législative provinciale applicable aux Indiens au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. L'article 88 de la *Loi sur les Indiens* se lit ainsi:

88. Subject to the terms of any treaty and any other Act of the Parliament of Canada, all laws of general application from time to time in force in any province are applicable to and in respect of Indians in the province, except to the extent that such laws are inconsistent with this Act or any order, rule, regulation or by-law made thereunder, and except to the extent that such laws make provision for any matter for which provision is made by or under this Act.

In further support of their application to set aside the garnishing order, the respondents contend that the money disposed of in the Order-in-Council is a debt owing to the respondents and, as such, constitutes, within the meaning of s. 90(1)(b) of the *Indian Act*, "personal property that was . . . given to Indians or to a band under a treaty or agreement between a band and Her Majesty". As a result, it is said, that debt is deemed by s. 90(1)(b) to be situated on a reserve and, therefore, by s. 89(1), cannot be the subject of attachment at the instance of a non-Indian. The respondents succeeded in their application before Morse J. ([1983] 5 W.W.R. 117 (Man. Q.B.)) The appellants now appeal from a decision of the Manitoba Court of Appeal ([1986] 2 W.W.R. 477), which upheld the judgment of Morse J.

II—Judgments

Manitoba Queen's Bench—Morse J.

The trial judge, Morse J., first determined that s. 3 of the *Garnishment Act* applies to the money owing to the bands as "moneys due . . . to persons . . . paid by the government." He then went on to find that, were it not for the deeming provision, s. 90(1)(b), the debt owing to the respondents would be susceptible to garnishment, as the *situs* of the debt was off the reserve due to the fact that the place of the debtor was off the reserve. Relying on s. 90(1)(b), Morse J. held that the debt could be deemed situated on the reserve and, therefore, was not subject to attachment.

Morse J. interpreted s. 90(1)(b) by breaking down the phrase "personal property . . . given to

88. Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi du Parlement du Canada, toutes lois d'application générale et en vigueur, à l'occasion, dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où lesdites lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou statut administratif établi sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou y ressortissant.

En outre, à l'appui de leur demande d'annulation de l'ordonnance de saisie-arrêt, les intimés prétendent que la somme visée par le décret est une dette dont ils peuvent exiger le règlement et, à ce titre, constitue au sens de l'al. 90(1)b) de la *Loi sur les Indiens* des «biens personnels qui ont été [. . .] donnés aux Indiens ou à une bande en vertu d'un traité ou accord entre une bande et Sa Majesté». Par conséquent, on affirme que la dette est réputée située sur une réserve en vertu de l'al. 90(1)b), et ne peut donc, en vertu du par. 89(1), faire l'objet d'une saisie à la demande d'un non-Indien. Les intimés ont eu gain de cause devant le juge Morse ([1983] 5 W.W.R. 117 (B.R. Man.)) Les appelants se pourvoient maintenant contre l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba ([1986] 2 W.W.R. 477) qui a confirmé la décision du juge Morse.

II—Les jugements

La Cour du Banc de la Reine du Manitoba—le juge Morse

Le juge Morse de première instance a d'abord conclu que l'art. 3 de la *Loi sur la saisie-arrêt* s'applique aux sommes dues aux bandes comme «sommes dues [. . .] aux personnes [. . .] payées par le gouvernement». Il a poursuivi en concluant qu'en l'absence de la présomption créée par l'al. 90(1)b), la somme due aux intimés serait susceptible d'être saisie-arrêtée parce que le *situs* de la dette était à l'extérieur de la réserve puisque le domicile du débiteur était situé à l'extérieur de la réserve. S'appuyant sur l'al. 90(1)b), le juge Morse a conclu que la dette pouvait être réputée située sur la réserve et, par conséquent, ne pouvait faire l'objet d'une saisie.

Le juge Morse a interprété l'al. 90(1)b) en décomposant la phrase «biens personnels [. . .]

Indians or to a band under a treaty or agreement between a band and Her Majesty” into its constituent parts. Morse J. first rejected the argument that “personal property” in s. 90 had to be given a uniform meaning for both of its subsections. Therefore, for purposes of s. 90(1)(b), the words could encompass intangible property such as a money debt even if the words had to be given a more restricted meaning for purposes of s. 90(1)(a). Second, he found that the word “agreement” does not have to be read *ejusdem generis* with the word “treaty”, also found in s. 90(1)(b); nor did he accept that between the respondents and the Government of Manitoba there was merely an appropriation of money, rather than an agreement. Third, he held that the words “Her Majesty” should be interpreted to refer not only to Her Majesty in right of Canada, but also to Her Majesty in right of the province of Manitoba. Finally, Morse J. found that the use of the past tense in the phrase “was given” did not require that the money had to have been given to the respondents; rather, since the personal property in question was the right to be paid money, not money itself, the respondents had been given that right prior to the garnishment.

Having found that the debt owing to the respondents was not susceptible to garnishment, Morse J. extended the garnishing order for 30 days to allow the appellants to find funds not protected by the *Indian Act* which could be garnished, after which period the order was to be set aside.

Manitoba Court of Appeal—Matas, O’Sullivan and Philp J.J.A.

Writing for the court, O’Sullivan J.A. upheld the trial judge. The Court of Appeal appeared to see the only real issue as being whether the provincial Crown was “Her Majesty” within the terms of s. 90(1)(b). The court held that since there is only one Sovereign in the sense of only one Queen, the Sovereign or Crown in Canada is indivisible and, therefore, the reference to “Her Majesty” had to

donnés aux Indiens ou à une bande en vertu d’un traité ou accord entre une bande et Sa Majesté» en ses éléments constitutifs. Le juge Morse a d’abord rejeté l’argument que l’expression «biens personnels» à l’art. 90 devait recevoir un sens uniforme dans les deux alinéas. Par conséquent, aux fins de l’al. 90(1)(b), les termes pouvaient comprendre des biens immatériels comme une dette même s’il fallait accorder un sens plus restreint à ces termes aux fins de l’al. 90(1)(a). Deuxièmement, il a conclu qu’il ne fallait pas appliquer la règle *ejusdem generis* au terme «accord» lorsqu’il est rapproché du terme «traité», qui se trouve également à l’al. 90(1)(b); il a également écarté l’idée que les intimés et le gouvernement du Manitoba étaient liés par une simple affectation de crédit plutôt que par un accord. Troisièmement, il a conclu que l’expression «Sa Majesté» devait être interprétée comme si elle se rapportait non seulement à Sa Majesté du chef du Canada mais également à Sa Majesté du chef de la province du Manitoba. Enfin, le juge Morse a conclu que l’emploi du temps passé dans l’expression «ont été donnés» ne signifiait pas que la somme devait avoir été donnée aux intimés; au contraire, puisque les biens personnels en question représentaient le droit de recevoir une somme et non la somme elle-même, les intimés avaient obtenu ce droit avant la saisie-arrêt.

Ayant conclu que la dette exigible des intimés n’était pas susceptible de saisie-arrêt, le juge Morse a prolongé la validité de l’ordonnance de saisie-arrêt de 30 jours pour permettre aux appellants de trouver des sommes non protégées par la *Loi sur les Indiens* qui pouvaient être saisies-arrêtées, délai à l’expiration duquel l’ordonnance devait être annulée.

La Cour d’appel du Manitoba—les juges Matas, O’Sullivan et Philp

Le juge O’Sullivan a confirmé, au nom de la cour, la décision du juge de première instance. La Cour d’appel a semblé considérer que la seule véritable question était de savoir si la Couronne provinciale était visée par l’expression «Sa Majesté» au sens de l’al. 90(1)(b). La cour a conclu que puisqu’il n’existe qu’une Souveraine au sens d’une seule Reine, la Souveraine ou la Couronne

include both the Crown in right of Canada and the Crown in right of Manitoba.

III—The Applicable Interpretative Principles

I should say at the outset that I find the reasons and reasoning of Morse J. persuasive. In particular, he was correct in resorting to the principle enunciated by this Court in *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 36, when he found it necessary to resolve interpretative difficulties. In *Nowegijick*, the Court had the following to say:

It is legal lore that, to be valid, exemptions to tax laws should be clearly expressed. It seems to me, however, that treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and doubtful expressions resolved in favour of the Indians. If the statute contains language which can reasonably be construed to confer tax exemption that construction, in my view, is to be favoured over a more technical construction which might be available to deny exemption. In *Jones v. Meehan*, 175 U.S. 1 (1899), it was held that Indian treaties “must . . . be construed, not according to the technical meaning of [their] words . . . but in the sense in which they would naturally be understood by the Indians”.

Two elements of liberal interpretation can be found in this passage: (1) ambiguities in the interpretation of treaties and statutes relating to Indians are to be resolved in favour of the Indians, and (2) aboriginal understandings of words and corresponding legal concepts in Indian treaties are to be preferred over more legalistic and technical constructions. In some cases, the two elements are indistinguishable, but in other cases the interpreter will only be able to perceive that there is an ambiguity by first invoking the second element.

The appellants maintain that the *Nowegijick* principle should not govern the present appeal. Rather, it is asserted that the normal principle that derogations from the civil rights of a creditor should be strictly construed, is applicable. The appellants attempt to distinguish *Nowegijick* in part by saying that the case was concerned with

au Canada est indivisible et, par conséquent, la mention de «Sa Majesté» devait comprendre la Couronne du chef du Canada et la Couronne du chef du Manitoba.

^a III—Les règles d'interprétation applicables

Je dois reconnaître au départ que les motifs et le raisonnement du juge Morse m'apparaissent convainquants. En particulier, c'est à bon droit qu'il a fait appel à la règle formulée par notre Cour dans l'arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la p. 36, lorsqu'il a jugé nécessaire de résoudre les problèmes d'interprétation. Dans l'arrêt *Nowegijick*, voici ce que la Cour a dit:

Selon un principe bien établi, pour être valide, toute exemption d'impôts doit être clairement exprimée. Il me semble toutefois que les traités et les lois visant les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale et que toute ambiguïté doit profiter aux Indiens. Si la loi contient des dispositions qui, suivant une interprétation raisonnable, peuvent conférer une exemption d'impôts, il faut, selon moi, préférer cette interprétation à une interprétation plus stricte qui pourrait être utilisée pour refuser l'exemption. Dans l'affaire *Jones v. Meehan*, 175 U.S. 1 (1899), on a conclu que les traités avec les Indiens [TRADUCTION] «doivent [...] être interprétés non pas selon le sens strict de [leur] langage [...] mais selon ce qui serait, pour les Indiens, le sens naturel de ce langage».

Il est possible de dégager deux éléments d'interprétation libérale dans ce passage: (1) les ambiguïtés dans l'interprétation des traités et des lois visant les Indiens doivent profiter aux Indiens, et (2) la compréhension qu'ont les autochtones des termes et des concepts juridiques correspondants contenus dans les traités avec les Indiens doit être préférée aux interprétations plus strictes et formalistes. Dans certains cas, les deux éléments ne peuvent être distingués, mais dans d'autres cas l'interprète ne pourra percevoir une ambiguïté qu'en invoquant d'abord le deuxième élément.

ⁱ Les appelants soutiennent que la règle de l'arrêt *Nowegijick* ne devrait pas régir le présent pourvoi. On affirme au contraire que la règle normale selon laquelle les dérogations aux droits civils d'un créancier devraient être interprétées restrictivement est applicable. Les appelants tentent de distinguer l'arrêt *Nowegijick* en affirmant notam-

trying to resolve a conflict between the State and an Indian, in which case it was appropriate to resolve any ambiguity against the author of the doubt. The appellants are in effect arguing that *Nowegijick* is not applicable when it is a private citizen or other civil party, and not the State (the author of the doubt or ambiguity) who will lose out if the Act is interpreted in favour of aboriginal litigants.

I cannot accept that the comments in *Nowegijick* were implicitly limited in this way. The *Nowegijick* principles must be understood in the context of this Court's sensitivity to the historical and continuing status of aboriginal peoples in Canadian society. The above-quoted statement is clearly concerned with interpreting a statute or treaty with respect to the persons who are its subjects—Indians—not with interpreting a statute in favour of Indians simply because it is the State that is the other interested party. It is Canadian society at large which bears the historical burden of the current situation of native peoples and, as a result, the liberal interpretative approach applies to any statute relating to Indians, even if the relationship thereby affected is a private one. Underlying *Nowegijick* is an appreciation of societal responsibility and a concern with remedying disadvantage, if only in the somewhat marginal context of treaty and statutory interpretation.

In oral argument, the appellants also sought to distinguish *Nowegijick* on the basis that the case dealt only with laws touching upon the particular status or qualities of Indians, thus providing a policy basis for the interpretative principle. *Nowegijick* dealt with tax exemptions under s. 87 of the Act, while this case deals with exemptions from garnishment ("attachment") under s. 89. Both provisions reflect the policy of the Act that Indians should be protected from the operation of laws which otherwise might allow Indians to be dispossessed of their property. In *Nowegijick*, the Court was concerned with whether a provincial law was applicable to Indians as a law of general application (*Indian Act*, s. 88). The only limitation to the principle articulated in *Nowegijick* was that

ment que cet arrêt portait sur la résolution d'un conflit entre l'État et un Indien, auquel cas il était approprié de résoudre l'ambiguïté contre l'auteur du doute. En réalité, les appelants soutiennent que l'arrêt *Nowegijick* ne s'applique pas lorsque c'est un citoyen ou une autre partie civile et non l'État (l'auteur du doute ou de l'ambiguïté) qui échouera si la Loi est interprétée en faveur des parties autochtones.

Je ne puis accepter que les observations faites dans l'arrêt *Nowegijick* étaient implicitement restreintes de cette façon. Les règles formulées dans cet arrêt doivent être saisies dans le contexte du fait que notre Cour est consciente du statut historique et permanent des peuples autochtones dans la société canadienne. L'extrait reproduit plus haut porte clairement sur l'interprétation d'une loi ou d'un traité relativement aux personnes qui y sont assujetties, les Indiens, et non sur l'interprétation d'une loi au profit des Indiens pour la seule raison que l'autre partie intéressée est l'État. C'est la société canadienne dans son ensemble qui porte le fardeau historique de la situation actuelle des peuples autochtones et, par conséquent, l'interprétation libérale s'applique à toute loi visant les Indiens, même si les rapports touchés par ce moyen sont de nature privée. L'arrêt *Nowegijick* se fonde sur la reconnaissance de la responsabilité de la société et le souci de remédier aux désavantages, ne serait-ce que dans le contexte quelque peu marginal de l'interprétation des traités et des lois.

Dans leur plaidoirie, les appelants ont également tenté de distinguer l'arrêt *Nowegijick* en affirmant qu'il ne portait que sur les lois qui visent le statut ou les qualités particuliers des Indiens, ce qui apporte une justification de principe à la règle d'interprétation. L'arrêt *Nowegijick* portait sur les exemptions d'impôt en vertu de l'art. 87 de la Loi, alors que la présente espèce porte sur les exemptions de saisies-arrêts («saisie») en vertu de l'art. 89. Les deux dispositions traduisent le principe de la Loi selon lequel les Indiens devraient être exemptés de l'application de lois qui autrement pourraient permettre aux Indiens d'être dépouillés de leurs biens. Dans l'arrêt *Nowegijick*, la Cour s'intéressait à la question de savoir si une loi provinciale s'appliquait aux Indiens en tant que loi

the treaties or statutes must “relat[e] to Indians” for the liberal interpretative principle to apply. The *Indian Act* is the quintessential Act relating to Indians and the interpretation of any provision in it is, therefore, subject to the *Nowegijick* principle.

I would finally note that the appellants’ argument to the effect that as against a private party the Court should not create privileges where Parliament has not explicitly done so, even if accepted, would not avail them in this case. Section 89(1) provides that a non-Indian cannot attach personal property of an Indian in certain circumstances. It clearly contemplates that Indians will be favoured *vis-à-vis* non-Indians. Therefore, it would be inconsistent with *Nowegijick* to interpret s. 90, which extends s. 89’s protection, in a restrictive manner.

IV—First Preliminary Issue: Applicability of the Garnishment Act

As a preliminary matter, it is necessary to determine whether s. 3 of the *Garnishment Act* is available to the appellants. The section reads:

3 The Government of Manitoba may be garnished under any Act of the Legislature, the same as ordinary persons, with regard to moneys due or accruing due to persons employed or paid by the government.

Morse J. adopted a broad interpretation which would best suit the purpose of the *Garnishment Act* and this particular provision—to allow and facilitate the garnishing of government. The respondents have not argued against Morse J.’s interpretation and I shall thus assume, without deciding, its validity for the purposes of this appeal.

V—Second Preliminary Issue: The Situs of a Debt

It appears to have been conceded by all parties that, without s. 90, the respondents would fail, because the *situs* of a debt is the location of the

d’application générale (*Loi sur les Indiens*, art. 88). La seule restriction apportée au principe énoncé dans l’arrêt *Nowegijick* était que les traités ou lois devaient «vis[er] les Indiens» pour que la règle d’interprétation libérale s’applique. La *Loi sur les Indiens* est la loi par excellence qui vise les Indiens et l’interprétation de toutes ses dispositions est donc assujettie à la règle de l’arrêt *Nowegijick*.

Finalement, je tiens à souligner que même si l’on acceptait l’argument des appelants selon lequel la Cour ne devrait pas établir de privilège contre une partie privée lorsque le Parlement ne l’a pas fait expressément, cet argument ne leur serait d’aucune utilité en l’espèce. Le paragraphe 89(1) prévoit que, dans certaines circonstances, un non-Indien ne peut saisir des biens personnels d’un Indien. Il prévoit clairement que les Indiens seront favorisés face aux non-Indiens. Par conséquent, il serait incompatible avec l’arrêt *Nowegijick* d’interpréter d’une manière restrictive l’art. 90 qui étend la protection de l’art. 89.

IV—La première question préliminaire: l’applicabilité de la Loi sur la saisie-arrêt

À titre de question préliminaire, il est nécessaire de déterminer si les appelants peuvent invoquer l’art. 3 de la *Loi sur la saisie-arrêt*. L’article se lit ainsi:

3 Il peut être procédé à des saisies-arrêts entre les mains du gouvernement du Manitoba sous le régime des lois de la Législature tout comme il peut l’être dans le cas de particuliers, en ce qui concerne les sommes dues ou à échoir aux personnes employées ou payées par le gouvernement.

Le juge Morse a retenu une interprétation large qui répondrait le mieux à l’objet de la *Loi sur la saisie-arrêt* et de cette disposition particulière, soit permettre et faciliter la saisie-arrêt entre les mains du gouvernement. Les intimés n’ont pas contesté cette interprétation du juge Morse et je vais donc présumer, sans le décider, que cette interprétation est valide aux fins du présent pourvoi.

V—La deuxième question préliminaire: Le situs d’une dette

Toutes les parties semblent admettre qu’en l’absence de l’art. 90 les intimés n’auraient pas gain de cause puisque le *situs* d’une dette se trouve au

debtor, which, in this case, is off the reserve: see the authorities cited by Morse J., *supra*, at p. 122. As no argument has been addressed on the point this rule will be assumed to be valid for purposes of this appeal.

VI—The Main Issue—The Meaning of “Her Majesty”

The main issue, as I have noted, is whether the criteria in s. 90(1)(b), have been met so as to deem the debt situated on the reserves of the respondents and therefore immune from attachment under s. 89(1). I shall proceed in the same fashion as Morse J. and break down the subsection into its component parts. By far the most contentious element, and that which occupied almost the entirety of each factum, is the question of whether “Her Majesty” in s. 90(1)(b) is limited to the federal Crown or also comprises the provincial Crowns, with Manitoba being thereby included.

Morse J., at p. 127, prefaced his observations on the point with these words:

Apart from the fact that the Indian Act is a federal statute, I can see no compelling reason why these words should be taken to refer only to Her Majesty in right of Canada. In my view, there is no constitutional or other impediment which would prevent the federal Parliament from providing that personal property given to an Indian or to a band under an agreement between a band and a provincial government should be deemed to be situated on a reserve.

The Court of Appeal relied on the idea that the Crown was indivisible to hold that “Her Majesty” had to apply to both levels of government. With respect, I cannot adopt that approach. The Court of Appeal’s interpretation seems grounded in the belief that there cannot be “two Queens”. As Professor Hogg succinctly notes in *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed., at p. 216, divisibility of the Crown in Canada does not mean that there are eleven Queens or eleven Sovereigns but, rather, it expresses the notion (at p. 217) of “. . . a single Queen recognized by many separate jurisdictions.” Divisibility of the Crown recognizes the fact of a division of legislative power and a parallel division of executive power. If a principle so basic needed

domicile du débiteur qui, en l’espèce, est à l’extérieur de la réserve: voir les auteurs et la jurisprudence cités par le juge Morse, précité, à la p. 122. Les parties n’ayant présenté aucun argument à cet égard, cette règle est présumée valide pour les fins du présent pourvoi.

VI—La question principale—le sens de l’expression «Sa Majesté»

Comme je l’ai souligné, la question principale est de savoir si les critères énumérés à l’al. 90(1)(b) ont été respectés de sorte que la dette soit réputée située sur les réserves des intimés et donc insaisissable en vertu du par. 89(1). Je vais procéder de la même façon que le juge Morse et décomposer l’alinéa en ses éléments constitutifs. L’élément qui de loin est le plus litigieux et auquel est consacrée la quasi-totalité de chacun des mémoires concerne la question de savoir si l’expression «Sa Majesté» employée à l’al. 90(1)(b) est restreinte à la Couronne fédérale ou si elle comprend également les Couronnes provinciales, dont celle du Manitoba.

À cet égard, le juge Morse a commencé par dire ce qui suit, à la p. 127:

[TRADUCTION] À part le fait que la Loi sur les Indiens est une loi fédérale, je ne vois aucune raison sérieuse pour laquelle ces mots devraient se rapporter seulement à Sa Majesté du chef du Canada. À mon avis, aucun obstacle de nature constitutionnelle ou autre n’empêche le Parlement fédéral de prévoir que les biens personnels donnés à un Indien ou à une bande en vertu d’un accord entre la bande et un gouvernement provincial devraient être réputés situés sur une réserve.

La Cour d’appel s’est appuyée sur l’idée que la Couronne est indivisible pour conclure que l’expression «Sa Majesté» doit s’appliquer aux deux paliers de gouvernement. En toute déférence, je ne puis souscrire à ce point de vue. L’interprétation de la Cour d’appel semble reposer sur la notion qu’il ne peut y avoir [TRADUCTION] «deux Reines». Comme le professeur Hogg le note brièvement dans son ouvrage *Constitutional Law of Canada*, 2^e éd., à la p. 216, la divisibilité de la Couronne au Canada ne signifie pas qu’il y a onze Reines ou onze Souveraines mais, exprime plutôt la notion (à la p. 217) [TRADUCTION] «. . . d’une seule Reine reconnue par plusieurs ressorts distincts.» La divisibilité de la Couronne reconnaît

the confirmation of high judicial authority, it can be found as far back as the Privy Council decision in *Maritime Bank of Canada (Liquidators of) v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437, in which Lord Watson said, at pp. 441-42:

The object of the [British North America] Act [1867] was neither to weld the provinces into one, nor to subordinate provincial governments to a central authority, but to create a federal government in which they should all be represented, entrusted with the exclusive administration of affairs in which they had a common interest, each province retaining its independence and autonomy. That object was accomplished by distributing, between the Dominion and the provinces, all powers executive and legislative, and all public property and revenues which had previously belonged to the provinces; . . .

See also the extensive discussions of the divisibility of the Crown, both within the Commonwealth and within Canada, by Lord Denning, M.R., May L.J. and Kerr L.J. in the recent *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, Ex parte Indian Association of Alberta*, [1982] 1 Q.B. 892; and Hogg, *op. cit.*, at pp. 215-17.

The divisibility of the Crown in the sense just noted does not determine the interpretation to be given to the words "Her Majesty". Even if the Court of Appeal had been correct as a matter of constitutional law regarding indivisibility of the Crown, this would not necessarily have determined the correct statutory interpretation of "Her Majesty" in s. 90(1)(b): see, for example, *Nickel Rim Mines Ltd. v. Attorney General for Ontario*, [1967] S.C.R. 672, in which Spence J. (in Chambers) interpreted "Her Majesty" in s. 105 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1952, c. 259, as including both the federal and provincial Crowns despite his constitutional premise that "[t]here is only one Crown although there are two separate

l'existence d'un partage du pouvoir législatif et d'un partage parallèle du pouvoir exécutif. S'il faut faire appel à une autorité judiciaire supérieure pour confirmer la validité d'un principe aussi fondamental, il est possible de remonter jusqu'à l'arrêt du Conseil privé *Maritime Bank of Canada (Liquidators of) v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437, dans lequel lord Watson affirme, aux pp. 441 et 442:

[TRADUCTION] Le but de l'Acte [de l'Amérique du Nord britannique de 1867] n'était pas de fusionner les provinces en une seule ni de subordonner les gouvernements provinciaux à une autorité centrale, mais de créer un gouvernement fédéral dans lequel elles seraient toutes représentées et auquel serait confiée de façon exclusive l'administration des affaires dans lesquelles elles avaient un intérêt commun, chaque province conservant son indépendance et son autonomie. Ce but fut atteint par la répartition, entre le Dominion et les provinces, de tous les pouvoirs exécutifs et législatifs, ainsi que de tous les biens et revenus publics qui avaient jusque-là appartenu aux provinces; . . .

Voir également les exposés détaillés sur la divisibilité de la Couronne, tant dans les pays du Commonwealth qu'au Canada, par le maître des rôles lord Denning, le lord juge May et le lord juge Kerr dans l'arrêt récent *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, Ex parte Indian Association of Alberta*, [1982] 1 Q.B. 892; et Hogg, *op. cit.*, aux pp. 215 à 217.

La notion de divisibilité de la Couronne au sens que l'on vient de mentionner ne permet pas de déterminer quelle interprétation il faut donner à l'expression «Sa Majesté». Même si sur le plan constitutionnel la Cour d'appel avait eu raison en ce qui concerne l'indivisibilité de la Couronne, cela n'aurait pas forcément déterminé l'interprétation législative appropriée de l'expression «Sa Majesté» à l'al. 90(1)b): par exemple, voir l'arrêt *Nickel Rim Mines Ltd. v. Attorney General for Ontario*, [1967] R.C.S. 672, dans lequel le juge Spence (en chambre) a interprété l'expression «Sa Majesté» à l'art. 105 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1952, ch. 259, en affirmant qu'elle comprenait les Couronnes fédérale et provinciales malgré sa prémisses constitutionnelle que [TRADUCTION] «[i]l n'y a qu'une seule Couronne bien qu'il y ait deux portefeuilles législatifs distincts» (à la p. 674). Au

statutory purses” (at p. 674). Instead, Morse J.’s approach commends itself in all material respects (at pp. 127-28):

In the Interpretation Act of Canada (s. 28) it is provided that “‘Her Majesty’, ‘His Majesty’, ‘the Queen’, ‘the King’, or ‘the Crown’ means the Sovereign of the United Kingdom, Canada, and Her other Realms and Territories, and Head of the Commonwealth”. In *A.G. Que. v. Nipissing Central Ry. Co.*, [1926] A.C. 715 . . . , it was held by the Privy Council that s. 189 of the Railway Act, 1919 (Can.), c. 68, which empowered any railway company, with the consent of the Governor General, to take Crown lands for the use of the railway, applied to provincial Crown lands as well as to Dominion Crown lands. It was also held that the enactment was constitutionally valid by reason of the exclusive power to legislate in respect of inter-provincial railways reserved to the Dominion Parliament by ss. 91(29) and 92(10) of the B.N.A. Act, 1867 (now the Constitution Act, 1867).

Giving a liberal construction to the words “Her Majesty” and resolving any doubt in favour of the defendants, I think that the words include Her Majesty in right of the province of Manitoba.

In my view, the trial judge adopted the correct approach. “Her Majesty” can refer to the province; the question is whether it does so refer.

First, Morse J. was correct in finding that the words “Her Majesty” in a federal statute are not necessarily limited to the Crown in right of Canada. “Her Majesty” is not defined anywhere in the *Indian Act* itself, but, rather, is defined in s. 28 of the federal *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23:

28. In every enactment

“Her Majesty”, “His Majesty”, “the Queen”, “the King” or “the Crown” means the Sovereign of the United Kingdom, Canada and Her other Realms and Territories, and Head of the Commonwealth;

“Her Majesty’s Realms and Territories” means all realms and territories under the sovereignty of Her Majesty;

contraire, l’interprétation du juge Morse s’impose d’elle-même sous tous les rapports pertinents (aux pp. 127 et 128):

[TRADUCTION] Dans la Loi d’interprétation du Canada (art. 28), il est dit que «Sa Majesté», «la Reine», «le Roi» ou «la Couronne» désigne le souverain du Royaume-Uni, du Canada et de Ses autres royaumes et territoires, et chef du Commonwealth». Dans l’arrêt *A.G. Que. v. Nipissing Central Ry. Co.*, [1926] A.C. 715 [. . .], le Conseil privé a conclu que l’art. 189 de la Loi des chemins de fer, 1919 (Can.), ch. 68, qui habilitait une compagnie de chemin de fer, avec le consentement du gouverneur général, à prendre pour l’usage de son chemin de fer les terres de la Couronne, s’appliquait tant aux terres de la Couronne provinciale qu’aux terres de la Couronne du Dominion. On a également conclu que la Loi était constitutionnelle en raison de la compétence législative exclusive dont jouissait le Parlement fédéral en matière de chemins de fer interprovinciaux en vertu des par. 91(29) et 92(10) de l’A.A.N.B., 1867 (maintenant la Loi constitutionnelle de 1867).

Donnant une interprétation libérale à l’expression «Sa Majesté» et reconnaissant que toute ambiguïté doit profiter aux défendeurs, j’estime que l’expression comprend Sa Majesté du chef de la province du Manitoba.

À mon avis, le juge de première instance a adopté le bon point de vue. L’expression «Sa Majesté» peut se rapporter à la province; la question est de savoir si elle le fait.

Premièrement, le juge Morse a eu raison de conclure que l’expression «Sa Majesté» dans une loi fédérale ne se restreint pas nécessairement à la Couronne du chef du Canada. L’expression «Sa Majesté» n’est définie nulle part dans la *Loi sur les Indiens*, mais se trouve plutôt définie à l’art. 28 de la *Loi d’interprétation* fédérale, S.R.C. 1970, ch. I-23:

28. Dans chaque texte législatif

«royaumes et territoires de Sa Majesté» désigne tous les royaumes et territoires sous la souveraineté de Sa Majesté;

«Sa Majesté», «la Reine», «le Roi» ou «la Couronne» désigne le souverain du Royaume-Uni, du Canada et de Ses autres royaumes et territoires, et chef du Commonwealth;

This open-ended definition is inconclusive as to whether these words include both Crowns in a given statutory context. In *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225, this Court recently had the following to say with respect to s. 16 of the *Interpretation Act*, dealing with Crown immunity (at p. 271-72):

As a result of the 1967-68 amendment, s. 16 of the *Interpretation Act* took on its present form:

16. No enactment is binding on Her Majesty or affects Her Majesty or Her Majesty's rights or prerogatives in any manner, except only as therein mentioned or referred to.

The issue, therefore, is whether the reference to "Her Majesty" in a statute enacted by Parliament to aid in the interpretation of other federal statutes is to be taken as referring only to the Crown in right of Canada or, as referring as well to the Crown in right of a province. The definition of "Her Majesty" contained in s. 28 of the *Interpretation Act*, and made applicable to the interpretation of s. 16 by virtue of s. 3(2) of the same Act, adds little insight into whether it should encompass the Crown in right of a province

In *PWA*, Laskin C.J. made the following observation regarding the definition of "Her Majesty" in s. 28, at pp. 70-71:

Although the definition above-quoted refers to "Canada", the reference is in the context of a recital, substantially, of the Royal Style and Titles, as prescribed by the *Royal Styles and Titles Act*, R.S.C. 1970, c. R-12. I do not think that the definition itself establishes a limitation of the reference to "Her Majesty" as being a reference only to the Crown in right of Canada. If it is so, it would be by reason of the constitutional organization of our federal system.

Laskin C.J. concluded as follows, at pp. 75-76:

In the present case, I find it unnecessary to come to any conclusion on whether the definition of "Her Majesty" in s. 28 of the federal *Interpretation Act* should be limited, for constitutional reasons, to the Crown in right of Canada. I am content to proceed on the traditional view that it covers the Crown in whatever aspect its subjection to federal legislation arises. [Emphasis by Dickson C.J. in *Alberta Government Telephones.*]

Cette définition non limitative ne permet pas de savoir si cette expression comprend les deux Couronnes dans un contexte législatif donné. Dans l'arrêt *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225, voici ce que notre Cour a dit récemment au sujet de l'art. 16 de la *Loi d'interprétation*, quant à l'immunité de la Couronne (aux pp. 271 et 272):

L'article 16 actuel de la *Loi d'interprétation* provient de la modification approuvée en 1967-68:

16. Nul texte législatif de quelque façon que ce soit ne lie Sa Majesté ni n'a d'effet à l'égard de Sa Majesté ou sur les droits et prérogatives de Sa Majesté, sauf dans la mesure y mentionnée ou prévue.

Il s'agit donc de savoir si la mention de «Sa Majesté» dans une loi fédérale visant à faciliter l'interprétation d'autres lois fédérales doit s'entendre de la Couronne du chef du Canada seulement ou de la Couronne du chef d'une province également. La définition de «Sa Majesté» que l'on trouve à l'art. 28 de la *Loi d'interprétation* et qui est rendue applicable à l'interprétation de l'art. 16 en vertu du par. 3(2) de la même loi ne nous éclaire pas beaucoup quant à savoir si elle vise la Couronne du chef d'une province

Dans l'affaire *PWA*, le juge en chef Laskin fait la remarque suivante au sujet de la définition de «Sa Majesté» contenue à l'art. 28, aux pp. 70 et 71:

Bien que la définition précitée se réfère au «Canada», il faut la replacer dans le contexte des termes employés dans la *Loi sur la désignation et les titres royaux*, S.R.C. 1970, c. R-12. Je ne crois pas que la définition elle-même limite l'expression «Sa Majesté» à la seule Couronne du chef du Canada. Si c'était le cas, ce serait en raison de l'organisation constitutionnelle de notre système fédéral.

Le juge en chef Laskin conclut ceci, aux pp. 75 et 76:

J'estime inutile en l'espèce de décider si la définition des termes «Sa Majesté» à l'art. 28 de la *Loi d'interprétation* fédérale ne devrait désigner, pour des motifs d'ordre constitutionnel, que la Couronne du chef du Canada. Je me contenterai de suivre l'opinion traditionnelle selon laquelle la définition s'applique à la Couronne dans tous les domaines où elle peut être assujettie à une loi fédérale. [Souligné par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Alberta Government Telephones.*]

In *Alberta Government Telephones v. Canada* (*Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*), the Court found, following a solid line of authority, that “Her Majesty” in s. 16 of the federal *Interpretation Act* includes the provincial Crowns.

Accepting that the words are capable of including the provincial Crown, where does statutory interpretation of the *Indian Act* lead us? A case could certainly be made that “Her Majesty” refers only to the federal Crown by reading s. 90 in the context of other provisions in the statute. There are numerous references to “Her Majesty” throughout the *Indian Act*: see ss. 4(3), 15, 16(2), (3), 18, 31(3), 34(2), 35(1), 36, 37, 39, 41, 48(8), 53(3), 59(a), 67, 72, 90(1), 103(3), 104(1), and 114(1). Section 35(1) specifically refers to “Her Majesty in right of a province”, while s. 114(1) contrasts “Her Majesty” to “the government of a province” and s. 4(3) speaks of “lands belonging to Her Majesty in right of Canada or a province.” Taken together with the other provisions in which it is clear that “Her Majesty” must refer only to the federal Crown lest the constitutional responsibility of Parliament for Indians and Indian lands be thrown into question (see for instance, ss. 18 and 37-41), it could be argued that “Her Majesty” is used throughout the *Indian Act*, including in s. 90(1)(b), to refer solely to the federal Crown. Such an interpretation would accord with the fact that the Act is the central statutory instrument emanating from the power conferred by s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. Section 90(1)(b) itself refers to personal property “given . . . under a treaty or agreement between a band and Her Majesty”, which is consistent with the fact that the cession of Indian rights has historically been accomplished by way of treaty or agreement with the federal Crown. Another indication that the meaning of “Her Majesty” in s. 90(1)(b) is limited to the federal Crown can be found in s. 90(1)(a), immediately preceding the subsection at issue, which speaks of “Her Majesty” and “moneys appropriated by Parliament” in the same clause.

Dans l'arrêt *Alberta Government Telephones c. Canada* (*Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*), la Cour a conclu, suivant en cela une doctrine et une jurisprudence bien établies, que l'expression «Sa Majesté» contenue à l'art. 16 de la *Loi d'interprétation* fédérale comprend les Couronnes provinciales.

Si l'on accepte que l'expression est clairement susceptible de comprendre la Couronne provinciale, dans quelle direction cette interprétation de la *Loi sur les Indiens* nous conduit-elle? On pourrait certainement prétendre que l'expression «Sa Majesté» ne vise que la Couronne fédérale en interprétant l'art. 90 en fonction des autres dispositions de la Loi. Il y a de nombreuses mentions de «Sa Majesté» dans la *Loi sur les Indiens*: voir les art. 4(3), 15, 16(2), (3), 18, 31(3), 34(2), 35(1), 36, 37, 39, 41, 48(8), 53(3), 59a), 67, 72, 90(1), 103(3), 104(1) et 114(1). Le paragraphe 35(1) mentionne expressément «Sa Majesté du chef d'une province», alors que le par. 114(1) oppose «Sa Majesté» au «gouvernement d'une province» et le par. 4(3) parle de «terres qui appartiennent à Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province». À partir de ces dispositions et des autres dans lesquelles il est clair que l'expression «Sa Majesté» se rapporte seulement à la Couronne fédérale de peur que la responsabilité constitutionnelle du Parlement à l'égard des Indiens et des terres indiennes ne soit remise en question (voir, par exemple, les art. 18 et 37 à 41), on pourrait prétendre que l'emploi dans la *Loi sur les Indiens* de l'expression «Sa Majesté», y compris à l'al. 90(1)b), ne se rapporte qu'à la Couronne fédérale. Cette interprétation serait conforme au fait que la Loi représente le principal instrument législatif découlant de la compétence conférée au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'alinéa 90(1)b) lui-même parle des biens personnels «donnés [. . .] en vertu d'un traité ou accord entre une bande et Sa Majesté», ce qui est conforme au fait que la cession de droits indiens s'est historiquement effectuée par voie de traité ou d'accord avec la Couronne fédérale. Une autre indication que le sens de l'expression «Sa Majesté» à l'al. 90(1)b) est limité à la Couronne fédérale se trouve à l'al. 90(1)a) qui le précède immédiatement et qui parle de «Sa Majesté» et de «fonds votés par le Parlement» dans la même disposition.

However, the contextual argument is far from conclusive and ambiguity in interpretation therefore arises. Similar indicators in both *Attorney-General for Quebec v. Nipissing Central Railway Co.*, [1926] A.C. 715 (P.C.), and *Nickel Rim Mines Ltd.*, *supra*, were not enough to limit the reference to “Her Majesty” in a federal statute to the federal Crown.

In *Nipissing*, the issue was whether s. 189 of the *Railway Act, 1919*, S.C. 1919, c. 68, allowed a railway company to take provincial Crown lands. Section 189 read in part:

189. (1) No company shall take possession of, use or occupy any lands vested in the Crown, without the consent of the Governor in Council.

(2) Any railway company may, with such consent, upon such terms as the Governor in Council prescribes, take and appropriate, for the use of its railway and works, so much of the lands of the Crown lying on the route of the railway which have not been granted or sold, as is necessary for such railway . . .

(4) Whenever any such lands are vested in the Crown for any special purpose, or subject to any trust, the compensation money which the company pays therefor shall be held or applied by the Governor in Council for the like purpose or trust.

The role of the federal Governor in Council, which even included receiving compensation moneys paid in respect of Crown lands, as expressly set out in the same section, and indeed the same subsection, suggested that the reference to the Crown included only the federal Crown. However, the Privy Council did “not feel any doubt” (at p. 720) that the words, “lands of the Crown” included provincial Crown lands as well as federal Crown lands. The Privy Council was persuaded primarily, it appears, by the fact that s. 189 traced its origins to a pre-Confederation Act of the Province of Canada which could therefore not have intended any distinction between Dominion and provincial Crown lands. In essence then, because the Crown was not divided, at least along the same

Cet argument fondé sur le contexte est cependant loin d’être concluant et il se présente donc une ambiguïté dans l’interprétation. Des indications semblables contenues dans les arrêts *Attorney-General for Quebec v. Nipissing Central Railway Co.*, [1926] A.C. 715 (C.P.), et *Nickel Rim Mines Ltd.*, précité, ont été jugées insuffisantes pour restreindre la mention de l’expression «Sa Majesté» dans une loi fédérale à la Couronne fédérale.

Dans l’arrêt *Nipissing*, il s’agissait de déterminer si l’art. 189 de la *Loi des chemins de fer, 1919*, S.C. 1919, ch. 68, permettait à une compagnie de chemin de fer de prendre des terres de la Couronne provinciale. L’article 189 se lisait en partie comme suit:

189. (1) Nulle compagnie ne peut s’approprier, utiliser ou occuper des terres qui appartiennent à la Couronne, sans le consentement du Gouverneur en conseil.

(2) Avec ce consentement, une compagnie de chemin de fer peut, aux conditions prescrites par le Gouverneur en conseil, prendre et s’approprier, pour l’usage de son chemin de fer et de ses ouvrages, toute partie des terres de la Couronne, sur la ligne du chemin de fer, qui n’a pas encore été vendue ou concédée et qui est nécessaire à ce chemin de fer, . . .

(4) Chaque fois que ces terres sont attribuées à la Couronne pour un objet spécial ou subordonné à une fiducie, le Gouverneur en conseil doit appliquer au même objet, ou à l’exécution de cette fiducie, l’indemnité que la compagnie paie pour ces terres.

Le rôle du gouverneur en conseil fédéral, qui comportait même le fait de recevoir des indemnités versées à l’égard des terres de la Couronne, tel qu’il est établi expressément dans le même article, et d’ailleurs dans le même paragraphe, laissait entendre que la mention de la Couronne se rapportait seulement à la Couronne fédérale. Cependant, le Conseil privé [TRADUCTION] «n’a pas hésité à conclure» (à la p. 720) que les termes «terres de la Couronne» comprenaient tant les terres de la Couronne provinciale que celles de la Couronne fédérale. Il semble que le Conseil privé en ait été principalement convaincu par le fait que l’art. 189 tirait son origine d’une loi de la Province du Canada antérieure à la Confédération, dans laquelle on ne pouvait donc avoir voulu établir de

lines, prior to 1867, reference to the Crown in the post-Confederation statute replicating to some extent the pre-1867 language was to be taken—as a matter of statutory interpretation—to be a reference to an undivided Crown *vis-à-vis* the subject matter in question.

In *Nickel Rim Mines Ltd.*, *supra*, Spence J. found similar contextual references not to prejudice the interpretation of “Her Majesty” in s. 105 of the *Supreme Court Act*, *supra*, which read:

105. In any proceeding to which Her Majesty is a party, either as represented by the Attorney General of Canada or otherwise, costs adjudged to Her Majesty shall not be disallowed or reduced upon taxation merely because the solicitor or the counsel who earned such costs, or in respect of whose services the costs are charged, was a salaried officer of the Crown performing such services in the discharge of his duty and remunerated therefor by his salary, or for that or any other reason not entitled to recover any costs from the Crown in respect of the services so rendered, and the costs recovered by or on behalf of Her Majesty in any such case shall be paid into the Consolidated Revenue Fund.

Notwithstanding the reference to the “Consolidated Revenue Fund”, Spence J. (in Chambers) held that “Her Majesty” included Her Majesty in right of a province. In order to overcome the difficulties provided by these contextual references, he appeared to rely heavily on the principle of remedial interpretation set out in s. 15 of the federal *Interpretation Act*, R.S.C. 1952, c. 158.

Nowegijick directs the courts to resolve any “doubtful expression” in favour of the Indian where more than one reasonable interpretation is available. There is no doubt in my mind that it is fully in keeping with *Nipissing* and *Nickel Rim Mines Ltd.* to turn to the *Nowegijick* principle in this case, given the ambiguity that exists. In each of those cases, it was found necessary to resort to some further argument beyond the text itself in order to determine the issue. In light of *Nipissing*

distinction entre les terres du Dominion et celles de la Couronne provinciale. C’est donc dire que parce que la Couronne n’était pas divisée, du moins selon les mêmes critères, avant 1867, il fallait comprendre que la mention de la Couronne dans la loi postérieure à la Confédération qui reproduisait dans une certaine mesure le texte antérieur à 1867 se rapportait, en matière d’interprétation législative, à une Couronne non divisée à l’égard du sujet en question.

Dans l’arrêt *Nickel Rim Mines Ltd.*, précité, le juge Spence a conclu que des mentions contextuelles semblables ne portent pas atteinte à l’interprétation de l’expression «Sa Majesté» à l’art. 105 de la *Loi sur la Cour suprême*, précité, qui se lit ainsi:

105. Dans toute procédure à laquelle Sa Majesté est partie, qu’elle soit représentée par le procureur général du Canada ou d’une autre manière, les frais adjugés à Sa Majesté ne doivent pas être refusés ni réduits lors de la taxation, uniquement parce que l’avocat ou le conseil qui a gagné ces frais, ou pour les services duquel les frais sont imposés, était un officier rétribué de la Couronne, exécutant lesdits services dans l’accomplissement de son devoir et rémunéré en conséquence par son traitement, ou non admis, pour cette raison ou pour toute autre à recouvrer des frais de la Couronne en ce qui concerne les services ainsi rendus; et les frais recouverts par Sa Majesté ou en son nom en pareil cas doivent être versés au Fonds du revenu consolidé.

Sans égard à la mention du «Fonds du revenu consolidé», le juge Spence (en chambre) a conclu que l’expression «Sa Majesté» comprenait Sa Majesté du chef d’une province. Pour surmonter les difficultés que ces mentions contextuelles soulevaient, il paraît s’être fortement appuyé sur la règle de l’interprétation réparatrice établie à l’art. 15 de la *Loi d’interprétation* fédérale, S.R.C. 1952, ch. 158.

L’arrêt *Nowegijick* oblige les tribunaux à interpréter toute «ambiguïté» en faveur des Indiens lorsqu’il existe plus d’une interprétation raisonnable. Je n’ai aucun doute qu’il est tout à fait conforme aux arrêts *Nipissing* et *Nickel Rim Mines Ltd.* de recourir à la règle de l’arrêt *Nowegijick* en l’espèce, étant donné l’ambiguïté qui existe. Dans chacun de ces cas, on a jugé nécessaire de faire appel à d’autres arguments allant au-delà du texte lui-même pour résoudre le litige.

and *Nickel Rim Mines Ltd.*, I would turn to *Nowegijick* for the resolution of the ambiguity here and would accordingly choose an interpretation that favours the Indians. I would, therefore, find that “Her Majesty” includes the provincial Crown.

This interpretation is also supported by the second aspect of the *Nowegijick* principle, namely that aboriginal understanding of words and corresponding legal concepts in Indian treaties are to be preferred over more legalistic and technical constructions. This concern with aboriginal perspective, albeit in a different context, led a majority of this Court in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, to speak of the Indian interest in land as a *sui generis* interest, the nature of which cannot be totally captured by a lexicon derived from European legal systems.

While this appeal does not involve the interpretation of a treaty, I find it helpful to consider the aboriginal perspective in illustrating the ambiguity of “Her Majesty” in s. 90(1)(b). *Nowegijick* dictates taking a generous liberal approach to interpretation. In my opinion, reference to the notion of “aboriginal understanding”, which respects the unique culture and history of Canada’s aboriginal peoples, is an appropriate part of that approach. In the context of this appeal, the aboriginal understanding of “the Crown” or “Her Majesty” is rooted in pre-Confederation realities. The recent case of *Guerin* took as its fundamental premise the “unique character both of the Indians’ interest in land and of their historical relationship with the Crown.” (At p. 387, emphasis added.) That relationship began with pre-Confederation contact between the historic occupiers of North American lands (the aboriginal peoples) and the European colonizers (since 1763, “the Crown”), and it is this relationship between aboriginal peoples and the Crown that grounds the distinctive fiduciary obligation on the Crown. On its facts, *Guerin* only dealt with the obligation of the federal Crown arising upon surrender of land by Indians and it is true that, since 1867, the Crown’s role has been

Compte tenu des arrêts *Nipissing* et *Nickel Rim Mines Ltd.*, je suis d’avis de recourir à l’arrêt *Nowegijick* pour résoudre l’ambiguïté en l’espèce et, par conséquent, de choisir une interprétation qui profite aux Indiens. Je conclus donc que l’expression «Sa Majesté» comprend la Couronne provinciale.

Cette interprétation est également étayée par le deuxième aspect de la règle de l’arrêt *Nowegijick*, c’est-à-dire que la compréhension qu’ont les autochtones des termes et des concepts juridiques correspondants contenus dans les traités avec les Indiens doit être préférée aux interprétations plus strictes et formalistes. Ce souci du point de vue des autochtones, quoique dans un contexte différent, a conduit la majorité de notre Cour dans l’arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, à qualifier le droit qu’ont les Indiens sur leurs terres de droit *sui generis* dont la nature ne peut être parfaitement saisie dans un lexique dérivé des systèmes juridiques européens.

Bien que le présent pourvoi ne comporte pas l’interprétation d’un traité, je juge utile de considérer le point de vue des autochtones en illustrant l’ambiguïté de l’expression «Sa Majesté» à l’al. 90(1)(b). L’arrêt *Nowegijick* prescrit l’adoption d’une interprétation généreuse et libérale. À mon avis, la mention de la notion «compréhension qu’ont les autochtones», qui respecte la culture et l’histoire uniques des peuples autochtones du Canada, est un élément approprié de cette interprétation. Dans le contexte du présent pourvoi, la compréhension qu’ont les autochtones des expressions «la Couronne» ou «Sa Majesté» prend sa source dans les réalités antérieures à la Confédération. L’arrêt *Guerin* rendu récemment part de la prémisses fondamentale de la «nature unique à la fois du droit des Indiens sur leurs terres et de leurs rappports historiques avec Sa Majesté.» (À la page 387, je souligne.) Ces rapports remontent avant la Confédération, lorsque des contacts ont été établis avec les premiers occupants des terres de l’Amérique du Nord (les peuples autochtones) et les colonisateurs européens (depuis 1763, «la Couronne»), et ce sont ces rapports entre les peuples autochtones et la Couronne qui sont à l’origine de l’obligation fiduciaire distincte de la Couronne. D’après

played, as a matter of the federal division of powers, by Her Majesty in right of Canada, with the *Indian Act* representing a confirmation of the Crown's historic responsibility for the welfare and interests of these peoples. However, the Indians' relationship with the Crown or sovereign has never depended on the particular representatives of the Crown involved. From the aboriginal perspective, any federal-provincial divisions that the Crown has imposed on itself are internal to itself and do not alter the basic structure of Sovereign-Indian relations. This is not to suggest that aboriginal peoples are outside the sovereignty of the Crown, nor does it call into question the divisions of jurisdiction in relation to aboriginal peoples in federal Canada.

One can overemphasize the extent to which aboriginal peoples are affected only by the decisions and actions of the federal Crown. Part and parcel of the division of powers is the incidental effects doctrine according to which a law in relation to a matter within the competence of one level of government may validly affect a matter within the competence of the other; as recently stated in *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, *supra*, at p. 275, "Canadian federalism has evolved in a way which tolerates overlapping federal and provincial legislation in many respects, . . ." As long as Indians are not affected *qua* Indians, a provincial law may affect Indians, and significantly so in terms of everyday life. Section 88 of the *Indian Act* greatly increases the extent to which the provinces can affect Indians by acknowledging the validity of laws of general application, unless they are supplanted by treaties or federal law. This fluidity of responsibility across lines of jurisdiction accords well with the fact that the newly entrenched s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, applies to all levels of government in Canada.

ces faits, l'arrêt *Guerin* ne portait que sur l'obligation de la Couronne fédérale découlant d'une cession de terres par les Indiens et il est vrai que depuis 1867 le rôle de la Couronne a toujours été joué, en raison de l'attribution des compétences au fédéral, par Sa Majesté du chef du Canada et la *Loi sur les Indiens* vient confirmer la responsabilité historique de la Couronne à l'égard du bien-être et des intérêts de ces peuples. Cependant, les rapports des Indiens avec la Couronne ou le souverain n'ont jamais été fonction des représentants particuliers de la Couronne visée. Du point de vue des autochtones, toute division fédérale-provinciale que la Couronne s'est imposée à elle-même est interne et ne modifie aucunement la structure fondamentale des rapports entre le souverain et les Indiens. Cela ne veut pas dire que les peuples autochtones échappent à la souveraineté de la Couronne, ni que le partage des compétences en ce qui concerne les peuples autochtones dans le Canada fédéral est remis en question.

On peut surestimer la mesure dans laquelle les peuples autochtones ne sont touchés que par les décisions et les actes de la Couronne fédérale. Fait partie du partage des compétences la théorie des effets accessoires suivant laquelle une règle de droit relative à un chef de compétence d'un palier de gouvernement peut valablement toucher un chef de compétence de l'autre palier; comme on l'a affirmé récemment à la p. 275 de l'arrêt *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, précité, «Le fédéralisme canadien a évolué de façon à tolérer à plusieurs égards le chevauchement des lois fédérales et provinciales . . .» Tant que les Indiens ne sont pas touchés en tant qu'Indiens, une loi provinciale peut les viser, et même de façon significative dans la vie de tous les jours. L'article 88 de la *Loi sur les Indiens* augmente considérablement la mesure dans laquelle les provinces peuvent toucher les Indiens en reconnaissant la validité des lois d'application générale, à moins qu'elles ne soient supplantées par des traités ou des lois fédérales. Ce chevauchement des responsabilités de part et d'autre de la ligne de partage des compétences est tout à fait conforme au fait que le nouvel art. 35 enchâssé dans la *Loi constitutionnelle de 1982* s'applique à tous les paliers de gouvernement au Canada.

I conclude, therefore, that “Her Majesty” in s. 90(1)(b) of the *Indian Act* is to be interpreted as referring to both the federal and provincial Crowns.

VII—The Secondary Points at Issue

As already mentioned, the appellants rest their case almost entirely on the interpretation of “Her Majesty”. That was the only point addressed by the Court of Appeal. There were, however, other points advanced in oral argument before this Court. They concern whether the s. 90(1)(b) criteria of “personal property”, “was given” and “agreement” were met. I am wholly in agreement with the disposition of the trial judge on all of these points and can add little to his analysis. I will limit myself to a brief discussion of each point.

(a) “Personal Property”

The meaning of “personal property” in s. 87 of the *Indian Act* was the subject of decision in *Nowegijick*. It was held that one form of intangible property, taxable income, came within the words “personal property” in that section of the Act. See also the judgment of McLachlin J.A., as she then was, in *Metlakatla Ferry Service Ltd. v. B.C. (Gov’t)* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 308 (C.A.), in which she partly relies on *Nowegijick* for the finding that a lease and a debt owing under it constitute “personal property” in s. 87 and notes that s. 87 covers both tangible and intangible personal property; and see *Brown v. The Queen in Right of British Columbia*, [1979] 3 C.N.L.R. 67 (B.C.C.A.), in which electricity delivered to Indians on a reserve was found to be s. 87 “personal property”. I would adopt the following statement of Morse J., *supra*, at p. 121:

If intangibles such as electricity and taxable income are personal property, clearly the right of the defendants to payment of the moneys agreed to be paid by the government of Manitoba must be considered as personal property, and it seems to me there is no good reason to give

Par conséquent, je conclus que l’expression «Sa Majesté» à l’al. 90(1)(b) de la *Loi sur les Indiens* doit être interprétée comme se rapportant à la fois à la Couronne fédérale et à la Couronne provinciale.

VII—Les questions secondaires

Comme je l’ai déjà mentionné, le pourvoi des appelants repose presque entièrement sur l’interprétation de l’expression «Sa Majesté». C’est la seule question sur laquelle la Cour d’appel s’est penchée. Il existe cependant d’autres points que les parties ont soumis dans leur plaidoirie devant notre Cour. Ils portent sur la question de savoir s’il y a eu respect des critères «biens personnels», «ont été donnés» et «accord» que l’on trouve à l’al. 90(1)(b). Je suis tout à fait d’accord avec les conclusions du juge de première instance sur tous ces points et je ne puis ajouter que peu de choses à son examen. Je vais m’en tenir à un bref examen de chaque point.

a) «Biens personnels»

L’arrêt *Nowegijick* portait sur le sens de l’expression «biens personnels» que l’on trouve à l’art. 87 de la *Loi sur les Indiens*. On a conclu que le revenu imposable, une forme de bien immatériel, était visé par l’expression «biens personnels» de cet article de la Loi. Voir également l’arrêt du juge McLachlin (maintenant juge de notre Cour), *Metlakatla Ferry Service Ltd. v. B.C. (Gov’t)* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 308 (C.A.), dans lequel elle s’appuie en partie sur l’arrêt *Nowegijick* pour conclure qu’un bail et qu’une dette exigible en vertu de celui-ci constituent des «biens personnels» au sens de l’art. 87 et souligne que l’art. 87 vise les biens personnels tant matériels qu’immatériels; et voir l’arrêt *Brown v. The Queen in Right of British Columbia*, [1979] 3 C.N.L.R. 67 (C.A.C.-B.), dans lequel on a conclu que l’électricité fournie aux Indiens sur une réserve constituait un «bien personnel» au sens de l’art. 87. Je suis d’avis de retenir l’affirmation suivante du juge Morse, précité, à la p. 121:

[TRADUCTION] Si des biens immatériels comme l’électricité et le revenu imposable sont des biens personnels, il est clair que le droit des défendeurs au paiement des sommes que le gouvernement du Manitoba a convenu de verser doit être considéré comme un bien personnel et il

the words "personal property situated on a reserve" in s. 89 a meaning different to the same words in s. 87.

Of course, the debt owing from the Manitoba government must also constitute "personal property" under s. 90(1)(b) for the respondents to succeed. The argument of the appellants is that "personal property", appearing only once in the introductory clause of s. 90(1) and applying to both subsequent subsections, must be given a common meaning that fits both s. 90(1)(a) and (b). Since, the argument continues, s. 90(1)(a) limits the meaning to tangible or physical property and, as well, since s. 90(3) speaks of the destruction of personal property, then "personal property" in s. 90(1)(b) must be similarly limited to tangible property. Two cases have found that s. 90(1)(b) is restricted to tangible property on the above reasoning: *Kuhn v. Starr*, Ferg J., Man. Q.B., unreported, October 28, 1976, and *Mintuck v. Valley River Band 63A*, [1978] 2 W.W.R. 159 (Man. Q.B.), (following *Kuhn, supra*). It is not evident on the facts that Ferg J. had to address the scope of s. 90(1)(b) in that case, but it is nonetheless clear that his reasoning is the only judicial exposition available of the case for restrictive interpretation of "personal property" in s. 90(1)(b). Prior to Morse J.'s decision, one case had decided that the words in s. 90(1)(b) included intangible property (a scholarship being the property in question), without, however, explicit consideration of the point: *Greyeyes v. The Queen*, [1978] 2 F.C. 385 (T.D.), per Mahoney J. Shortly thereafter, Thurlow A.C.J., found that "personal property" in s. 90(1)(a) could not include a right to a salary because of the effect of the words "purchased by Her Majesty" which followed in the subsection: *The Queen v. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 F.C. 103 (T.D.), at p. 108. However, Thurlow A.C.J. implicitly held that "personal property" in s. 90(1)(b) could be given a different interpretation due to the qualifying words in the rest of that subsection; this follows from his view that *Greyeyes* was good law (at p. 108). Since the Morse J. decision, two cases have explicitly followed him on this point: *Fricke and Seaton Timber Ltd. v. Mitchell* (1985), 67 B.C.L.R. 227

me semble qu'il n'y a aucune raison valable de donner aux termes «biens personnels situés sur une réserve», que l'on trouve à l'art. 89, un sens différent des mêmes termes figurant à l'art. 87.

^a Il est évident que la dette exigible du gouvernement du Manitoba doit également constituer un «bien personnel» au sens de l'al. 90(1)(b) pour que les intimés aient gain de cause. Selon l'argument ^b des appelants, l'expression «biens personnels», qui ne figure qu'une seule fois dans la disposition introductive du par. 90(1) et qui s'applique aux deux alinéas suivants, doit recevoir un sens identique applicable aux deux al. 90(1)(a) et b). Toujours selon cet argument, ^c puisque l'al. 90(1)(a) limite le sens de l'expression aux biens matériels et, de même, puisque le par. 90(3) parle de destruction de biens personnels, l'expression «biens ^d personnels» à l'al. 90(1)(b) doit donc être de même restreinte aux biens matériels. Deux décisions s'appuient sur ce raisonnement pour conclure que l'al. 90(1)(b) est restreint aux biens matériels: *Kuhn v. Starr*, le juge Ferg, B.R. Man., décision inédite ^e rendue le 28 octobre 1976, et *Mintuck v. Valley River Band 63A*, [1978] 2 W.W.R. 159 (B.R. Man.) (qui a suivi la décision *Kuhn*, précitée). Il n'est pas évident d'après les faits que le juge Ferg ^f devait se prononcer sur la portée de l'al. 90(1)(b) dans cette affaire, mais il est néanmoins clair que son raisonnement est le seul exposé judiciaire qui propose une interprétation restrictive de l'expression «biens personnels» à l'al. 90(1)(b). Avant que le ^g juge Morse ne rende sa décision, il avait été décidé une seule fois que les termes de l'al. 90(1)(b) comprennent des biens immatériels (une bourse d'études étant le bien en question), sans que le ^h tribunal n'examine cependant explicitement la question: *Greyeyes c. La Reine*, [1978] 2 C.F. 385 (D.P.I.), le juge Mahoney. Peu de temps après, le juge en chef adjoint Thurlow a conclu que l'expression «biens personnels» à l'al. 90(1)(a) ne peut ⁱ comprendre le droit à un traitement en raison de l'effet des termes «achetés par Sa Majesté» qui se trouvent plus loin dans l'alinéa: *La Reine c. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 C.F. 103 (D.P.I.), à la p. 108. Le juge en chef adjoint ^j Thurlow a cependant conclu implicitement que l'expression «biens personnels» à l'al. 90(1)(b) pouvait recevoir une interprétation différente en raison

(B.C.S.C.); and *Fayerman Bros. Ltd. v. Peter Ballantyne Indian Band*, [1986] 1 C.N.L.R. 6 (Sask. Q.B.) A third case has also implicitly agreed with Morse J., although there is no explicit discussion of the point: *Williams v. Canada*, [1989] 1 C.N.L.R. 184 (F.C.T.D.) (unemployment insurance benefits paid to a worker on a job creation project). In my view, these cases have correctly held that the words “personal property” in s. 90(1)(b) include intangible property such as the right to payment of money at issue in this case. I would, again, endorse the reasoning of Morse J., *supra*, at p. 125:

I am, with respect, unable to reach the same conclusion as did Ferg L.J.Q.B. with respect to the meaning of the words ‘personal property’ so far as s. 90(1) is concerned. In my judgment, there is no compelling reason why the words “personal property” must be given the same meaning in para. (b) as in para. (a). The section is meant to extend the meaning of the words “personal property situated on a reserve”. Section 90(1)(a) uses the words “personal property . . . purchased”, while s. 90(1)(b) uses the words “personal property . . . given”, and the two sub-sections are separated by the disjunctive preposition “or”. It is true, as was pointed out by Ferg L.J.Q.B., that s. 90(3) has reference to tangible personal property, but I do not see why making the destruction of property an offence necessarily restricts the meaning of “personal property” in s. 90(1). So far as s. 90(2) is concerned, that subsection is, I think, broad enough to cover not only tangible but intangible personal property such as a debt or a right to payment.

. . . a liberal construction may, in my view, be given to the meaning of the words “personal property” in s. 90. The right of the defendants in this case to payment of the money agreed to be paid to them by the government of Manitoba should, in my opinion, be held to be personal property within the meaning of s. 90(1).

de la nuance apportée dans le reste de cet alinéa; cela découle de son opinion que l’arrêt *Greyeyes* est bien fondé en droit (à la p. 108). Depuis la décision du juge Morse, deux arrêts ont explicitement adopté son raisonnement sur ce point: *Fricke and Seaton Timber Ltd. v. Mitchell* (1985), 67 B.C.L.R. 227 (C.S.C.-B.), et *Fayerman Bros. Ltd. v. Peter Ballantyne Indian Band*, [1986] 1 C.N.L.R. 6 (B.R. Sask.) Dans une troisième décision, le tribunal a également retenu implicitement l’opinion du juge Morse bien qu’il n’ait pas examiné explicitement la question: *Williams v. Canada*, [1989] 1 C.N.L.R. 184 (C.F.D.P.I.) (prestations d’assurance-chômage versées à un travailleur en vertu d’un projet créateur d’emplois). À mon avis, on a eu raison de conclure, dans ces décisions, que l’expression «biens personnels» à l’al. 90(1)(b) comprend des biens immatériels comme le droit au paiement d’une somme dont il est question en l’espèce. Encore une fois, je fais mien le raisonnement du jugement Morse, précité, à la p. 125:

[TRADUCTION] Avec égards, je ne puis arriver à la même conclusion que le juge Ferg, juge local de la Cour du Banc de la Reine, quant au sens de l’expression «biens personnels» au par. 90(1). À mon avis, il n’y a aucune raison sérieuse de donner à l’expression «biens personnels» le même sens aux al. b) et a). L’article a pour but d’élargir le sens des termes «biens personnels situés sur une réserve». L’alinéa 90(1)a) utilise les termes «biens personnels [...] achetés», alors que l’al. 90(1)b) utilise les termes «biens personnels [...] donnés», et les deux alinéas sont séparés par la conjonction disjonctive «ou». Il est vrai, comme le souligne le juge Ferg, que le par. 90(3) se rapporte à des biens personnels matériels, mais je ne vois pas pourquoi l’infraction que constitue la destruction de biens restreint nécessairement le sens de l’expression «biens personnels» au par. 90(1). Quant au par. 90(2), j’estime qu’il est suffisamment général pour viser non seulement les biens personnels matériels mais aussi les biens personnels immatériels comme une dette ou le droit à un paiement.

. . . j’estime qu’il est possible de donner une interprétation libérale à l’expression «biens personnels» à l’art. 90. À mon avis, on doit conclure en l’espèce que le droit des défendeurs au paiement de la somme que le gouvernement du Manitoba a convenu de leur verser devrait constituer un bien personnel au sens du par. 90(1).

(b) "was . . . given"

The appellants' argument is that since the money owed was not actually given to the various respondents, personal property was not "given". This argument is manifestly flawed. The personal property in question is a debt, not money *per se*. As Morse J. succinctly put it, *supra*, at p. 128, "the defendants have been given personal property because they have been given the right to be paid money. This right or debt was in existence when the garnishing order was issued. It is not, in my view, necessary that actual money be paid to the defendants before s. 90(1)(b) is applicable."

(c) "Agreement"

Finally, it was argued before Morse J., although not explicitly before this Court, that the word "agreement" in s. 90(1)(b) must be read *ejusdem generis* with the word "treaty" which also appears in the subsection; because treaties are only with the federal government, such agreement must be similar to a treaty with the federal government. All of the cases to date which have found a s. 90(1)(b) agreement have indeed involved agreements with the federal government: see *Greyeyes, supra* (scholarship funds paid out in accordance with an agreement to assist the band members in their education pursuant to treaty obligations), *Fayerman, supra* (money paid to a bank pursuant to a signed agreement between the Department of Indian Affairs and a band), *Fricke, supra* (a similar agreement to that in *Fayerman*), and *Williams, supra* (an agreement between a band and the federal government creating a job creation project pursuant to which benefits were paid).

Apart from amounting to an indirect challenge to the meaning of "Her Majesty", a matter already disposed of, I can see no reason why the *ejusdem generis* rule of interpretation, assuming that it is applicable, should prevail over the

b) «ont été . . . donnés»

Les appelants prétendent que puisque la somme due n'a pas été effectivement donnée aux divers intimés, les biens personnels n'ont pas été «donnés». Cet argument est manifestement mal fondé. Le bien personnel en question est une dette et non de l'argent en tant que tel. Comme le juge Morse, précité, l'explique brièvement à la p. 128, [TRADUCTION] «on a donné aux défendeurs des biens personnels parce qu'on leur a donné le droit d'être payés. Ce droit ou cette dette existait lorsque l'ordonnance de saisie-arrêt a été rendue. À mon avis, il n'est pas nécessaire qu'une somme soit effectivement versée aux défendeurs pour que l'al. 90(1)(b) s'applique.»

c) «accord»

Enfin, on a soutenu devant le juge Morse, mais pas de façon explicite devant notre Cour, qu'il fallait appliquer la règle *ejusdem generis* à l'interprétation du terme «accord» de l'al. 90(1)(b) lorsqu'il est rapproché du terme «traité» qui figure au même alinéa; parce que les traités ne peuvent être conclus qu'avec le gouvernement fédéral, cet accord doit être de même nature qu'un traité avec le gouvernement fédéral. Jusqu'à ce jour, toutes les décisions dans lesquelles les tribunaux ont conclu à l'existence d'un accord au sens de l'al. 90(1)(b) ont effectivement porté sur des accords avec le gouvernement fédéral: voir l'arrêt *Greyeyes*, précité (bourse d'études accordée conformément à un accord conclu en vue d'aider les membres des bandes à poursuivre leurs études en application d'obligations découlant d'un traité), *Fayerman*, précité (somme versée à une banque en application d'un accord conclu entre le ministère des Affaires indiennes et une bande), *Fricke*, précité (un accord semblable à celui de l'arrêt *Fayerman*), et *Williams*, précité (un accord entre une bande et le gouvernement fédéral établissant un projet créateur d'emplois en vertu duquel des prestations étaient versées).

À moins de vouloir contester indirectement le sens de l'expression «Sa Majesté», une question sur laquelle je me suis déjà prononcé, je ne vois pas pourquoi la règle d'interprétation *ejusdem generis*, si tant est qu'elle s'applique, devrait avoir prépon-

Nowegijick principle of resolving ambiguities in favour of Indians. I have no difficulty in accepting that there was an agreement to refund the tax in exchange for the execution of releases by the 54 Indian bands involved; see Order-in-Council No. 253. Indeed, the very action instituted by the appellants against the respondents is premised on the existence of an agreement which the appellants claim to have negotiated on behalf of the respondents. Paragraph 65 of the appellants' Amended Statement of Claim reads in part: "In the Fall of 1982, the Government of Manitoba, as a result of the efforts of the Plaintiffs, agreed to pay the Defendant Indian bands sales tax rebates as hereinafter set out." (Emphasis added.)

I would note that the appellants also argue for combining the interpretation of the words "was given" with the word "agreement" and suggest that any agreement must be one that is not accompanied by consideration (in this case, the releases of the bands) which are said to give it the tinge of a commercial bargain and not a gift. Such an interpretation would be the antithesis of a liberal interpretation, and cannot be endorsed.

An additional point in favour of the respondents is that the money in question was a tax rebate. One can only assume that this money should never have been taxed in the first place (*per* s. 87 of the *Indian Act*) and should never have left Indian hands. It would be an odd result if that money could be garnished on its way back to where it never should have left.

VIII—Conclusion

I find that the Court of Appeal was correct in the disposition of this case and the trial judge was correct in his reasoning and interpretation of the elements of s. 90(1)(b). "Her Majesty" in s. 90(1)(b) of the *Indian Act* refers to both the federal and provincial Crowns. Therefore, the moneys in question are protected from garnishment by virtue of s. 89(1) of the Act. The scope of this protection is defined according to the terms of the Act. General commercial transactions involv-

dérance sur la règle de l'arrêt *Nowegijick* selon laquelle les ambiguïtés doivent profiter aux Indiens. Je n'ai aucune difficulté à reconnaître qu'il y a eu accord prévoyant le remboursement de la taxe en échange de la signature des renonciations par les 54 bandes indiennes concernées; voir le décret n° 253. D'ailleurs, l'action même qui a été intentée par les appelants contre les intimés est fondée sur l'existence d'un accord que les appelants prétendent avoir négocié au nom des intimés; le paragraphe 65 de la déclaration modifiée des appelants se lit en partie comme suit: [TRADUCTION] «À l'automne 1982, le gouvernement du Manitoba, par suite des efforts des demandeurs, a convenu de rembourser aux bandes indiennes défenderesses les montants de taxe de vente ci-après décrits.» (Je souligne.)

Je tiens à souligner que les appelants soutiennent également qu'il faut combiner l'interprétation des termes «ont été donnés» avec le terme «accord» et proposent qu'aucun accord ne doit être assorti d'une contrepartie (en l'espèce, les renonciations des bandes) parce qu'il aurait alors l'allure d'un marché et non d'un don. Cette interprétation constituerait l'antithèse d'une interprétation libérale et ne saurait être retenue.

Un autre point en faveur des intimés est que les sommes en question constituent un remboursement de taxe. On ne peut que présumer que cette taxe n'aurait jamais dû être perçue à l'origine (l'art. 87 de la *Loi sur les Indiens*) et que cette somme n'aurait jamais dû quitter les réserves indiennes. Il serait absurde que cette somme puisse être saisie-arrêtée au moment où on s'apprête à la retourner à ceux qui n'auraient jamais dû la verser.

^h VIII—Conclusion

Je conclus que l'arrêt de la Cour d'appel, en l'espèce, est bien fondé et que le raisonnement du juge de première instance ainsi que son interprétation des éléments de l'al. 90(1)b) sont justes. L'expression «Sa Majesté», à l'al. 90(1)b) de la *Loi sur les Indiens*, vise à la fois la Couronne fédérale et les Couronnes provinciales. En conséquence, les sommes en question ne peuvent être saisies-arrêtées en vertu du par. 89(1) de la Loi. L'étendue de cette protection est définie selon les termes de la

ing Indians are not meant to be limited by this interpretation. In this case, the substance of the appellants' claim has, of course, not been determined, and it is clearly open to the appellants to continue legal action. In the circumstances, however, the appellants are prevented from garnishing moneys owed to the respondents by the provincial Crown.

I would dismiss the appeal with costs in this Court and both courts below.

The reasons of Lamer, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

WILSON J.—Manitoba Hydro invalidly imposed a tax upon the Peguis Indians in respect of the sale of electricity on a reserve. The Government of Manitoba subsequently settled the Indians' claim for the return of the taxes paid and the issue on this appeal is whether the proceeds of that settlement may be garnisheed by the appellant lawyers in payment of their fees for representing the Indians in the settlement negotiations.

As the Chief Justice and Justice La Forest point out, both the trial judge and the Court of Appeal held that the funds could not be garnisheed. Their conclusion was based on their interpretation of s. 90(1)(b) of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6. My colleagues differ as to the interpretation of that provision but they reach the same result, namely that the moneys cannot be garnisheed by the appellants.

I agree with my colleague La Forest J.'s interpretation of s. 90(1)(b) and my only concern is with the application of the *Garnishment Act*, R.S.M. 1970, c. G20, C.C.S.M., c. G20 to those moneys which are, according to my colleague's interpretation, not situate on a reserve or deemed to be so situate. On what basis then are they exempt from seizure?

I should say at once that I take no issue with my colleague that, as between the Government of Manitoba and the Indians, the Indians are entitled

Loi. Les opérations commerciales générales auxquelles participent des Indiens ne sont pas censées être limitées par cette interprétation. En l'espèce, la réclamation des appelants n'a pas fait l'objet d'une décision sur le fond et il est nettement loisible aux appelants de poursuivre leur action en justice. Dans les circonstances toutefois, il leur est interdit de saisir-arrêter les sommes dues aux intimés par la Couronne provinciale.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens devant cette Cour et les deux tribunaux d'instance inférieure.

Version française des motifs des juges Lamer, Wilson et L'Heureux-Dubé rendus par

LE JUGE WILSON—Hydro Manitoba a irrégulièrement imposé une taxe aux Indiens Peguis relativement à la vente d'électricité sur une réserve. Le gouvernement du Manitoba a par la suite réglé la réclamation des Indiens en remboursement des taxes payées et il s'agit en l'espèce de déterminer si les avocats appelants peuvent saisir-arrêter le produit de ce règlement en paiement des honoraires qu'ils avaient exigés pour représenter les Indiens dans la négociation du règlement.

Comme le soulignent le Juge en chef et le juge La Forest, le juge de première instance et la Cour d'appel ont tous deux conclu que les sommes ne peuvent être saisies-arrêtées. Leur conclusion est fondée sur leur interprétation de l'al. 90(1)(b) de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, ch. I-6. Mes collègues interprètent différemment cette disposition, mais ils arrivent au même résultat, savoir que les appelants ne peuvent saisir-arrêter les sommes.

Je suis d'accord avec l'interprétation de l'al. 90(1)(b) que donne mon collègue le juge La Forest et ma seule préoccupation porte sur l'application de la *Loi sur la saisie-arrêt*, L.R.M. 1970, ch. G20, C.P.L.M., ch. G20, aux sommes qui, suivant l'interprétation de mon collègue, ne sont pas situées sur une réserve ni réputées y être situées. Sur quel fondement alors sont-elles exemptes de saisie?

Je dois dire dès le départ que je ne suis pas en désaccord avec mon collègue pour dire qu'en ce qui concerne le gouvernement du Manitoba et les

to the moneys for the reasons he gives. My concern is with the claim of a third party to the proceeds in transit if those proceeds are not protected by the *Indian Act*. I assume for this purpose that the claim of the appellants is a perfectly valid third party claim.

My colleague suggests that, but for the Government of Manitoba's failure to observe the requirements of the *Indian Act*, the moneys would never have left the reserve. He feels that it would be truly anomalous if, as the result of the imposition of an *ultra vires* tax, the application of the provincial law were to impair the ability of Indians to be placed in the same position as they would have been in but for the improper tax. The problem I have is how does one get to this admittedly very desirable result in the face of an intervening third party claim? Once it is held that the moneys are not in fact situate on the reserve or deemed to be so and that they do constitute a debt, why may that debt not be subject to garnishment at the hands of an innocent third party? I know of no legal principle (subject to what will be said hereafter about s. 3 of the *Garnishment Act*) that suggests that the way in which the debt arose can affect an innocent third party seeking to initiate garnishment proceedings with respect to that debt.

La Forest J. also states that, were it necessary to decide the point, he would hold that Morse J. misconstrued s. 3 of the *Garnishment Act* when he held that it applied to the agreement in this case. Although the law in this area is somewhat anachronistic, I agree with my colleague that the *Garnishment Act* does not apply on the facts of this case. But it seems to me important to explain why this is so, particularly since the legislature may wish to reconsider aspects of the doctrine of Crown immunity that lead to this conclusion.

It has long been the position of the common law that the Crown is immune from garnishment proceedings. Duff J. (as he then was) explained the reason for the common law's approach in *Canadi-*

Indiens, ces derniers ont droit aux sommes pour les motifs qu'il donne. Ma préoccupation porte sur la réclamation d'un tiers visant le produit en transition, si ce produit n'est pas protégé par la *Loi sur les Indiens*. À cette fin, je tiens pour acquis que la réclamation des appelants est une réclamation tout à fait valide de la part d'un tiers.

Mon collègue dit que, n'eût été l'omission du gouvernement du Manitoba de respecter les exigences de la *Loi sur les Indiens*, les sommes n'auraient jamais quitté la réserve. Il estime qu'il serait vraiment anormal que, suite à l'imposition d'une taxe inconstitutionnelle, l'application du droit provincial porte atteinte à la capacité des Indiens de se retrouver dans la situation même où ils se seraient trouvés, n'eût été la taxe irrégulière. La difficulté que j'éprouve est de savoir comment on arrive à ce résultat certes très souhaitable quand intervient une réclamation d'un tiers. Une fois établi que les sommes ne sont pas dans les faits situées sur la réserve ni réputées y être situées et qu'elles constituent bel et bien une dette, pourquoi cette dette ne pourrait-elle pas faire l'objet d'une saisie-arrêt entre les mains d'un tiers innocent? Je ne connais aucun principe juridique (sous réserve de ce que je dirai plus loin au sujet de l'art. 3 de la *Loi sur la saisie-arrêt*) suivant lequel la manière dont naît une dette peut avoir des répercussions sur le tiers innocent qui cherche à engager des procédures de saisie-arrêt relativement à cette dette.

Le juge La Forest dit également que, s'il était nécessaire de trancher ce point, il conclurait que le juge Morse a mal interprété l'art. 3 de la *Loi sur la saisie-arrêt* lorsqu'il a conclu qu'il s'appliquait à l'accord en l'espèce. Bien que le droit dans ce domaine soit quelque peu anachronique, je suis d'accord avec mon collègue que la *Loi sur la saisie-arrêt* ne s'applique pas vu les faits de l'espèce. Mais il me semble important d'expliquer pourquoi il en est ainsi, surtout parce que le législateur peut vouloir reconsidérer des aspects de la théorie de l'immunité de l'État qui amènent à cette conclusion.

La common law reconnaît depuis longtemps que l'État échappe à toute procédure de saisie-arrêt. Le juge Duff (plus tard Juge en chef) a expliqué la raison de la position de la common law dans l'arrêt

an National Railways Co. v. Croteau, [1925] S.C.R. 384, at p. 388:

The real difficulty in attaching moneys payable by the Crown to a third person lies in the inability of the courts to make an order against the Crown.

Duff C.J. had occasion to develop this point several years later in *The King v. Central Railway Signal Co.*, [1933] S.C.R. 555, at p. 563:

Apart, however, from such remedies as the subject has by way of petition of right and in some special cases by statute, the rule is a rigorous one that His Majesty cannot be impleaded in any of His courts and this rule is just as rigorous in the case of an action *in rem* in which the proceeding is against some property belonging to His Majesty (*The Scotia*). It is true that under modern procedure in certain cases a proceeding may be taken for a declaration of right by a subject against the Attorney General and in other cases where the interests of the Crown appear to be involved in litigation the Attorney General may be made a party (*Dyson v. Attorney General; E. & N. Rly. Co. v. Wilson*); but the rule is absolute that no proceeding having for its purpose the issue of any process against His Majesty himself or against any of His Majesty's property is competent in any of His Majesty's courts.

Duff C.J. went on to explain that Blackstone had set out the rationale for the common law's strict approach in his *Commentaries on the Laws of England* ((1876), 1 Kerr, at pp. 214-15):

Hence it is, that no suit or action can be brought against the sovereign, even in civil matters, because no court can have jurisdiction over him. For all jurisdiction implies superiority of power; authority to try would be vain and idle, without an authority to redress; and the sentence of a court would be contemptible unless that court had power to command the execution of it; but who, says Finch, shall command the king? Hence it is, likewise, that by the law the person of the sovereign is sacred, even though the measures pursued in his reign be completely tyrannical and arbitrary; for no jurisdiction upon earth has power to try him in a criminal way; much less to condemn him to punishment.

Canadian National Railways Co. v. Croteau, [1925] R.C.S. 384, à la p. 388:

[TRADUCTION] La vraie difficulté soulevée par la saisie de sommes payables par la Couronne à un tiers réside dans l'incapacité des tribunaux de rendre une ordonnance contre la Couronne.

Le juge en chef Duff a eu l'occasion de préciser ce point quelques années plus tard dans l'arrêt *The King v. Central Railway Signal Co.*, [1933] R.C.S. 555, à la p. 563:

[TRADUCTION] Mis à part, cependant, les redressements dont dispose le citoyen par voie de pétition de droit et, dans certains cas particuliers, en vertu d'un texte de loi, il est une règle stricte que Sa Majesté ne peut être mise en cause devant aucun de ses tribunaux, et cette règle est tout aussi stricte dans le cas d'une action *in rem* dirigée contre un bien appartenant à Sa Majesté (*The Scotia*). Il est exact que, dans certains cas, la procédure moderne permet à un citoyen de demander une déclaration de droit contre le procureur général et que, dans d'autres cas, lorsque les intérêts de la Couronne paraissent en cause, le procureur général peut être joint comme partie (*Dyson v. Attorney General; E. & N. Rly. Co. v. Wilson*); mais il est une règle absolue selon laquelle aucune procédure tendant à des mesures d'exécution contre Sa Majesté elle-même ou contre ses biens n'est du ressort des tribunaux de Sa Majesté.

Le juge en chef Duff a ensuite expliqué que Blackstone avait exposé la raison d'être de la position stricte de la common law dans son ouvrage *Commentaries on the Laws of England* ((1876), 1 Kerr, aux pp. 214 et 215):

[TRADUCTION] D'où la règle qu'aucune poursuite ou action ne peut être intentée contre le souverain, même en matière civile, parce qu'aucun tribunal ne peut avoir juridiction sur lui. Car toute juridiction sous-entend pouvoir supérieur; la compétence de mettre en jugement serait vaine et inutile sans compétence pour corriger; et la sentence d'un tribunal pourrait être ignorée si ce tribunal n'avait pas le pouvoir d'en ordonner l'exécution; mais qui, dit Finch, peut commander au roi? D'où la règle que, en droit, la personne du souverain est sacrée, même si les mesures appliquées sous son règne sont tout à fait tyranniques et arbitraires; car aucune juridiction sur terre n'a le pouvoir de le mettre en jugement en matière criminelle; encore moins de lui infliger une peine.

The Crown's immunity from garnishment proceedings has been retained in contemporary legislation regulating proceedings against the Crown. In Manitoba, for example, s. 16(6) of *The Proceedings Against the Crown Act*, R.S.M. 1987, c. P140 states that "[n]o execution or attachment or process in the nature thereof shall be issued out of any court for enforcing payment by the Crown of money or costs". This language mirrors that seen in other jurisdictions in which the Crown retains immunity in garnishment proceedings (see the Ontario Law Reform Commission, *Report on the Enforcement of Judgment Debts and Related Matters* (1981), at p. 146).

One unfortunate consequence of the Crown's immunity from a garnishment order used to be that when a Crown servant failed to pay a judgment debt, the judgment creditor could not attach the servant's wages. Over the years efforts have been made to mitigate the harshness of this rule by qualifying the scope of the Crown's immunity in garnishment proceedings. Professor Hogg observes that in most jurisdictions it is now expressly provided by statute that the wages of Crown employees may be garnisheed, although such legislation has rarely gone so far as to allow the garnishment of all debts owed by the Crown (Hogg, *Liability of the Crown* (2nd ed. 1989), at p. 53). It is this kind of limited change that Manitoba's legislature sought to achieve when it passed s. 3 of its *Garnishment Act*:

3 The Government of Manitoba may be garnished under any Act of the Legislature, the same as ordinary persons, with regard to moneys due or accruing due to persons employed or paid by the government. [Emphasis added.]

I agree with my colleague La Forest J. at p. 149 that the words "moneys due or accruing due to persons employed or paid by the government" refer solely to debts of the Government arising pursuant to agreements relating to the provision of work or services. I also agree that these words do not extend to lift the Government's immunity in

L'immunité de l'État relativement aux procédures de saisie-arrêt a été conservée dans les lois modernes régissant les procédures contre l'État. Au Manitoba, par exemple, le par. 16(6) de la *Loi sur les procédures contre la Couronne*, L.R.M. 1987, ch. P140, prévoit qu'«[u]n tribunal ne peut pas délivrer une procédure d'exécution ou de saisie ou une procédure de même nature afin de forcer la Couronne à payer les montants ou les dépens». Ce langage est le reflet de celui rencontré dans d'autres ressorts où l'État conserve son immunité relativement à des procédures de saisie-arrêt (voir la Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on the Enforcement of Judgment Debts and Related Matters* (1981), à la p. 146).

Une conséquence malheureuse de l'immunité de l'État relativement à une ordonnance de saisie-arrêt était ordinairement que, lorsqu'un de ses fonctionnaires ne payait pas une dette constatée par jugement, le créancier titulaire du jugement ne pouvait pas saisir le salaire du fonctionnaire. Au cours des années des efforts ont été faits pour atténuer la sévérité de cette règle, en restreignant la portée de l'immunité de l'État en matière de saisie-arrêt. Le professeur Hogg fait observer que, dans la plupart des ressorts, un texte de loi prévoit maintenant expressément que les salaires des employés de l'État peuvent faire l'objet d'une saisie-arrêt, bien que ces lois soient rarement allées jusqu'à permettre la saisie-arrêt de toutes les sommes dues par l'État (Hogg, *Liability of the Crown* (2^e éd. 1989), à la p. 53). C'est ce genre de modification limitée que le législateur manitobain a cherché à réaliser quand il a adopté l'art. 3 de sa *Loi sur la saisie-arrêt*:

3 Il peut être procédé à des saisies-arrêts entre les mains du gouvernement du Manitoba sous le régime des lois de la Législature tout comme il peut l'être dans le cas de particuliers, en ce qui concerne les sommes dues ou à échoir aux personnes employées ou payées par le gouvernement. [Je souligne.]

Je suis d'accord avec mon collègue le juge La Forest à la p. 149 que les mots «les sommes dues ou à échoir aux personnes employées ou payées par le gouvernement» se rapportent seulement aux dettes du gouvernement découlant d'ententes quant au travail ou à la fourniture de services. Je suis également d'accord que ces mots ne

respect of the garnishment proceedings which the appellants sought to initiate.

But I think it important to note that it is precisely because changes brought about by provisions such as s. 3 of Manitoba's *Garnishment Act* have been quite limited in nature that the law on Crown immunity has become the target of considerable criticism. For example, in *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551, at p. 558, Dickson J. (as he then was) observed:

It [i.e., the doctrine of Crown immunity] seems to conflict with basic notions of equality before the law. The more active government becomes in activities that had once been considered the preserve of private persons, the less easy it is to understand why the Crown need be, or ought to be, in a position different from the subject.

More recently, the Ontario Law Reform Commission has called for a major overhaul of the law relating to Crown immunity. Noting that "the present law of Crown liability is a hodge podge of rules, presumptions, privileges and immunities, largely based on an anachronistic historical rationale, rather than a rational and carefully designed set of rules appropriate to contemporary notions of government and citizen rights", the Commission states that "the present law governing liability of the Crown, in so far as it still provides privileges and immunities not enjoyed by ordinary persons, is opposed to popular and widely-held conceptions of government" (Ontario Law Reform Commission, *Report on the Liability of the Crown* (1989), at pp. 2-3).

The Commission's general recommendation is noteworthy (at p. 6):

However, at this point we think it is important to indicate that, as a matter of general principle, we believe that the Crown should be subject to the same law as any other person, and that any exception to this general rule must be clearly justified. Accordingly, our general and central recommendation is that the privileges of the Crown in respect of civil liabilities and civil proceedings should be abolished, and the Crown and its servants and

vont pas jusqu'à lever l'immunité du gouvernement relativement aux procédures de saisie-arrêt que les appelants cherchent à engager.

a Mais je crois important de mentionner que c'est précisément à cause de la nature très limitée des changements apportés par des dispositions comme l'art. 3 de la *Loi sur la saisie-arrêt* manitobaine que le droit relatif à l'immunité de l'État est devenu la cible de nombreuses critiques. Par exemple, le juge Dickson (maintenant Juge en chef) fait remarquer dans l'arrêt *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551, à la p. 558:

c Il semble y avoir [dans la théorie de l'immunité de l'État] une contradiction avec les notions fondamentales de l'égalité devant la loi. Plus le gouvernement intervient dans les activités que l'on considérait autrefois réservées au secteur privé, plus il est difficile de comprendre pourquoi l'État doit être ou devrait être dans une situation différente de celle des citoyens.

Plus récemment, la Commission de réforme du droit de l'Ontario a réclamé une révision complète du droit relatif à l'immunité de l'État. Notant que [TRADUCTION] «le droit actuel en matière de responsabilité de l'État est un mélange disparate et incohérent de règles, de présomptions, de privilèges et d'immunités en grande partie fondées sur une justification historique anachronique, plutôt que sur un ensemble rationnel et soigneusement conçu de règles qui réponde aux notions contemporaines de droits du gouvernement et des citoyens», la Commission dit que [TRADUCTION] «dans la mesure où il accorde encore des privilèges et immunités dont ne bénéficie pas le citoyen ordinaire, le droit actuel régissant la responsabilité de l'État est incompatible avec les conceptions populaires et largement répandues de gouvernement» (Commission de réforme du droit, *Report on the Liability of the Crown* (1989), aux pp. 2 et 3).

La recommandation générale de la Commission mérite d'être citée (à la p. 6):

i [TRADUCTION] Cependant, nous pensons qu'il est important d'indiquer ici, comme principe général, que nous croyons que l'État devrait être assujéti aux mêmes règles de droit que toute autre personne et que toute exception à cette règle générale devrait être clairement justifiée. Par conséquent, notre recommandation générale et principale est que les privilèges de l'État relatifs à la responsabilité civile et aux procédures en matière

agents should be subject to all the civil liabilities and rules of procedure that are applicable to other persons who are of full age and capacity. [Emphasis added.]

Criticism has also been directed specifically at the role of Crown immunity in the context of garnishment proceedings. In 1981 the Ontario Law Reform Commission recommended that all debts for which the Crown might be liable, not only wages payable by the Crown, should be available to a judgment creditor by way of garnishment (*Report on the Enforcement of Judgment Debts and Related Matters*, at p. 147). The same recommendations have been made by the Law Reform Commission of British Columbia (*Report on Attachment of Debts Act* (1978), at p. 53) and the Law Reform Division of the New Brunswick Department of Justice (*Third Report of the Consumer Protection Project*, vol. II, *Legal Remedies of the Unsecured Creditor After Judgment* (1976), at p. 39).

More recently Professor Hogg has observed that it is difficult to see why a garnishment order should not be available against the Crown. "The purpose of the order is to enforce a judgment debt owed by a private debtor, not by the Crown itself. No public interest seems to be impaired when a debt owed by the Crown is attached, because the only result is that the Crown is required to pay the debt to the sheriff instead of to the Crown's original creditor (who is now a judgment debtor in default)" (Hogg, *Liability of the Crown*, op. cit., at pp. 52-53). The Ontario Law Reform Commission reiterated these objections in 1989 and recommended that the Ontario legislature remove the residual immunity from garnishment of debts owed by the Crown (*Report on the Liability of the Crown*, at p. 88).

These observations strongly suggest that the doctrine of Crown immunity in the context of garnishment proceedings is an anachronism when the Crown is the garnishee. However, I think it clear that it is for the legislature to effect the kind of fundamental reforms to the law of Crown

civile soient abolis et que l'État, ses employés, fonctionnaires et préposés soient assujettis à toutes les responsabilités civiles et règles de procédures applicables aux autres personnes majeures et capables. [Je souligne.]

^a La critique a également été spécifiquement dirigée contre le rôle de l'immunité de l'État dans le contexte des procédures de saisie-arrêt. La Commission de réforme du droit de l'Ontario recommandait en 1981 que toutes les sommes dont l'État pouvait être redevable, non seulement les salaires payables par l'État, puissent être saisies-arrêtées par un créancier titulaire d'un jugement (*Report on the Enforcement of Judgment Debts and Related Matters*, à la p. 147). La même recommandation a été faite par la Commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique (*Report on Attachment of Debts Act* (1978), à la p. 53) et par la Division de réforme du droit du ministère de la Justice du Nouveau-Brunswick (*Third Report of the Consumer Protection Project*, vol. II, *Legal Remedies of the Unsecured Creditor After Judgment* (1976), à la p. 39).

^e Plus récemment, le professeur Hogg a fait observer qu'il est difficile de voir pourquoi l'État ne devrait pas faire l'objet d'une ordonnance de saisie-arrêt. [TRADUCTION] «L'ordonnance a pour objet l'exécution d'une créance constatée par jugement dont un particulier, non pas l'État lui-même, est débiteur. Aucun intérêt public ne semble compromis lorsqu'une somme due par l'État est saisie-arrêtée, car cette situation a pour seule conséquence que l'État est tenu de payer la somme due au shérif plutôt qu'au créancier initial (maintenant un débiteur en défaut à l'égard d'un jugement)» (Hogg, *Liability of the Crown*, op. cit., aux pp. 52 et 53). La Commission de réforme du droit de l'Ontario a répété ces objections en 1989 et recommandé que l'Assemblée législative de l'Ontario supprime l'immunité résiduaire relative à la saisie-arrêt de sommes dues par l'État (*Report on the Liability of the Crown*, à la p. 88).

Ces observations laissent fortement entendre que la théorie de l'immunité de l'État dans le contexte de procédures de saisie-arrêt est un anachronisme lorsque l'État est le tiers saisi. Cependant, je pense qu'il est clair qu'il appartient au législateur d'apporter au droit relatif à l'immunité

immunity that it has become increasingly apparent are necessary. Because these issues concern fundamental questions about the relationship between the courts and government, this Court is ill-equipped to engage in the delicate task of rewriting law in this area. As a general rule, change has resulted from the passage of the Crown Proceedings Acts and subsequent amendments to these Acts. In my view, this remains the appropriate avenue for change. Haphazard attempts on the part of the judiciary to reformulate the law on Crown immunity not only raise delicate constitutional issues but they risk producing even more of a “hodge podge” of rules instead of producing the rational and carefully designed set of rules appropriate to contemporary notions of government and citizen rights that the Ontario Law Reform Commission has called for.

Disposition

I would dismiss the appeal on the basis that the *Garnishment Act* does not apply to the Crown so to permit the garnishment by the appellants of moneys owing by the Crown to the Indians under the settlement.

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

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the reasons of the Chief Justice. I agree with his proposed disposition of this case, but I do so for quite different reasons. With respect, I am unable to agree with his approach and, in particular, with his adoption of the trial judge's interpretation of s. 90(1)(b) of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6.

The Chief Justice has summarized the facts and the judicial history and I need not repeat them. In broad terms, the issue to be determined involves funds in the hands of the Government of Manitoba, which it agreed to pay to the respondent Indians in settlement of a claim for the return of taxes paid by the Indians to Manitoba Hydro in respect of sales of electricity on reserves. The question is whether those funds may be garnisheed

de l'État le genre de réformes fondamentales qui s'imposent de manière de plus en plus évidente. Parce que ces questions portent sur des aspects fondamentaux de la relation entre les tribunaux et le gouvernement, notre Cour est mal placée pour entreprendre la tâche délicate de reformuler le droit dans ce domaine. En règle générale, c'est par l'adoption de lois relatives aux procédures visant l'État et leurs modifications subséquentes qu'on a apporté des changements. À mon avis, cela demeure la bonne façon de faire évoluer le droit. Non seulement les tentatives ponctuelles de la part des tribunaux de reformuler le droit régissant l'immunité de l'État soulèvent-elles des questions constitutionnelles délicates, mais elles risquent d'ajouter à la confusion plutôt que de produire l'ensemble rationnel et soigneusement conçu de règles qui répond aux notions contemporaines de droits du gouvernement et des citoyens, que la Commission de réforme du droit de l'Ontario a réclamé.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi pour le motif que la *Loi sur la saisie-arrêt* ne s'applique pas à l'État de manière à autoriser les appelants à saisir-arrêter les sommes dues par l'État aux Indiens en vertu du règlement intervenu.

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

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs du Juge en chef. Je partage la conclusion qu'il propose dans ce pourvoi, mais pour des raisons tout à fait différentes. En toute déférence, je ne puis souscrire à sa démarche ni, en particulier, à son adoption de l'interprétation, que donne le juge de première instance, de l'al. 90(1)b) de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, ch. I-6.

Le Juge en chef a résumé les faits et l'historique judiciaire et je n'ai pas à les reprendre ici. De façon générale, la question qu'il faut trancher porte sur des sommes que détient le gouvernement du Manitoba et que celui-ci a accepté de verser aux Indiens intimés en règlement d'une demande de remboursement des taxes payées par les Indiens à la Manitoba Hydro concernant des ventes d'électricité sur les réserves. La question est de savoir si

by the appellants who are suing the Indians for fees for representing the Indians in negotiating the settlement.

Both the trial judge and the Court of Appeal held the funds were not subject to garnishment. These decisions, as the Chief Justice has noted, were based on the interpretation given by those courts to s. 90(1)(b) of the *Indian Act*. In my respectful view, this interpretation not only goes beyond the clear terms and purposes of the Act, but flies in the face of the historical record and has serious implications for Indian policy that are harmful both for government and native people.

Textual Argument

I proceed first to the textual argument. Section 90(1) reads as follows:

90. (1) For the purposes of sections 87 and 89, personal property that was

(a) purchased by Her Majesty with Indian moneys or moneys appropriated by Parliament for the use and benefit of Indians or bands, or

(b) given to Indians or to a band under a treaty or agreement between a band and Her Majesty,

shall be deemed always to be situated on a reserve. [Emphasis added.]

It will be obvious that this provision cannot be fully understood without reference to ss. 87 and 89, the first exempting lands and personal property on a reserve from taxation, and the second protecting real and personal property of Indians on a reserve from attachment. It is sufficient for me to show the interrelationship of these provisions to reproduce here only their first subsections. They read:

87. Notwithstanding any other Act of the Parliament of Canada or any Act of the legislature of a province, but subject to subsection (2) and to section 83, the following property is exempt from taxation, namely:

(a) the interest of an Indian or a band in reserve or surrendered lands; and

(b) the personal property of an Indian or band situated on a reserve; . . . [Emphasis added.]

89. (1) Subject to this Act, the real and personal property of an Indian or a band situated on a reserve is

ces sommes peuvent être saisies-arrêtées par les appelants qui ont intenté des poursuites contre les Indiens relativement aux honoraires exigés pour les représenter dans la négociation du règlement.

^a Le juge de première instance et la Cour d'appel ont conclu que les sommes ne pouvaient faire l'objet d'une saisie-arrêt. Comme le Juge en chef l'a souligné, ces décisions sont fondées sur l'interprétation que ces tribunaux ont donnée à l'al. 90(1)(b) de la *Loi sur les Indiens*. En toute déférence, j'estime que cette interprétation va non seulement au-delà des termes et des objets clairs de la Loi, mais elle fait fi de l'histoire et comporte de graves incidences en matière de politique indienne qui sont néfastes tant à l'égard du gouvernement que des autochtones.

Les arguments fondés sur les textes

^d Je vais d'abord traiter des arguments fondés sur les textes. Le paragraphe 90(1) se lit ainsi:

90. (1) Pour l'application des articles 87 et 89, les biens personnels qui ont été

^e a) achetés par Sa Majesté avec des deniers des Indiens ou des fonds votés par le Parlement à l'usage et au profit d'Indiens ou de bandes, ou

^e b) donnés aux Indiens ou à une bande en vertu d'un traité ou accord entre une bande et Sa Majesté,

^f sont toujours tenus pour situés sur une réserve. [Je souligne.]

Pour bien saisir la portée de cette disposition, il faut évidemment mentionner l'art. 87, qui exempte de taxation les terres et les biens personnels situés sur une réserve, et l'art. 89, qui prévoit que les biens réels et personnels des Indiens situés sur une réserve ne peuvent faire l'objet d'une saisie. Pour indiquer la corrélation qui existe entre ces dispositions, il suffit que je reproduise ici seulement leur premier paragraphe. Ils se lisent ainsi:

87. Nonobstant toute autre loi du Parlement du Canada ou toute loi de la législature d'une province, mais sous réserve du paragraphe (2) et de l'article 83, les biens suivants sont exemptés de taxation, savoir:

ⁱ a) l'intérêt d'un Indien ou d'une bande dans une réserve ou des terres cédées; et

ⁱ b) les biens personnels d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve; . . . [Je souligne.]

^j 89. (1) Sous réserve de la présente loi, les biens réels et personnels d'un Indien ou d'une bande situés sur une

not subject to charge, pledge, mortgage, attachment, levy, seizure, distress or execution in favour or at the instance of any person other than an Indian. [Emphasis added.]

I will, however, have occasion to refer to other portions of these sections as well as to other provisions of the *Indian Act*.

I shall begin with a consideration of the meaning of the phrase "Her Majesty" in s. 90(1)(b) of the Act, which, as noted by the Chief Justice, formed the crux of the dispute as presented by the parties.

The Chief Justice concedes in his reasons that by the traditional canons of statutory interpretation a convincing case can be made for limiting the meaning of the term "Her Majesty" in s. 90(1)(b) to Her Majesty in right of Canada. This concession rests on the fact that a reading of the Act, as a whole, leads to the conclusion that the term "Her Majesty", unless specifically qualified, is meant to refer solely to the federal Crown. As the Chief Justice notes, the constitutional division of powers precludes interpreting "Her Majesty" as including the provincial Crowns in many sections of the Act. To take one example, reading "Her Majesty" as including the provincial Crowns in the context of ss. 18 and 37-41 of the Act would be to deny the federal Crown's plenary responsibility respecting "Indian Lands". Moreover, provisions such as ss. 35(1) and 114(1) also make it clear that whenever Parliament meant to include "Her Majesty in right of a province", it was careful to make it clear by using explicit terms. In the absence of such specific indication, and remembering that the *Indian Act* defines an area of federal responsibility, one would expect that an unqualified reference to "Her Majesty" should be taken as limited to the federal Crown.

This argument is all the stronger in the context of s. 90(1)(b). The reference to "moneys appropriated by Parliament" in s. 90(1)(a) makes it clear that "Her Majesty" must be limited to the federal Crown in that subsection. The absence of

réserve ne peuvent pas faire l'objet d'un privilège, d'un nantissement, d'une hypothèque, d'une opposition, d'une réquisition, d'une saisie ou d'une exécution en faveur ou à la demande d'une personne autre qu'un Indien. [Je souligne.]

J'aurai cependant l'occasion de mentionner d'autres parties de ces articles ainsi que d'autres dispositions de la *Loi sur les Indiens*.

Je vais d'abord examiner le sens de l'expression «Sa Majesté» à l'al. 90(1)b) de la Loi qui, comme l'a souligné le Juge en chef, est au centre du litige exposé par les parties.

Le Juge en chef reconnaît dans ses motifs que, selon les principes traditionnels d'interprétation législative, on peut présenter des arguments convaincants en faveur de la restriction du sens de l'expression «Sa Majesté», que l'on trouve à l'al. 90(1)b), à Sa Majesté du chef du Canada. Cette reconnaissance s'appuie sur le fait qu'à la lecture de la Loi, dans son ensemble, on peut conclure que l'expression «Sa Majesté», à moins de précision, se rapporte seulement à la Couronne fédérale. Comme le Juge en chef le souligne, le partage constitutionnel des compétences empêche d'interpréter l'expression «Sa Majesté» comme comprenant les Couronnes provinciales dans plusieurs dispositions de la Loi. Par exemple, considérer que l'expression «Sa Majesté» comprend les Couronnes provinciales dans le contexte des art. 18 et 37 à 41 de la Loi serait nier l'entière responsabilité de la Couronne fédérale à l'égard des «terres réservées aux Indiens.» En outre, des dispositions comme les par. 35(1) et 114(1) établissent également clairement que lorsque le Parlement a voulu inclure «Sa Majesté du chef d'une province», il a pris soin de le faire clairement en employant des termes explicites. En absence d'une telle précision, et ayant à l'esprit que la *Loi sur les Indiens* définit un domaine de responsabilité fédérale, il faut comprendre qu'une mention sans autre précision de «Sa Majesté» est restreinte à la Couronne fédérale.

Cet argument est d'autant plus convaincant dans le contexte de l'al. 90(1)b). La mention de «fonds votés par le Parlement» à l'al. 90(1)a) établit clairement qu'à cet alinéa l'expression «Sa Majesté» doit être restreinte à la Couronne fédé-

specific terms expanding the meaning of the expression in s. 90(1)(b), is, in my view, a strong indication that Parliament intended that the term "Her Majesty" bear the same meaning in the whole of s. 90. It seems passing strange that the same words should be accorded different meanings in the same sentence. Paragraphing is, of course, used only as a convenient device to assist understanding.

Similarly, Indian treaties are matters of federal concern and, as I see it, the terms "treaty" and "agreement" in s. 90(1)(b) take colour from one another. It must be remembered that treaty promises are often couched in very general terms and that supplementary agreements are needed to flesh out the details of the commitments undertaken by the Crown; see for an example of such an agreement *Greyeyes v. The Queen*, [1978] 2 F.C. 385 (T.D.)

Finally, the use of the term "given" in s. 90(1)(b) can be taken as a distinct and pointed reference to the process of cession of Indian lands. It is important to bear in mind that the Crown often committed itself to giving personal property and payments of annuities to Indians in return for the surrender of their traditional homelands. I shall have occasion to touch on these payments later, but for the moment limit myself to pointing out that the choice of the term "given" is decidedly an unhappy one if the section is meant to apply to any personal property that Indian bands could acquire pursuant to the whole range of agreements that might be concluded with a provincial Crown. If that is the meaning Parliament wished the section to bear, it is hard to conceive of a more convoluted and sibylline way of stating something that could be so easily expressed in clear and direct terms.

The Cases Relied On

The Chief Justice finds support for the trial judge's interpretation of s. 90(1)(b) in the decision of the Privy Council in *Attorney-General for Quebec v. Nipissing Central Railway Co.*, [1926] A.C. 715, and that of Spence J. on a motion in this Court in *Nickel Rim Mines Ltd. v. Attorney Gen-*

rale. À mon avis, l'absence de mots précis pour élargir le sens de l'expression contenue à l'al. 90(1)(b), indique fortement que le Parlement voulait que l'expression «Sa Majesté» ait le même sens dans tout l'art. 90. Il serait fort étrange qu'on doive donner différents sens aux mêmes termes dans une même phrase. La division en paragraphes constitue évidemment un moyen pratique de faciliter la compréhension.

De même, les traités conclus avec les Indiens relèvent du domaine fédéral et j'estime que les termes «traité» et «accord» à l'al. 90(1)(b) déteignent l'un sur l'autre. Il faut se rappeler que les promesses contenues dans les traités sont souvent formulées en des termes très généraux et que des accords supplémentaires sont nécessaires pour préciser les engagements pris par la Couronne; voir l'exemple d'un tel accord dans la décision *Greyeyes c. La Reine*, [1978] 2 C.F. 385 (D.P.I.)

Enfin, l'emploi du terme «donnés» à l'al. 90(1)(b) peut être considéré comme une mention distincte et significative du processus de cession des terres indiennes. Il est important d'avoir à l'esprit que la Couronne s'est souvent engagée à donner des biens personnels et à verser des rentes aux Indiens en échange de la cession de leurs terres traditionnelles. J'aurai l'occasion de reparler de ces versements plus loin, mais pour l'instant je me restreins à souligner que le choix du terme «donnés» est certainement malheureux si on a voulu que l'article s'applique à tout bien personnel que les bandes indiennes pourraient acquérir conformément à toute la gamme d'accords qui pourraient être conclus avec une Couronne provinciale. Si c'est là le sens que le Parlement a voulu accorder à l'article, il est difficile d'imaginer une façon plus compliquée et sibylline d'exprimer quelque chose qui pouvait être dit si facilement dans des termes clairs et directs.

i La jurisprudence invoquée

Le Juge en chef estime que l'interprétation de l'al. 90(1)(b), donnée par le juge de première instance, est justifiée par l'arrêt du Conseil privé *Attorney-General for Quebec v. Nipissing Central Railway Co.*, [1926] A.C. 715, et les motifs du juge Spence dans une requête présentée devant

eral for Ontario, [1967] S.C.R. 672. In both those cases, the courts were able to find that an unqualified reference to the "Crown" or "Her Majesty" in a federal statute was not necessarily limited to "Her Majesty in right of Canada". On my reading of these decisions, however, I fail, with deference, to see how they assist the position of the respondent in this appeal.

In *Nipissing*, the Privy Council had to deal with the meaning of s. 189 of the *Railway Act, 1919*, S.C. 1919, c. 68. That section provided, in essence, that any railway company could, upon terms prescribed by the Governor-in-Council, take and appropriate "so much of the lands of the Crown lying on the route of the railway" as were necessary to its purposes (at p. 720, emphasis added). The Chief Justice advances the view that the Privy Council, in deciding that s. 189 of the Act made no distinction between federal and provincial lands, was primarily influenced by the fact that s. 189 traced its origins to a pre-Confederation Act of the Province of Canada which could therefore not have intended to differentiate between the two categories of lands. I do not see this as a prime consideration in their Lordship's opinion. When it is remembered that the provinces own most of the land across the country, the decision of the Privy Council must be seen to rest on the recognition that limiting the "Crown" to the Government of Canada would, in effect, have sterilized the ability of Canada to provide for the effective operation of the "Works . . . for the general advantage of Canada" constituted by the interprovincial railways. In giving this interpretation to the meaning of the "Crown" in s. 189 of the *Railway Act*, the Privy Council was simply reading the provision so as to give effect to the obvious purpose of the statute.

Turning to *Nickel Rim Mines Ltd.*, *supra*, the question before the Court there involved the interpretation of s. 105 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1952, c. 259, dealing with the taxation of costs. Section 105 brought about a change to the common law rule that it is improper, on the taxa-

notre Cour dans l'affaire *Nickel Rim Mines Ltd. v. Attorney General for Ontario*, [1967] R.C.S. 672. Dans les deux cas, les tribunaux ont pu conclure qu'une mention sans autre précision de la «Couronne» ou de «Sa Majesté» dans une loi fédérale n'était pas nécessairement restreinte à «Sa Majesté du chef du Canada». En toute déférence, après lecture de ces décisions, je ne vois cependant pas comment elles favorisent la position des intimés dans ce pourvoi.

Dans l'arrêt *Nipissing*, le Conseil privé devait examiner le sens de l'art. 189 de la *Loi des chemins de fer, 1919*, S.C. 1919, ch. 68. Cet article prévoyait essentiellement que toute compagnie de chemin de fer pouvait, aux conditions prescrites par le gouverneur en conseil, prendre et s'approprier «toute partie des terres de la Couronne, sur la ligne du chemin de fer» nécessaire à ses fins (à la p. 720, je souligne). Le Juge en chef émet l'opinion que le Conseil privé, en décidant que l'art. 189 de la Loi ne faisait aucune distinction entre les terres fédérales et provinciales, a été principalement influencé par le fait que l'art. 189 tirait son origine d'une loi de la Province du Canada antérieure à la Confédération et qu'on ne pouvait avoir voulu, dans cette loi, établir de distinction entre les deux catégories de terres. À mon avis, il ne s'agit pas d'une considération essentielle de l'opinion du juge. Lorsqu'on se rappelle que la plupart des terres du pays appartiennent aux provinces, il faut comprendre que l'arrêt du Conseil privé s'appuie sur la reconnaissance que restreindre la «Couronne» au gouvernement du Canada aurait, dans les faits, stérilisé le pouvoir du Canada de veiller à l'exploitation efficace des «ouvrages [. . .] à l'avantage général du Canada» constitués par les chemins de fer interprovinciaux. En donnant ce sens au mot «Couronne» à l'art. 189 de la *Loi des chemins de fer*, le Conseil privé ne faisait qu'interpréter la disposition de façon à réaliser l'objet clair de la Loi.

Quant à l'arrêt *Nickel Rim Mines Ltd.*, précité, la question que devait trancher la Cour portait sur l'interprétation de l'art. 105 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1952, ch. 259, concernant la taxation des frais. L'article 105 apportait une modification à la règle de common law selon

tion of costs in favour of the Crown, to allow counsel fees in respect of services rendered by salaried officers representing the Crown. Spence J., in *Chambers*, was called on to deal with the narrow question whether the unqualified reference to "Her Majesty" in s. 105 of the Act was to be taken as limiting the application of this change to the Crown in right of Canada. The issue accordingly raised a simple point of practice and procedure, and, as I read the result, Spence J. approached the matter in very much the same spirit as if dealing with a problem involving the interpretation of Rules of Court. He viewed the section of the Act essentially as a guide to the Court in its use of discretion and, having concluded that the policy grounds for the awarding of costs were the same for both federal and provincial Crowns, he held that s. 105 would apply to both. It is difficult to see what policy grounds there could be for concluding that it was the intention of Parliament that the federal Crown should stand in a position of privilege with respect to the taxation of costs awarded in its favour.

In summary, the two decisions really stand for little more than the proposition that an unqualified reference to "Her Majesty" in a federal statute can indeed refer to the provincial Crowns when to hold otherwise is not rationally defensible, or leads to an implausible result. But this conclusion has no bearing on the interpretative problem facing us in this appeal. There is no conceptual difficulty or implausibility in concluding that "Her Majesty" bears a uniform meaning throughout s. 90, and proceeding on the basis that the section applies solely to such personal property as the federal Crown confers on Indians in the course of fulfilling its obligations to native peoples, be it pursuant to its treaty commitments, or its responsibilities flowing from s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. Indeed, for reasons to be developed later, I am of the view that any other interpretation does not concord with the tenor of the obligations the Crown has historically assumed *vis-à-vis* the property of native peoples.

laquelle il est interdit, au moment de la taxation des frais en faveur de la Couronne, d'accorder des honoraires d'avocat à l'égard des services rendus par des fonctionnaires représentant la Couronne. ^a Le juge Spence, siégeant en chambre, devait traiter de la question plus étroite de savoir si la mention sans autre précision de «Sa Majesté» à l'art. 105 de la Loi devait s'interpréter comme limitant l'application de cette modification à la Couronne du chef du Canada. ^b Le litige soulevait donc une simple question de pratique et de procédure et, si je comprends bien le résultat, le juge Spence a abordé la question comme s'il s'agissait en fait d'un problème d'interprétation des règles de la Cour. ^c Il a essentiellement considéré l'article de la Loi comme un guide dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour et, après avoir conclu que les principes d'adjudication des frais étaient ^d identiques pour les Couronnes fédérale et provinciales, il a conclu que l'art. 105 s'appliquerait dans les deux cas. Il est difficile de voir quels motifs de principe pourraient justifier de conclure que le Parlement avait l'intention que la Couronne fédérale soit dans une position privilégiée quant à la taxation des frais qui lui sont accordés. ^e

En résumé, les deux arrêts ne signifient vraiment rien de plus qu'une mention sans autre précision de «Sa Majesté» dans une loi fédérale peut effectivement se rapporter aux Couronnes provinciales lorsqu'une autre interprétation ne peut se justifier logiquement ou mène à un résultat invraisemblable. Mais cette conclusion n'a aucune incidence sur le problème d'interprétation que nous devons trancher dans ce pourvoi. ^g On peut conclure sans difficulté ni invraisemblance sur le plan conceptuel que «Sa Majesté» a un sens uniforme dans tout l'art. 90 et on peut examiner la question en ^h présumant que l'article s'applique seulement aux biens personnels que la Couronne fédérale accorde aux Indiens dans l'exécution de ses obligations envers les peuples autochtones, que ce soit conformément à ses engagements par traité ou à ses ⁱ responsabilités découlant du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En effet, pour des raisons que j'exposerai plus loin, je suis d'avis qu'aucune autre interprétation n'est conforme à la ^j teneur des obligations dont s'est historiquement acquittée la Couronne à l'égard des biens des peuples autochtones.

The Historical Record: Sections 87 and 89

Sections 87 and 89, the sections to which the deeming provision of s. 90 of the *Indian Act* applies, confer protection on certain categories of property held by Indians. An examination of the history of these sections is illuminating for it demonstrates that, while the Crown has traditionally recognized an obligation to protect the property of native peoples, this obligation has always been limited to certain well-defined classes of property. Though it might seem somewhat of an oblique approach to the problem, a review of this historical classification of property sheds considerable light on the meaning to be ascribed to "Her Majesty" in s. 90(1)(b). I turn therefore to a consideration of each of the sections to which the deeming provision of s. 90(1)(b) applies.

Section 87, we saw, confers a tax exemption on Indians with respect to their interest in reserve lands or surrendered lands, and their personal property situated on reserves. It is instructive to note that such exemptions from taxation predate Confederation. Professor Bartlett in his monograph *Indians and Taxation in Canada* (2nd ed. 1987), traces the origins of statutory tax exemptions for natives to an Act of the Province of Canada passed in 1850. Section 4 of this statute, entitled *An Act for the protection of the Indians in Upper Canada from imposition, and the property occupied or enjoyed by them from trespass and injury*, S.C. 1850, c. 74, provides:

IV. And be it enacted, That no taxes shall be levied or assessed upon any Indian or any person inter-married with any Indian for or in respect of any of the said Indian lands, nor shall any taxes or assessments whatsoever be levied or imposed upon any Indian or any person inter-married with any Indian so long as he, she or they shall reside on Indian lands not ceded to the Crown, or which having been so ceded may have been again set apart by the Crown for the occupations of Indians.

As Professor Bartlett notes, this exemption from taxation remained unchanged until the passage of Canada's first *Indian Act*, 1876, S.C. 1876, c. 18.

Le dossier historique: les articles 87 et 89

Les articles 87 et 89, auxquels s'applique la présomption de l'art. 90 de la *Loi sur les Indiens*, accordent une protection à certaines catégories de biens possédés par les Indiens. Un examen de l'historique de ces articles est révélateur, car il démontre que, bien que la Couronne ait traditionnellement reconnu l'obligation de protéger les biens des peuples autochtones, cette obligation a toujours été restreinte à certaines catégories de biens clairement définies. Bien que cela puisse sembler une façon quelque peu détournée d'aborder le problème, un examen de ce classement historique des biens clarifie considérablement le sens qu'il faut accorder à l'expression «Sa Majesté» à l'al. 90(1)(b). Je vais donc examiner chacun des articles auxquels la présomption de l'al. 90(1)(b) s'applique.

Nous avons vu que l'art. 87 accorde une exemption de taxe aux Indiens quant à leur intérêt dans une réserve ou des terres cédées et à leurs biens personnels situés sur une réserve. Il est intéressant de souligner que ces exemptions de taxe sont antérieures à la Confédération. Dans sa monographie intitulée *Indians and Taxation in Canada* (2^e éd. 1987), le professeur Bartlett retrace l'origine de ces exemptions de taxe législatives accordées aux autochtones dans une loi de la Province du Canada adoptée en 1850. L'article 4 de cette loi intitulée *Acte pour protéger les sauvages dans le Haut Canada, contre la fraude, et les propriétés qu'ils occupent ou dont ils ont jouissance, contre tous empiètements et dommages*, S.C. 1850, ch. 74, prévoit:

IV. Et qu'il soit statué, qu'aucune taxe ne sera imposée sur aucun sauvage ou aucune personne mariée avec un sauvage ou une sauvagesse, pour ou à l'égard d'aucune des terres appartenant à des sauvages, et aucune taxe ou cotisation quelconque ne sera prélevée ou imposée sur aucun sauvage ou personne mariée avec un sauvage, tant que la dite personne résidera sur les terres des sauvages non cédées à la couronne, ou qui, ayant ainsi été cédées, pourront avoir été mises à part par la couronne pour l'usage des sauvages.

Comme le souligne le professeur Bartlett, aucune modification n'a été apportée à cette exemption de taxe avant que le Canada adopte

In that Act, which effected a comprehensive consolidation of laws respecting Indians, Parliament, in terms that presage the wording of the present day s. 87, provided in ss. 64 and 65:

64. No Indian or non-treaty Indian shall be liable to be taxed for any real or personal property, unless he holds real estate under lease or in fee simple, or personal property, outside of the reserve or special reserve, in which case he shall be liable to be taxed for such real or personal property at the same rate as other persons in the locality in which it is situate.

65. All land vested in the Crown, or in any person or body corporate, in trust for or for the use of any Indian or non-treaty Indian, or any band or irregular band of Indians or non-treaty Indians shall be exempt from taxation.

Section 89 weaves another strand into the protection afforded property of natives by shielding the real and personal property of an Indian or a band situated on a reserve from ordinary civil process. In terms that call to mind the present day section, Parliament in 1876 stated in s. 66 of the first *Indian Act*:

66. No person shall take any security or otherwise obtain any lien or charge, whether by mortgage, judgment or otherwise, upon real or personal property of any Indian or non-treaty Indian within Canada, except on real or personal property subject to taxation under section sixty-four of this Act: Provided always, that any person selling any article to an Indian or non-treaty Indian may, notwithstanding this section, take security on such article for any part of the price thereof which may be unpaid. [Emphasis added.]

I draw attention to the fact that s. 64, reproduced above, provides that Indians holding lands or personal property in their own right outside the reserve hold that property on the same basis as all other similarly situated property holders.

Section 90 first appeared in its present form in the *Indian Act*, S.C. 1951, c. 29. Professor Bartlett in his monograph, *op. cit.*, at p. 46, points out that this section has as its historical antecedents provisions in early Indian legislation which exempted

pour la première fois l'*Acte des Sauvages*, 1876, S.C. 1876, ch. 18. Dans cette loi, qui constitue une codification complète des lois relatives aux Indiens, le Parlement, dans des termes qui laissent présager la formulation actuelle de l'art. 87, prévoyait aux art. 64 et 65:

64. Nul Sauvage ou Sauvage sans traités ne pourra être taxé pour aucune propriété mobilière ou immobilière, à moins qu'il ne possède une terre à bail ou en pleine propriété, ou des biens-meubles en dehors de la réserve ou réserve spéciale, auquel cas il pourra être taxé pour ces biens meubles ou immeubles, au même taux que les autres personnes de la localité où ils sont situés.

65. Toute terre attribuée à la Couronne, ou à quelque personne ou corporation, en fidéicomis pour un Sauvage ou un Sauvage sans traités, ou une bande ou une bande irrégulière de Sauvages ou de Sauvages sans traités, ou pour leur usage, sera exempte de taxe.

L'article 89 procure un autre élément de protection aux autochtones en soustrayant à l'application des règles ordinaires du droit civil les biens réels et personnels d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve. En des termes qui nous rappellent ceux de l'article actuel, le Parlement a adopté en 1876 l'art. 66 du premier *Acte des Sauvages*:

66. Nul ne prendra de garantie ni n'obtiendra autrement aucun privilège ou droit, soit par hypothèque, jugement ou autrement, sur des biens mobiliers ou immobiliers d'un Sauvage ou d'un Sauvage sans traités en Canada, excepté sur les biens mobiliers ou immobiliers pouvant être taxés en vertu de la soixante-quatrième section du présent acte; pourvu toujours que toute personne qui vendra quelque article à un Sauvage ou un Sauvage sans traités, pourra, nonobstant la présente section, prendre une garantie sur cet article pour toute partie du prix de vente qui n'en aura pas été payée. [Je souligne.]

Je tiens à souligner que l'art. 64, reproduit précédemment, prévoit que les Indiens qui possèdent des terres ou des biens personnels à titre de propriétaire à l'extérieur de la réserve possèdent ces biens comme tout autre possesseur de biens situés au même endroit.

L'article 90 est apparu pour la première fois sous sa forme actuelle dans la *Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29. Dans sa monographie, *op. cit.*, à la p. 46, le professeur Bartlett souligne que les dispositions historiques antérieures de cet article se

from seizure “presents” and “annuities” given to Indians. Thus s. 69 of the *Indian Act, 1876* provides as follows:

69. No presents given to Indians or non-treaty Indians, nor any property purchased, or acquired with or by means of any annuities granted to Indians or any part thereof or otherwise howsoever, and in the possession of any band of such Indians or of any Indian of any band or irregular band, shall be liable to be taken, seized or distrained for any debt, matter or cause whatsoever. Nor in the province of British Columbia, the province of Manitoba, the North-West Territories or in the territory of Keewatin, shall the same be sold, bartered, exchanged or given by any band or irregular band of Indians or any Indian of any such band to any person or Indian other than an Indian of such band; and any such sale, barter, exchange or gift shall be absolutely null and void, unless such sale, barter, exchange or gift be made with the written assent of the Superintendent-General or his agent; and whosoever buys or otherwise acquires any presents or property purchased as aforesaid, without the written consent of the Superintendent-General, or his agent as aforesaid, is guilty of a misdemeanor, and is punishable by fine not exceeding two hundred dollars, or by imprisonment not exceeding six months, in any place of confinement other than a penitentiary.

Similar provisions appear in all the versions of the *Indian Act* until 1951 when s. 90 first appeared.

The above-noted sections should be read alongside other provisions in the early Indian Acts which set important constraints on the alienability of lands that had been set aside for the use of Indians. Sections 25 *et seq.* of the *Indian Act, 1876*, for example, provide for the surrender of lands set aside for the “use of the Indians” under conditions that are essentially the same as those set out in ss. 37 and 39 of the present day Act. By these terms, the alienation, lease, or other disposal of lands set aside for Indians is conditional on the transfer first being made to “Her Majesty”, and on approval being accorded by the Governor-in-Council.

As is clear from the comments of the Chief Justice in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 383, these legislative restraints on the

trouvent dans des lois indiennes anciennes qui prévoyaient l'insaisissabilité des «présents» et des «annuités» accordés aux Indiens. Ainsi, l'art. 69 de l'*Acte des Sauvages, 1876* prévoit ce qui suit:

69. Les présents faits aux Sauvages ou Sauvages sans traités, ni aucune propriété acquise ou achetée au moyen des annuités ou d'une partie des annuités accordées aux Sauvages, ou de quelque autre manière que ce soit, et en possession d'une bande de ces Sauvages ou de quelque Sauvage d'une bande ou d'une bande irrégulière, ne pourront être pris, saisis ou vendus pour aucune dette, matière ou cause quelconque; ils ne pourront non plus, dans la province de la Colombie-Britannique, la province de Manitoba, les territoires du Nord-Ouest, ou le territoire de Kéwatin, être vendus, troqués, échangés ou donnés par une bande ou bande irrégulière de Sauvages ou par aucun Sauvage de pareille bande, à aucune personne ou Sauvage autre qu'à des Sauvages de cette bande; et toute telle vente, troc, échange ou don sera absolument nul et de nul effet, à moins qu'il n'ait lieu avec le consentement par écrit du Surintendant-Général ou de son agent; et quiconque achètera ou autrement acquerra des présents ou propriétés achetées comme susdit, sans le consentement du Surintendant-Général ou de son agent, sera coupable de délit (*misdemeanor*) et passible d'une amende n'excédant pas deux cents piastres, ou d'un emprisonnement n'excédant pas six mois dans tout lieu de détention autre qu'un pénitencier.

Des dispositions semblables se trouvent dans toutes les versions des lois sur les Indiens jusqu'en 1951 alors que l'art. 90 est apparu pour la première fois.

Les articles reproduits précédemment devraient être interprétés de concert avec les autres dispositions des anciennes lois sur les Indiens qui établissaient des restrictions importantes à l'aliénabilité des terres qui avaient été réservées à l'usage des Indiens. Par exemple, les art. 25 et suiv. de l'*Acte des Sauvages, 1876*, prévoient la cession de terres réservées à «l'usage des Sauvages» à des conditions qui sont essentiellement les mêmes que celles établies aux art. 37 et 39 de la loi actuelle. Selon ces conditions, l'aliénation, le louage ou toute autre disposition des terres réservées aux Indiens est conditionnelle au transfert qui doit d'abord être fait à «Sa Majesté» et à l'approbation du gouverneur en conseil.

Comme il ressort clairement des remarques du Juge en chef dans l'arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, à la p. 383, ces restrictions

alienability of Indian lands are but the continuation of a policy that has shaped the dealings between the Indians and the European settlers since the time of the Royal Proclamation of 1763. The historical record leaves no doubt that native peoples acknowledged the ultimate sovereignty of the British Crown, and agreed to cede their traditional homelands on the understanding that the Crown would thereafter protect them in the possession and use of such lands as were reserved for their use; see the comments of Professor Slatery in his article "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at p. 753. The sections of the *Indian Act* relating to the inalienability of Indian lands seek to give effect to this protection by interposing the Crown between the Indians and the market forces which, if left unchecked, had the potential to erode Indian ownership of these reserve lands. This Court, in its recent decision of *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654, alluded to this point when it noted, at p. 677, that the feature of inalienability was adopted as a protective measure for the Indian population lest it be persuaded into improvident transactions.

I take it to be obvious that the protections afforded against taxation and attachment by ss. 87 and 89 of the *Indian Act* go hand-in-hand with these restraints on the alienability of land. I noted above that the Crown, as part of the consideration for the cession of Indian lands, often committed itself to giving goods and services to the natives concerned. Taking but one example, by terms of the "numbered treaties" concluded between the Indians of the prairie regions and part of the Northwest Territories, the Crown undertook to provide Indians with assistance in such matters as education, medicine and agriculture, and to furnish supplies which Indians could use in the pursuit of their traditional vocations of hunting, fishing, and trapping. The exemptions from taxation and distraint have historically protected the ability of Indians to benefit from this property in two ways. First, they guard against the possibility that one branch of government, through the imposition of taxes, could erode the full measure of the benefits given by that branch of government entrusted with the supervision of Indian affairs.

législatives à l'aliénabilité des terres des Indiens ne font que s'inscrire dans une politique qui a défini les relations entre les Indiens et les colons européens depuis l'époque de la Proclamation royale de 1763. D'après le dossier historique, il n'y a aucun doute que les peuples autochtones ont reconnu la souveraineté ultime de la Couronne britannique et ont accepté de céder leurs terres traditionnelles pourvu que la Couronne les protège par la suite dans leur possession et usage des terres qui leur étaient réservées; voir les remarques du professeur Slatery dans son article «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727, à la p. 753. Les articles de la *Loi sur les Indiens* relatifs à l'inaliénabilité des terres des Indiens visent à mettre en application cette protection en interposant la Couronne entre les Indiens et les forces du marché qui, en l'absence de contrôle, étaient susceptibles de miner le titre de propriété des Indiens sur ces terres réservées. Dans l'arrêt récent *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654, notre Cour fait état de ce point lorsqu'elle souligne, à la p. 677, que le caractère inaliénable a été adopté pour protéger les Indiens contre des transactions irréfléchies.

À mon sens, il est évident que la protection accordée par les art. 87 et 89 de la *Loi sur les Indiens* contre la taxation et la saisie va de pair avec ces restrictions apportées à l'aliénabilité des terres. J'ai souligné précédemment que la Couronne, en contrepartie de la cession des terres des Indiens, s'est souvent engagée à offrir des biens et services aux autochtones intéressés. Pour ne citer qu'un exemple, en vertu des «traités numérotés» conclus entre les Indiens de la région des Prairies et d'une partie des territoires du Nord-Ouest, la Couronne s'est engagée à aider les Indiens en matière d'éducation, de médecine et d'agriculture et à leur fournir les approvisionnements qu'ils pourraient utiliser dans la poursuite de leurs vocations traditionnelles de chasse, de pêche et de piégeage. Historiquement, les exemptions de taxe et de saisie ont protégé de deux façons la capacité des Indiens de profiter de cette propriété. Premièrement, elles empêchent qu'un palier de gouvernement, par l'imposition de taxes, puisse porter atteinte à l'intégrité des bénéfices accordés par le palier de gouvernement responsable du contrôle

Secondly, the protection against attachment ensures that the enforcement of civil judgments by non-natives will not be allowed to hinder Indians in the untrammelled enjoyment of such advantages as they had retained or might acquire pursuant to the fulfillment by the Crown of its treaty obligations. In effect, these sections shield Indians from the imposition of the civil liabilities that could lead, albeit through an indirect route, to the alienation of the Indian land base through the medium of foreclosure sales and the like; see Brennan J.'s discussion of the purpose served by Indian tax immunities in the American context in *Bryan v. Itasca County*, 426 U.S. 373 (1976), at p. 391.

In summary, the historical record makes it clear that ss. 87 and 89 of the *Indian Act*, the sections to which the deeming provision of s. 90 applies, constitute part of a legislative "package" which bears the impress of an obligation to native peoples which the Crown has recognized at least since the signing of the Royal Proclamation of 1763. From that time on, the Crown has always acknowledged that it is honour-bound to shield Indians from any efforts by non-natives to dispossess Indians of the property which they hold *qua* Indians, i.e., their land base and the chattels on that land base.

It is also important to underscore the corollary to the conclusion I have just drawn. The fact that the modern-day legislation, like its historical counterparts, is so careful to underline that exemptions from taxation and distraint apply only in respect of personal property situated on reserves demonstrates that the purpose of the legislation is not to remedy the economically disadvantaged position of Indians by ensuring that Indians may acquire, hold, and deal with property in the commercial mainstream on different terms than their fellow citizens. An examination of the decisions bearing on these sections confirms that Indians who acquire and deal in property outside lands reserved for their use, deal with it on the same basis as all other Canadians.

des affaires indiennes. Deuxièmement, la protection contre les saisies assure que l'exécution de jugements obtenus par des non-Indiens en matière civile ne pourra entraver les Indiens dans la libre jouissance des avantages qu'ils ont acquis ou pourront acquérir conformément à l'exécution par la Couronne de ses obligations prévues par traité. Dans les faits, ces articles ont protégé les Indiens contre l'imposition d'obligations de nature civile qui pouvaient conduire, quoique indirectement, à l'aliénation de leurs terres à la suite de ventes forcées et par d'autres moyens semblables; voir l'examen par le juge Brennan du but des exemptions de taxe accordées aux Indiens en contexte américain dans l'arrêt *Bryan v. Itasca County*, 426 U.S. 373 (1976), à la p. 391.

En résumé, le dossier historique indique clairement que les art. 87 et 89 de la *Loi sur les Indiens*, auxquels s'applique la présomption de l'art. 90, font partie d'un ensemble législatif qui fait état d'une obligation envers les peuples autochtones, dont la Couronne a reconnu l'existence tout au moins depuis la signature de la Proclamation royale de 1763. Depuis ce temps, la Couronne a toujours reconnu qu'elle est tenue par l'honneur de protéger les Indiens de tous les efforts entrepris par des non-Indiens pour les déposséder des biens qu'ils possèdent en tant qu'Indiens, c'est-à-dire leur territoire et les chatels qui y sont situés.

Il est également important de souligner la conséquence de la conclusion que je viens de tirer. Le fait que la loi contemporaine, comme sa contrepartie historique, prenne tant de soin pour souligner que les exemptions de taxe et de saisie ne s'appliquent que dans le cas des biens personnels situés sur des réserves démontre que l'objet de la Loi n'est pas de remédier à la situation économiquement défavorable des Indiens en leur assurant le pouvoir d'acquérir, de posséder et d'aliéner des biens sur le marché à des conditions différentes de celles applicables à leurs concitoyens. Un examen des décisions portant sur ces articles confirme que les Indiens qui acquièrent et aliènent des biens situés à l'extérieur des terres réservées à leur usage le font aux mêmes conditions que tous les autres Canadiens.

The Cases

The approach I have taken is fully supported by the cases. In *Francis v. The Queen*, [1956] S.C.R. 618, this Court made it clear that Indians were liable to pay custom duties in respect of goods brought directly over the international border onto a reserve. The tax exemption conferred by the then s. 86 (now s. 87) was held to have no application because of the fact that the excise tax attached at the international border, and hence before the property in question could become situated on a reserve.

Reference should also be made to the decision of the British Columbia Court of Appeal in *Leonard v. R. in Right of British Columbia* (1984), 52 B.C.L.R. 389, leave to appeal to this Court refused, [1984] 2 S.C.R. viii. There it was held that Indians could be assessed provincial sales tax in respect of purchases made on portions of their lands that they had conditionally surrendered to Her Majesty in right of Canada for the purpose of attracting commercial leases. I find myself in respectful agreement with the following observation of Macfarlane J.A. as to the limits of s. 87(b), at p. 395:

It is a reasonable interpretation of the section to say that a tax exemption on the *personal* property of an Indian will be confined to the place where the holder of such property is expected to have it, namely on the lands which an Indian occupies as an Indian, the reserve. Indians who surrender their lands to non-Indians on lease give up the right to occupation, and when they own or possess personal property on those surrendered lands I think that they are in no different position than any other citizen. [Emphasis in original.]

In another recent decision, *Leighton v. B.C. (Gov't)*, [1989] 3 C.N.L.R. 136, the British Columbia Court of Appeal again had occasion to consider the significance of the phrase "situated on a reserve" in s. 87(b) of the *Indian Act*. In what I take to be a sound approach, Lambert J.A. held that when considering whether tangible personal property owned by Indians can benefit from the

La jurisprudence

Ma façon d'aborder le litige est tout à fait conforme à la jurisprudence. Dans l'arrêt *Francis v. The Queen*, [1956] R.C.S. 618, notre Cour a expliqué clairement que les Indiens étaient responsables du paiement des droits de douane pour les marchandises transportées directement sur une réserve après avoir franchi la frontière internationale. La Cour a conclu que l'exemption de taxe accordée par l'art. 86 (maintenant l'art. 87) ne s'appliquait pas parce que la taxe d'accise était imposée à la frontière internationale et donc avant que le bien en question puisse devenir situé sur une réserve.

Il convient également de mentionner l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique *Leonard v. R. in Right of British Columbia* (1984), 52 B.C.L.R. 389, autorisation de pourvoi devant notre Cour refusée, [1984] 2 R.C.S. viii. Dans cet arrêt, la cour a conclu qu'on pouvait exiger des Indiens le paiement d'une taxe de vente provinciale à l'égard des acquisitions faites sur les parties de terres qu'ils avaient cédées conditionnellement à Sa Majesté du chef du Canada pour favoriser des baux commerciaux. En toute déférence, je suis d'accord avec l'observation suivante du juge Macfarlane de la Cour d'appel quant aux limites de l'al. 87b), à la p. 395:

[TRADUCTION] Il est raisonnable d'interpréter l'article en disant qu'une exemption de taxe sur un bien *personnel* d'un Indien sera restreinte à l'endroit où le possesseur de ce bien est censé l'avoir en sa possession, c'est-à-dire sur les terres qu'un Indien occupe en tant qu'Indien, la réserve. Les Indiens qui cèdent par bail leurs terres à des non-Indiens renoncent au droit d'occupation et j'estime que, lorsqu'ils sont propriétaires de biens meubles ou en ont la possession sur ces terres cédées, ils ne sont pas dans une situation différente de celle de tout autre citoyen. [En italique dans l'original.]

Dans un autre arrêt récent, *Leighton v. B.C. (Gov't)*, [1989] 3 C.N.L.R. 136, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a encore eu l'occasion d'examiner le sens de l'expression «situés sur une réserve» à l'al. 87b) de la *Loi sur les Indiens*. En utilisant une méthode que j'estime judicieuse, le juge Lambert de la Cour d'appel a conclu que, pour décider si des biens personnels tangibles

exemption from taxation provided for in s. 87, it will be appropriate to examine the pattern of use and safekeeping of the property in order to determine if the paramount location of the property is indeed situated on the reserve. I have no doubt that it will normally be appropriate to take a fair and liberal approach to the problem whether the paramount location of tangible property or a chose-in-action is situated on the reserve; see *Metlakatla Ferry Service Ltd. v. B.C. (Gov't)* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 308 (C.A.) But I would reiterate that in the absence of a discernible nexus between the property concerned and the occupancy of reserve lands by the owner of that property, the protections and privileges of ss. 87 and 89 have no application.

I draw attention to these decisions by way of emphasizing once again that one must guard against ascribing an overly broad purpose to ss. 87 and 89. These provisions are not intended to confer privileges on Indians in respect of any property they may acquire and possess, wherever situated. Rather, their purpose is simply to insulate the property interests of Indians in their reserve lands from the intrusions and interference of the larger society so as to ensure that Indians are not dispossessed of their entitlements. The Alberta Court of Appeal in *Bank of Nova Scotia v. Blood*, [1990] 1 C.N.L.R. 16, captures the essence of the matter when it states, at p. 18, in reference to s. 87, that: "In its terms the section is intended to prevent interference with Indian property on a reserve."

If any additional evidence is needed to confirm this conclusion, it may be found in an examination of s. 89(2). By the terms of this provision, personal property sold to an Indian may still be subject to attachment, even when situated on a reserve, in that a person who sells to an Indian purchaser under a conditional sales agreement retains his right to the property pending completion of the agreement. There could be no clearer illustration of the fact that s. 89 is not meant to arm Indians with privileges they can exercise in acquiring and dealing with property in the general market-place, but, rather, is simply limited in its purpose to

appartenant à des Indiens peuvent être exemptés de taxation en vertu de l'art. 87, il est approprié d'examiner le genre d'usage et de garde du bien pour déterminer si l'emplacement prépondérant du bien est vraiment situé sur une réserve. Je ne doute pas qu'il sera normalement approprié d'aborder de façon juste et libérale la question de savoir si l'emplacement prépondérant du bien tangible ou du droit d'action est situé sur une réserve; voir l'arrêt *Metlakatla Ferry Service Ltd. v. B.C. (Gov't)* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 308 (C.A.) Mais je répéterais qu'en l'absence d'un lien discernable entre le bien en question et l'occupation des terres réservées par le propriétaire de ce bien, les protections et privilèges des art. 87 et 89 ne s'appliquent pas.

J'attire l'attention sur ces décisions pour souligner encore une fois qu'il faut éviter d'accorder une portée trop large aux art. 87 et 89. Ces dispositions n'ont pas pour but d'accorder des privilèges aux Indiens à l'égard de tous les biens qu'ils peuvent acquérir et posséder, peu importe l'endroit où ils sont situés. Leur but est plutôt simplement de protéger des ingérences et des entraves de la société en général les droits de propriété des Indiens sur leurs terres réservées pour veiller à ce que ceux-ci ne soient pas dépouillés de leurs droits. La Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *Bank of Nova Scotia v. Blood*, [1990] 1 C.N.L.R. 16, saisit l'essence du problème lorsqu'elle affirme, à la p. 18, au sujet de l'art. 87 que: [TRADUCTION] «D'après ses termes, l'article a pour objet d'empêcher qu'on porte atteinte aux biens des Indiens sur une réserve».

Si d'autres éléments de preuve sont nécessaires pour confirmer cette conclusion, on peut les trouver en examinant le par. 89(2). D'après les termes de ce paragraphe, les biens personnels vendus à un Indien peuvent toujours faire l'objet d'une saisie, même lorsqu'ils sont situés sur une réserve, en ce sens qu'une personne qui vend un bien à un Indien en vertu d'un contrat de vente conditionnelle conserve son droit de propriété jusqu'à exécution complète du contrat. On ne pourrait trouver d'exemple plus clair du fait que l'art. 89 n'a pas pour but de conférer aux Indiens des privilèges qu'ils peuvent exercer en acquérant et en aliénant des biens sur le

preventing non-natives from interfering with the ability of Indians to enjoy such duly acquired property as they hold on their reserve lands. That, of course, is why s. 89 places no constraints on the ability of Indians to charge, pledge, or mortgage property among themselves.

The Deeming Provision of s. 90

The next question to be asked is how the deeming provision of s. 90(1)(b) compliments this scheme for the protection of native property. As we have seen, ss. 87 and 89 protect the personal property of Indians from taxation and distraint provided that property is situated on a reserve. Section 90(1)(b) superadds an additional layer of protection to a subset of the personal property possessed by Indians. By operation of the statutory notional *situs* of s. 90(1)(b), personal property that is given to Indians by "Her Majesty" pursuant to a "treaty or agreement" is deemed always to be situated on a reserve, and is therefore protected regardless of its actual *situs*. The range of the property protected in this fashion will vary greatly, according to whether one construes the term "Her Majesty" in s. 90(1)(b) as referring solely to the federal Crown, or as including the provincial Crowns as well. I consider the ramifications of each alternative in turn.

If, as I believe, the term "Her Majesty" in s. 90(1)(b) is limited to the federal Crown, it follows that the exemptions and privileges of ss. 87 and 89 will apply, regardless of *situs*, solely in respect of such property as the federal Crown gives to Indians in acquitting itself of its responsibilities pursuant to treaties, and their ancillary agreements. This interpretation is consistent with the historical antecedents to the section inasmuch as I interpret the terms "presents" and "annuities" in those sections as a reference to moneys the Crown has committed itself to giving Indians pursuant to the cession by Indians of their native lands.

The reason why Parliament would have chosen to provide that personal property of this sort should be protected regardless of where that prop-

marché général, mais qu'il vise plutôt à empêcher les non-Indiens de porter atteinte à la capacité des Indiens de jouir de ces biens acquis en bonne et due forme tant qu'ils demeurent sur leur réserve. Cela explique évidemment pourquoi l'art. 89 n'impose aucune restriction à la capacité des Indiens de grever, de mettre en gage ou d'hypothéquer des biens entre eux.

b La présomption de l'art. 90

La question suivante à laquelle il faut répondre est de savoir comment la présomption de l'al. 90(1)(b) complète ce régime de protection des biens des autochtones. Comme nous l'avons vu, les art. 87 et 89 protègent les biens personnels des Indiens contre la taxation et la saisie pourvu que ces biens soient situés sur une réserve. L'alinéa 90(1)(b) rajoute une autre forme de protection à une sous-catégorie de biens personnels possédés par les Indiens. Par application du *situs* fictif prévu à l'al. 90(1)(b), les biens personnels donnés aux Indiens par «Sa Majesté» conformément à un «traité ou accord» sont toujours tenus pour situés sur une réserve et sont donc protégés sans égard à leur véritable *situs*. L'éventail des biens ainsi protégés variera considérablement selon que l'on interprète l'expression «Sa Majesté» à l'al. 90(1)(b) comme se rapportant seulement à la Couronne fédérale ou comme comprenant également les Couronnes provinciales. Je vais examiner tour à tour les ramifications de chaque interprétation.

Si, comme je le crois, l'expression «Sa Majesté» à l'al. 90(1)(b) est limitée à la Couronne fédérale, il s'ensuit que les exemptions et privilèges des art. 87 et 89 s'appliqueront seulement, sans égard au *situs*, aux biens que la Couronne fédérale donne aux Indiens en s'acquittant de ses responsabilités conformément aux traités et à leurs accords accessoires. Cette interprétation est conforme aux antécédents historiques de l'article dans la mesure où j'interprète les termes «présents» et «annuités» dans ces articles comme renvoyant aux sommes que la Couronne s'est engagée à donner aux Indiens par suite de la cession de leurs terres ancestrales.

La raison pour laquelle le Parlement aurait voulu protéger ces biens personnels sans égard à l'endroit où ils sont situés est évidente. Tout sim-

erty is situated is obvious. Simply put, if treaty promises are to be interpreted in the sense in which one may assume them to have been naturally understood by the Indians, one is led to conclude that the Indian signatories to the treaties will have taken it for granted that property given to them by treaty would be protected regardless of *situs*. In the case of chattels, I am aware of no historical evidence that would suggest that Indians ever expected that their ability to derive the full benefit of this property could be placed in jeopardy because of the ability of non-natives to impose liens or taxes on it every time it was necessary to remove this property from the reserve. Similarly, when the Crown acquits treaty and ancillary obligations through the payment of moneys relating to assistance in spheres such as education, housing, and health and welfare, it cannot be accepted that Indians ever supposed that their treaty right to these entitlements could be compromised on the strength of subtle legal arguments that the property concerned, though undoubtedly property to which the Indians were entitled pursuant to an agreement engaging the honour of the Crown, was notionally situated off the reserve and therefore subject to the imposition of taxes or to attachment. It would be highly incongruous if the Crown, given the tenor of its treaty commitments, were permitted, through the imposition of taxes, to diminish in significant measure the ostensible value of the benefits conferred.

I think it was precisely this reasoning that led the Federal Court Trial Division in *Greyeyes v. The Queen, supra*, to conclude that a scholarship paid to an Indian student pursuant to an agreement setting out the details of the Federal Government's promise in Treaty No. 6 to provide assistance for education, should be deemed to be situated on a reserve by the operation of s. 90(1)(b).

In support of my view that Indians will have perceived that their treaty benefits were given unconditionally, I would point to the following extract from the report of the Treaty Commissioners in respect of Treaty No. 8. The passage is eloquent testimony to the fact that native peoples

plement, s'il faut donner aux promesses contenues dans les traités ce qui, peut-on présumer, a été le sens naturel compris par les Indiens, on est porté à conclure que les Indiens qui ont signé les traités auront tenu pour acquis que les biens qui leur étaient donnés par traité seraient protégés sans égard au *situs*. Dans le cas des chatels, je ne dispose d'aucun élément de preuve historique qui laisserait entendre que les Indiens ont déjà envisagé que leur capacité de profiter pleinement de ces biens pourrait être compromise en raison du pouvoir des non-Indiens d'imposer des privilèges ou des taxes chaque fois qu'il était nécessaire de sortir ce bien de la réserve. De même, lorsque la Couronne s'acquitte de ses obligations prévues par traités et accords accessoires en versant des sommes à titre d'aide en matière d'éducation, de logement, de santé et de bien-être notamment, on ne peut accepter que les Indiens aient déjà cru que ces droits conférés par traité pourraient être compromis en raison d'arguments juridiques subtils portant que les biens en question, bien qu'il ne fasse pas de doute qu'il s'agit de biens auxquels les Indiens avaient droit conformément à un accord que la Couronne était tenue par honneur de respecter, étaient fictivement situés à l'extérieur de la réserve et donc susceptibles d'être taxés ou saisis. Il serait très étrange que la Couronne, compte tenu de la teneur de ses engagements par traités, ait pu, en imposant des taxes, diminuer sensiblement la valeur apparente des avantages accordés.

Je crois que c'est précisément ce raisonnement qui a incité la Section de première instance de la Cour fédérale dans la décision *Greyeyes c. La Reine*, précitée, à conclure qu'une bourse d'étude versée à une étudiante indienne conformément à un accord établissant les détails de la promesse du gouvernement fédéral dans le traité n° 6 de fournir assistance en matière d'éducation devrait être tenue pour située sur une réserve par application de l'al. 90(1)b).

À l'appui de mon avis que les Indiens ont compris que les avantages prévus par traités leur ont été accordés de façon inconditionnelle, je soulignerais l'extrait suivant du rapport des commissaires chargés de négocier le traité n° 8. Le passage témoigne de façon éloquente que les peuples

feared that the imposition of taxes would seriously interfere with their ability to maintain a traditional way of life on the lands reserved for their use, and, additionally, leaves no doubt that Indians were promised that their entitlements would be exempt from taxation:

There was expressed at every point the fear that the making of the Treaty would be followed by the curtailment of the hunting and fishing privileges, and many were impressed with the notion that the Treaty would lead to taxation and enforced military service.

We assured them that the Treaty would not lead to any forced interference with their mode of life, that it did not open the way to the imposition of any tax, and that there was no fear of enforced military service. [Treaty No. 8, 1899 (Queen's Printer, Ottawa), as quoted in Bartlett, *supra*, at p. 5.]

In summary, I conclude that an interpretation of s. 90(1)(b), which sees its purpose as limited to preventing non-natives from hampering Indians from benefiting in full from the personal property promised Indians in treaties and ancillary agreements, is perfectly consistent with the tenor of the obligations that the Crown has always assumed *vis-à-vis* the protection of native property.

Section 90(1)(b) Including the Provincial Crowns

I turn next to the second of the two alternative readings of "Her Majesty" in s. 90(1)(b). If this term is meant to include the provincial Crowns, the exemptions and privileges of ss. 87 and 89 will apply to a much wider range of personal property. In effect, it would follow inexorably that the notional *situs* of s. 90(1)(b) will extend these protections to any and all personal property that could enure to Indians through the whole range of agreements that might be concluded between an Indian band and Her Majesty in right of a province.

As I see it, if one is to reject the interpretation advanced above, that s. 90(1)(b) refers solely to property which inures to Indians from the federal Crown through operation of the treaties and ancillary agreements, there is no basis in logic for the further assumption that some, but not all agreements, between Indian bands and Provincial Crown would be contemplated by the provision.

autochtones craignaient que l'imposition de taxes compromette sérieusement leur capacité de conserver leur mode de vie traditionnel sur les terres réservées à leur usage et, de plus, il ne laisse planer aucun doute qu'on avait promis aux Indiens que leurs droits seraient exemptés de taxation:

Ils exprimèrent partout la crainte que la signature du traité ne fut suivie d'une restriction des privilèges de chasse et de pêche, et plusieurs étaient convaincus que le traité conduisait à la taxation et au service militaire obligatoire.

Nous les assurâmes que le traité ne mènerait à aucune intervention forcée dans leur manière de vivre, qu'il n'ouvrirait aucune voie pour l'imposition de taxes, et qu'ils n'avaient pas à craindre le service militaire obligatoire. [Traité n° 8, 1899 (Imprimeur de la Reine, Ottawa), aux pp. 5 et 6.]

En résumé, je conclus qu'une interprétation de l'al. 90(1)(b), qui considère que son seul objet est d'empêcher les non-Indiens de gêner les Indiens dans leur pleine jouissance des biens personnels promis par traités et par accords accessoires, est tout à fait conforme à la teneur des obligations que la Couronne s'est toujours engagée à respecter à l'égard de la protection des biens des autochtones.

L'alinéa 90(1)(b) et l'inclusion des Couronnes provinciales

J'examine maintenant la deuxième façon d'interpréter l'expression «Sa Majesté» à l'al. 90(1)(b). Si on a voulu que cette expression inclue les Couronnes provinciales, les exemptions et privilèges des art. 87 et 89 s'appliqueront à un éventail beaucoup plus large de biens personnels. En fait, il s'ensuivrait inexorablement que le *situs* fictif prévu à l'al. 90(1)(b) étendrait ces protections à tous les biens personnels qui pourraient échoir aux Indiens en vertu de toute la gamme d'accords qui pourraient être conclus entre une bande indienne et Sa Majesté du chef d'une province.

À mon avis, si on doit rejeter l'interprétation proposée plus haut, selon laquelle l'al. 90(1)(b) ne vise que les biens que les Indiens obtiennent de la Couronne fédérale en vertu des traités et des accords accessoires, il est illogique de supposer en outre que la disposition envisage certains traités mais non pas tous les traités conclus entre les bandes indiennes et une Couronne provinciale.

Section 90(1)(b) does not qualify the term “agreement”, and if one interprets “Her Majesty” as including the provincial Crown, it must follow as a matter of due course that s. 90(1)(b) takes in all agreements that could be concluded between an Indian band and a provincial Crown.

It follows inexorably that if an Indian band, pursuant to a purely commercial agreement with a provincial Crown, acquires personal property, that property will be exempt from taxation and dis-traint, regardless of its *situs*. Moreover, the protec-tions of ss. 87 and 89 would apply in respect of any subsequent dealings by the Indian band respecting that property, even if those dealings were confined to ordinary commercial matters. This would have broad ramifications, and I cannot accept the notion that Parliament, in fulfilling its constitu-tional responsibility over Indian affairs, intended that the protective envelope of ss. 87 and 89 should apply on such a broad scale.

My conclusion rests on the fact that such a result cannot be reconciled with the scope of the protections that the Crown has traditionally extended to the property of natives. As I stated earlier, a review of the obligations that the Crown has assumed in this area shows that it has done no more than seek to shield the property of Indians that has an immediate and discernible nexus to the occupancy of reserve lands from interference at the hands of non-natives. The legislation has always distinguished between property situated on reserves and property Indians hold outside reserves. There is simply no evidence that the Crown has ever taken the position that it must protect property simply because that property is held by an Indian as opposed to a non-native.

Indeed, unless one were to take the view that there exist two laws of contract, one applying to Indians and one to non-Indians, it would be dif-ficult to rationalize a result that saw exemptions against taxation and distraint apply in respect of property simply because the person acquiring it happened to be an Indian. But, as I have intimated above, the interpretation of s. 90(1)(b) advanced by the trial judge and affirmed by the Chief Justice must, in logic, lead precisely to this result.

L’alinéa 90(1)b) ne qualifie pas le mot «accord» et si on interprète l’expression «Sa Majesté» comme incluant la Couronne provinciale, il doit s’ensuire normalement que l’al. 90(1)b) englobe tous les accords qui pouvaient être conclus entre une bande indienne et une Couronne provinciale.

Il s’ensuit inexorablement que si une bande indienne, conformément à un accord purement commercial avec une Couronne provinciale, acquiert des biens personnels, ces biens seront exemptés de taxation et de saisie sans égard à leur *situs*. En outre, les protections des art. 87 et 89 s’appliqueraient à toute opération ultérieure effec-tuée par la bande indienne à l’égard de ces biens, même si cette opération était restreinte à des questions commerciales ordinaires. Il en découle-rait des ramifications importantes et je ne puis accepter l’idée que le Parlement, en s’acquittant de sa responsabilité constitutionnelle en matière d’af-faires indiennes, a voulu que la protection des art. 87 et 89 s’applique sur une si grande échelle.

Ma conclusion s’appuie sur le fait qu’un tel résultat est incompatible avec la portée des protec-tions que la Couronne a traditionnellement accor-dées aux biens des autochtones. Comme je l’ai déjà dit, un examen des obligations assumées par la Couronne dans ce domaine indique qu’elle a tout simplement tenté de protéger des atteintes portées par les non-Indiens les biens des Indiens qui ont un lien direct et discernable avec l’occupation d’une réserve. La loi a toujours établi une distinction entre les biens situés sur des réserves et les biens que les Indiens possèdent à l’extérieur des réserves. Il n’existe tout simplement pas de preuve que la Couronne a déjà affirmé qu’elle doit protéger ces biens simplement parce que ceux-ci sont possédés par un Indien par opposition à un non-Indien.

En effet, à moins de prétendre qu’il existe deux droits des contrats, l’un s’appliquant aux Indiens et l’autre aux non-Indiens, il serait difficile d’expli-quer un résultat où les exemptions de taxe et de saisie s’appliquent à l’égard des biens simplement parce qu’il se trouve que la personne qui les acquiert est un Indien. Mais, comme je l’ai déjà indiqué, l’interprétation de l’al. 90(1)b), proposée par le juge de première instance et confirmée par le Juge en chef, doit, en toute logique, conduire précisément à ce résultat.

When Indian bands enter the commercial mainstream, it is to be expected that they will have occasion, from time to time, to enter into purely commercial agreements with the provincial Crowns in the same way as with private interests. The provincial Crowns are, after all, important players in the market-place. If, then, an Indian band enters into a normal business transaction, be it with a provincial Crown, or a private corporation, and acquires personal property, be it in the form of chattels or debt obligations, how is one to characterize the property concerned? To my mind, it makes no sense to compare it with the property that enures to Indians pursuant to treaties and their ancillary agreements. Indians have a plenary entitlement to their treaty property; it is owed to them *qua* Indians. Personal property acquired by Indians in normal business dealings is clearly different; it is simply property anyone else might have acquired, and I can see no reason why in those circumstances Indians should not be treated in the same way as other people.

There can be no doubt, on a reading of s. 90(1)(b), that it would not apply to any personal property that an Indian band might acquire in connection with an ordinary commercial agreement with a private concern. Property of that nature will only be protected once it can be established that it is situated on a reserve. Accordingly, any dealings in the commercial mainstream in property acquired in this manner will fall to be regulated by the laws of general application. Indians will enjoy no exemptions from taxation in respect of this property, and will be free to deal with it in the same manner as any other citizen. In addition, provided the property is not situated on reserve lands, third parties will be free to issue execution on this property. I think it would be truly paradoxical if it were to be otherwise. As the Chief Justice has pointed out in *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 36:

Indians are citizens and, in affairs of life not governed by treaties or the *Indian Act*, they are subject to all of the responsibilities, including payment of taxes, of other Canadian citizens.

Lorsque les bandes indiennes s'engagent dans le marché commercial, il faut s'attendre à ce qu'elles puissent parfois conclure des accords purement commerciaux avec les Couronnes provinciales de la même façon qu'avec des parties privées. Après tout, les Couronnes provinciales sont des acteurs importants sur le marché. Donc, si une bande indienne conclut une opération commerciale ordinaire, que ce soit avec une Couronne provinciale ou une société privée, et acquiert des biens personnels, que ce soit sous forme de chatels ou de titres de créances, comment doit-on qualifier les biens en question? À mon avis, il est illogique de les comparer aux biens qui échoient aux Indiens conformément aux traités et à leurs accords accessoires. Les Indiens ont un droit absolu à ces biens; ils leur sont dus en tant qu'Indiens. La situation des biens personnels acquis par des Indiens au cours d'opérations commerciales ordinaires est nettement différente; il s'agit simplement de biens que toute autre personne aurait pu acquérir et je ne vois aucune raison pour laquelle dans ces circonstances les Indiens ne devraient pas être traités de la même façon que toute autre personne.

À la lecture de l'al. 90(1)b), il ne fait aucun doute que cette disposition ne s'appliquerait pas aux biens personnels qu'une bande indienne pourrait acquérir par suite d'un accord commercial ordinaire conclu avec un particulier. Les biens de cette nature ne seront protégés que lorsqu'il sera démontré qu'ils sont situés sur une réserve. Par conséquent, toute opération effectuée sur le marché commercial relativement aux biens acquis de cette façon sera régie par les lois d'application générale. Les Indiens ne profiteront d'aucune exemption de taxe à l'égard de ces biens et seront libres de les aliéner de la même manière que tout autre citoyen. De plus, pourvu que les biens ne soient pas situés sur une réserve, les tiers seront libres de les saisir. J'estime qu'il serait vraiment paradoxal qu'il en soit autrement. Comme le Juge en chef l'a souligné dans l'arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la p. 36:

Les Indiens possèdent la citoyenneté canadienne et, dans les affaires qui ne sont régies ni par des traités ni par la *Loi sur les Indiens*, ils ont les mêmes responsabilités, dont le paiement d'impôts, que les autres citoyens canadiens.

But, in my respectful view, the implications flowing from the interpretation the trial judge advanced of s. 90(1)(b) go counter to this statement, for as I have pointed out earlier, as a logical consequence of that interpretation, any time Indians acquired personal property in an agreement with a provincial Crown, even one of a purely commercial character, the exemptions and protections of ss. 87 and 89 would apply in respect of that particular asset, regardless of *situs*.

It would follow that if an Indian band concluded a purely commercial business agreement with a private concern, the protections of ss. 87 and 89 would have no application in respect of the assets acquired pursuant to that agreement, except, of course, if the property was situated on a reserve. It must be remembered that the protections of ss. 87 and 89 will always apply to property situated on a reserve. But the protections of ss. 87 and 89 would attach, regardless of *situs*, if the same band concluded a similar commercial agreement and acquired the same property for the same business ends, but happened to conclude the agreement with a provincial Crown acting in a purely commercial capacity. In other words, the statutory notional *situs* of s. 90(1)(b) would apply or not apply according to whether an Indian band concluded a purely commercial agreement with one party as opposed to another. This result, in my respectful view, defies plausible explanation.

I think it can be seen that any interpretation of s. 90(1)(b) that sees the purpose of that section as extending beyond that of preventing non-natives from interfering with property that enures to Indians as a result of the Crown's obligations under treaties and ancillary agreements, gives a novel and unprecedented extension to the protections that have up to now been conferred by the Crown on the property of Indians. Property acquired pursuant to agreements with a provincial Crown and an Indian band will fall to be protected, regardless of *situs*, simply because it has been acquired by an Indian as opposed to a non-native citizen. The question whether the property has its paramount location on reserve lands, or is property to which

Mais, à mon avis, les incidences de l'interprétation que le juge de première instance propose de donner à l'al. 90(1)b) vont à l'encontre de cette affirmation, car comme je l'ai déjà souligné, cette interprétation aurait pour conséquence logique que chaque fois que les Indiens acquerraient des biens personnels dans le cadre d'un accord avec une Couronne provinciale, même un accord de nature purement commerciale, les exemptions et protections des art. 87 et 89 s'appliqueraient à ces biens, sans égard à leur *situs*.

Il s'ensuivrait que, si une bande indienne concluait un accord purement commercial avec un particulier, les protections des art. 87 et 89 ne s'appliqueraient pas à l'égard des biens acquis conformément à cet accord, sous réserve évidemment du cas où les biens seraient situés sur une réserve. Il faut se rappeler que les protections des art. 87 et 89 s'appliqueront toujours aux biens situés sur une réserve. Mais les protections des art. 87 et 89 s'appliqueraient, sans égard au *situs*, si la même bande concluait un accord commercial similaire et acquérait les mêmes biens aux mêmes fins commerciales, mais se trouvait à conclure l'accord avec une Couronne provinciale dans l'exécution de fonctions purement commerciales. En d'autres termes, l'application du *situs* fictif prévu à l'al. 90(1)b) serait fonction de la question de savoir si une bande indienne a conclu un accord purement commercial avec une partie par opposition à une autre. À mon avis, ce résultat défie toute explication raisonnable.

Je crois qu'on peut constater que toute interprétation de l'al. 90(1)b) selon laquelle cette disposition n'a pas seulement pour objet d'empêcher les non-Indiens de porter atteinte aux biens qui échoient aux Indiens par suite des obligations qui incombent à la Couronne en vertu de traités et d'accords accessoires confère une extension nouvelle et sans précédent aux protections qui ont jusqu'à maintenant été accordées par la Couronne aux biens des Indiens. Les biens acquis conformément aux accords conclus entre une Couronne provinciale et une bande indienne devront être protégés, sans égard à leur *situs*, simplement parce qu'ils ont été acquis par un Indien par opposition à un citoyen non-indien. La question de savoir si

Indians have an entitlement *qua* Indians will be irrelevant. As I see it, if Parliament had intended to cast aside these traditional constraints on the Crown's obligations to protect the property of Indians, it would have expressed this in the clearest of terms. I am loathe to conclude that this result can be made to rest on the strength of a supposed ambiguity in s. 90(1)(b), which, as I have suggested above, can only arguably be an ambiguity if one turns a blind eye to compelling historical and textual arguments.

To reiterate, I simply cannot reconcile the implications that flow from reading the term "Her Majesty" in s. 90(1)(b) as including the provincial Crowns with the scope of the protections that the Crown has accorded Indian property to date. The historical record that so clearly reveals a cogent rationale for protecting the personal property that enures to Indians by operation of treaty obligations regardless of *situs*, is silent as to any reason why personal property that Indian bands acquire from the provincial Crowns should receive the same extraordinary level of protection. Moreover, an examination of s. 90(2) confirms that it is fallacious to interpret s. 90(1)(b) as intended to expand on the scope of the protections that the Crown has traditionally assumed with regard to the protection of native property.

Section 90(2) provides that the Minister of Indian Affairs must approve any transaction purporting to transfer title or any interest in any property to which s. 90(1)(b) applies:

90. ...

(2) Every transaction purporting to pass title to any property that is by this section deemed to be situated on a reserve, or any interest in such property, is void unless the transaction is entered into with the consent of the Minister or is entered into between members of a band or between the band and a member thereof.

A reading of the *Indian Act* shows that this provision is but one of a number of sections which seek to protect property to which Indians may be

l'emplacement prépondérant des biens se situe sur une réserve ou s'il s'agit de biens auxquels les Indiens ont droit en tant qu'Indiens ne sera pas pertinente. À mon avis, si le Parlement avait eu l'intention d'écarter ces limites traditionnelles imposées aux obligations de la Couronne de protéger les biens des Indiens, il l'aurait exprimé clairement. Je répugne à conclure qu'on puisse faire reposer ce résultat sur une prétendue ambiguïté de l'al. 90(1)(b) qui, comme je l'ai déjà dit, peut seulement sembler constituer une ambiguïté si on ferme les yeux face aux arguments convaincants fondés sur l'histoire et sur les textes.

Pour reprendre ce que j'ai dit, je suis tout simplement incapable de concilier les répercussions qui découlent de l'interprétation de l'al. 90(1)(b) selon laquelle l'expression «Sa Majesté» comprend les Couronnes provinciales avec la portée des protections que la Couronne a accordées aux biens des Indiens jusqu'à maintenant. Le dossier historique qui fait ressortir si clairement une justification convaincante de la protection des biens personnels qui échoient aux Indiens par suite de l'exécution des obligations prévues par traités sans égard au *situs*, est silencieux quant aux raisons pour lesquelles les biens personnels que les bandes indiennes acquièrent des Couronnes provinciales devraient bénéficier du même niveau extraordinaire de protection. En outre, un examen du par. 90(2) confirme qu'il est fallacieux d'interpréter l'al. 90(1)(b) comme s'il avait pour but d'étendre la portée des protections que la Couronne a traditionnellement assurées quant aux biens des autochtones.

Le paragraphe 90(2) prévoit que le ministre des Affaires indiennes doit approuver toute opération visant à transférer la propriété d'un bien auquel l'art. 90(1)(b) s'applique, ou un droit sur celui-ci:

90. ...

(2) Toute opération tendant à transporter le titre à un bien considéré, selon le présent article, comme situé sur une réserve, ou tout intérêt dans un semblable bien, est nulle à moins qu'elle n'ait lieu avec le consentement du Ministre ou ne soit conclue entre des membres d'une bande ou entre une bande et l'un de ses membres.

La lecture de la *Loi sur les Indiens* indique que ce paragraphe n'est qu'une des nombreuses dispositions qui tentent de protéger les biens auxquels

said to have an entitlement by virtue of their right to occupy the lands reserved for their use. In addition to the protections relating to Indian lands to which I have already drawn attention, the range of property protected runs from crops raised on reserve lands to deposits of minerals; see ss. 32, 91, 92, 93. These sections restrict the ability of non-natives to acquire the particular property concerned by requiring that the Minister approve all transactions in respect of it. As is the case with the restrictions on alienability to which I drew attention earlier, the intent of these sections is to guard against the possibility that Indians will be victimized by “sharp dealing” on the part of non-natives and dispossessed of their entitlements.

If the meaning of her “Her Majesty” in s. 90(1)(b) is interpreted in the manner I am proposing, there is no difficulty in finding an explanation for the presence of s. 90(2). It is perfectly consistent with the tenor of the commitments made by the Crown to Indians through the centuries that the Crown would seek to protect payments of property owed to Indians pursuant to the Crown’s treaty obligations in exactly the same way in which it protects all other property to which Indians may lay claim by virtue of their status as Indians.

By contrast, if “Her Majesty” is to bear the broad meaning that flows inexorably from the interpretation that the trial judge would ascribe to it, I am unable to find any cogent reason why Parliament would interpose the protective mantle of the federal Crown in this manner. It seems to me to be an extraordinary proposition that Indian bands which conclude ordinary business dealings in the commercial market-place with provincial Crowns, would thereafter be precluded from dealing as free agents in respect of any personal property accruing to them as a result of such agreements. But on a plain reading of s. 90(2), it would fall to the Minister to supervise every commercial transaction purporting to transfer any interest in respect of any property deemed by s. 90(1)(b) to be situated on a reserve. Indeed, by the terms of s. 90(3), a person who enters into any such transac-

les Indiens peuvent prétendre avoir droit en vertu de leur droit d’occupation des terres réservées à leur usage. En plus des protections relatives aux terres indiennes auxquelles j’ai déjà fait allusion, l’éventail des biens protégés s’étend des cultures pratiquées sur les réserves aux dépôts de minéraux; voir les art. 32, 91, 92 et 93. En exigeant que le Ministre donne son consentement à toutes les opérations qui s’y rapportent, ces articles restreignent la capacité d’un non-Indien d’acquérir le bien particulier en question. Comme dans le cas des restrictions à l’aliénabilité auxquelles j’ai fait allusion plus tôt, le but de ces articles est d’éviter que les Indiens soient victimes d’opérations peu scrupuleuses de la part de non-Indiens et dépossédés de leurs droits.

Si l’expression «Sa Majesté» à l’al. 90(1)b) est interprétée comme je le propose, il est facile d’expliquer la présence du par. 90(2). Il est tout à fait conforme à la teneur des engagements pris par la Couronne envers les Indiens au cours des siècles, que celle-ci cherche à protéger les paiements de biens dus aux Indiens, conformément à ses obligations prévues par traités, exactement de la même façon qu’elle protège tous les autres biens auxquels les Indiens peuvent prétendre en vertu de leur statut d’Indiens.

Par contre, si l’expression «Sa Majesté» doit avoir le sens large qui découle inexorablement de l’interprétation que lui donnerait le juge de première instance, je suis incapable de trouver une raison convaincante pour laquelle le Parlement ferait intervenir la protection de la Couronne fédérale de cette manière. Il me semble surprenant d’affirmer que des bandes indiennes qui concluent des opérations commerciales ordinaires sur le marché avec les Couronnes provinciales seraient ensuite empêchées d’agir librement à l’égard des biens personnels leur revenant par suite de ces accords. Mais si on interprète le par. 90(2) selon son sens clair, il reviendrait au Ministre de contrôler toute opération commerciale visant à transférer un droit à l’égard des biens réputés situés sur une réserve en vertu de l’al. 90(1)b). En effet, selon le par. 90(3), une personne qui conclut une telle

tion without the Minister's seal of approval actually commits an offence.

My examination of s. 90(2) and (3) only reinforces me in my conclusion that to endorse the trial judge's interpretation of s. 90(1)(b) and to regard that section as being anything more than a protective measure having the specific and limited purpose of ensuring that non-natives do not dispossess Indians of the entitlements that flow to them by operation of their treaties and ancillary agreements, is to prefer an abstruse and strained reading of the section to a plain and ordinary interpretation fully supported by the historical record.

I conclude that the statutory notional *situs* of s. 90(1)(b) is meant to extend solely to personal property which enures to Indians through the discharge by "Her Majesty" of her treaty or ancillary obligations. Pursuant to s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, it is of course "Her Majesty" in right of Canada who bears the sole responsibility for conferring any such property on Indians, and I would, therefore, limit application of the term "Her Majesty" as used in s. 90(1)(b) to the federal Crown.

Nowegijick v. The Queen

While the textual and historical arguments to be made for limiting the meaning of "Her Majesty" in s. 90(1)(b) to the federal Crown appear to me to be irrefragable, I recognize that it is necessary to ask whether the canons of construction generic to the interpretation of statutes relating to Indians change this result. These canons are, of course, those set out by the Chief Justice in *Nowegijick, supra*, at p. 36.

I note at the outset that I do not take issue with the principle that treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and doubtful expressions resolved in favour of the Indians. In the case of treaties, this principle finds its justification in the fact that the Crown enjoyed a superior bargaining position when negotiating treaties with native peoples. From the perspective of the Indians, treaties were drawn up in a foreign language, and incorporated references to legal concepts of a

opération sans le consentement du Ministre commet effectivement une infraction.

Mon examen des par. 90(2) et (3) ne fait que renforcer ma conclusion que souscrire à l'interprétation de l'al. 90(1)(b) que donne le juge de première instance et considérer cet alinéa comme une disposition qui est plus qu'une mesure de protection ayant spécifiquement et seulement pour objet d'assurer que des non-Indiens ne dépossèdent pas les Indiens des droits qui leur échoient par application de leurs traités et accords accessoires, revient à préférer une interprétation abstruse et forcée de l'article à une interprétation simple et ordinaire tout à fait justifiée par le dossier historique.

Je conclus que le *situs* fictif prévu à l'al. 90(1)(b) est censé ne s'étendre qu'aux biens personnels qui échoient aux Indiens par suite de l'exécution par «Sa Majesté» des obligations que lui impose un traité ou un accord accessoire. Conformément au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, c'est évidemment «Sa Majesté» du chef du Canada qui a l'entière responsabilité d'accorder ces biens aux Indiens, et je limiterais donc l'application de l'expression «Sa Majesté» employée à l'al. 90(1)(b) à la Couronne fédérale.

L'arrêt Nowegijick c. La Reine

Bien que les arguments fondés sur les textes et sur l'histoire que l'on avance pour restreindre le sens de l'expression «Sa Majesté» à l'al. 90(1)(b) à la Couronne fédérale me paraissent irrefragables, je reconnais qu'il est nécessaire de se demander si les principes d'interprétation applicables à l'interprétation des lois relatives aux Indiens modifient ce résultat. Ces principes sont évidemment ceux formulés par le Juge en chef dans l'arrêt *Nowegijick*, précité, à la p. 36.

Je souligne au départ que je ne conteste pas le principe que les traités et les lois visant les Indiens devraient recevoir une interprétation libérale et que toute ambiguïté devrait profiter aux Indiens. Dans le cas des traités, ce principe se justifie par le fait que la Couronne jouissait d'un pouvoir de négociation supérieur au moment de la négociation des traités avec les peuples autochtones. Du point de vue des Indiens, les traités ont été rédigés dans une langue étrangère et faisaient appel à des con-

system of law with which Indians were unfamiliar. In the interpretation of these documents it is, therefore, only just that the courts attempt to construe various provisions as the Indians may be taken to have understood them.

But as I view the matter, somewhat different considerations must apply in the case of statutes relating to Indians. Whereas a treaty is the product of bargaining between two contracting parties, statutes relating to Indians are an expression of the will of Parliament. Given this fact, I do not find it particularly helpful to engage in speculation as to how Indians may be taken to understand a given provision. Rather, I think the approach must be to read the Act concerned with a view to elucidating what it was that Parliament wished to effect in enacting the particular section in question. This approach is not a jettisoning of the liberal interpretative method. As already stated, it is clear that in the interpretation of any statutory enactment dealing with Indians, and particularly the *Indian Act*, it is appropriate to interpret in a broad manner provisions that are aimed at maintaining Indian rights, and to interpret narrowly provisions aimed at limiting or abrogating them. Thus if legislation bears on treaty promises, the courts will always strain against adopting an interpretation that has the effect of negating commitments undertaken by the Crown; see *United States v. Powers*, 305 U.S. 527 (1939), at p. 533.

At the same time, I do not accept that this salutary rule that statutory ambiguities must be resolved in favour of the Indians implies automatic acceptance of a given construction simply because it may be expected that the Indians would favour it over any other competing interpretation. It is also necessary to reconcile any given interpretation with the policies the Act seeks to promote.

It is consideration of this factor that leads me to reject the interpretation the trial judge would give to s. 90(1)(b). The provincial Crowns bear no responsibility to provide for the welfare and protection of native peoples, and I am not prepared to accept that Parliament, in enacting s. 90(1)(b),

cepts juridiques d'un système de droit qui leur était inconnu. Dans l'interprétation de ces documents, il est donc tout simplement juste que les tribunaux tentent d'interpréter les diverses dispositions selon ce que les Indiens ont pu en avoir compris.

Mais selon ma conception de l'affaire, des considérations quelque peu différentes doivent s'appliquer dans le cas des lois visant les Indiens. Alors qu'un traité est le produit d'une négociation entre deux parties contractantes, les lois relatives aux Indiens sont l'expression de la volonté du Parlement. Cela étant, je ne crois pas qu'il soit particulièrement utile d'essayer de déterminer comment les Indiens peuvent comprendre une disposition particulière. Je pense que nous devons plutôt interpréter la loi visée en tentant de déterminer ce que le Parlement voulait réaliser en adoptant l'article en question. Ce point de vue ne constitue pas un rejet de la méthode d'interprétation libérale. Comme je l'ai déjà dit, il est clair que dans l'interprétation d'une loi relative aux Indiens, et particulièrement de la *Loi sur les Indiens*, il convient d'interpréter de façon large les dispositions qui visent à maintenir les droits des Indiens et d'interpréter de façon restrictive les dispositions visant à les restreindre ou à les abroger. Donc si la loi porte sur des promesses contenues dans un traité, les tribunaux vont toujours s'efforcer de rejeter une interprétation qui a pour effet de nier les engagements pris par la Couronne; voir l'arrêt *United States v. Powers*, 305 U.S. 527 (1939), à la p. 533.

En même temps, je n'accepte pas que cette règle salutaire portant que les ambiguïtés législatives doivent profiter aux Indiens revienne à accepter automatiquement une interprétation donnée pour la simple raison qu'il peut être vraisemblable que les Indiens la préférerait à toute autre interprétation différente. Il est également nécessaire de concilier toute interprétation donnée avec les politiques que la Loi tente de promouvoir.

C'est l'examen de ce facteur qui m'amène à rejeter l'interprétation que le juge de première instance donnerait à l'al. 90(1)(b). Les Couronnes provinciales n'ont aucune responsabilité en matière de santé et de protection des peuples autochtones et je ne suis pas prêt à accepter que le Parlement,

intended that the privileges of ss. 87 and 89 exempt Indian bands from taxation and civil process in respect of all personal property that they may acquire pursuant to all agreements with that level of government, regardless of where that property is located. This interpretation is simply too broad. As I have attempted to show, it would take in any agreement relating to purely commercial dealings Indian bands might conclude with the provincial Crowns when competing in the economic mainstream of society. To my mind, such an interpretation takes one beyond the liberal and the generous and subverts the very character of the commitments that the Crown has historically undertaken *vis-à-vis* the protection of native property. I have already stated that I find no evidence in the historical record that the Crown has ever taken upon itself the obligation of protecting the property of natives without regard to the fact whether the "paramount location" of that property can be said to be reserve lands, or whether the property concerned enures to Indians as an incident of their status.

In arriving at his conclusion that the trial judge was correct in interpreting "Her Majesty" in s. 90(1)(b) as including the provincial Crowns, the Chief Justice sets considerable store on what he takes to be the aboriginal perception of "Her Majesty". With deference, I question his conclusion that it is realistic, in this day and age, to proceed on the assumption that from the aboriginal perspective, any federal-provincial divisions that the Crown has imposed on itself are simply internal to itself, such that the Crown may be considered what one might style an "indivisible entity". But even accepting that assumption, it does not follow that fairness requires one to proceed on the basis that Indians would be justified in concluding that all property they may acquire pursuant to agreements with that "indivisible entity" should be automatically protected, regardless of *situs*, by the exemptions and privileges conferred by ss. 87 and 89 of the *Indian Act*. I have no doubt that Indians are very much aware that ordinary commercial dealings constitute "affairs of life" that do not fall to be governed by their

en adoptant l'al. 90(1)(b), a voulu que les privilèges des art. 87 et 89 soustraient les bandes indiennes à la taxation et à l'application des règles du droit civil à l'égard de tous les biens personnels qu'ils peuvent acquérir conformément à tous les accords conclus avec ce palier de gouvernement, sans égard au lieu où ces biens sont situés. Cette interprétation est tout simplement trop large. Comme j'ai tenté de le démontrer, elle viserait tout accord relatif à des opérations purement commerciales que les bandes indiennes pourraient conclure avec les Couronnes provinciales lorsqu'elles entrent en concurrence sur le marché. À mon avis, cette interprétation nous mène au-delà de l'interprétation libérale et généreuse et modifie la nature même des engagements historiques pris par la Couronne à l'égard de la protection des biens des autochtones. J'ai déjà affirmé que je ne trouve aucune preuve dans le dossier historique que la Couronne se soit déjà engagée à protéger les biens des autochtones sans égard à la question de savoir si on peut dire que l'«emplacement prépondérant» de ces biens est situé sur une réserve ou si les biens en question échoient aux Indiens en raison de leur statut.

En concluant que le juge de première instance a eu raison d'interpréter l'expression «Sa Majesté» à l'al. 90(1)(b) comme incluant les Couronnes provinciales, le Juge en chef attache une importance considérable à ce qu'il estime être la perception qu'ont les autochtones de l'expression «Sa Majesté». En toute déférence, je mets en doute sa conclusion qu'il est réaliste, à notre époque, de supposer que, du point de vue des autochtones, toute division fédérale-provinciale que la Couronne a pu s'imposer est simplement interne de sorte que la Couronne peut être considérée comme ce qu'on pourrait appeler une «entité indivisible». Mais même en acceptant cette supposition, il ne s'ensuit pas que l'équité nous oblige à reconnaître que les Indiens seraient justifiés de conclure que tous les biens qu'ils peuvent acquérir conformément aux accords conclus avec cette «entité indivisible» devraient être automatiquement protégés, sans égard à leur *situs*, par les exemptions et privilèges conférés par les art. 87 et 89 de la *Loi sur les Indiens*. Je suis certain que les Indiens sont tout à fait conscients que les opérations commerciales

treaties or the *Indian Act*. Thus I take it that Indians, when engaging in the cut and thrust of business dealings in the commercial mainstream are under no illusions that they can expect to compete from a position of privilege with respect to their fellow Canadians. This distinction, it is fair to say, will be driven home every time Indians do business off their reserve lands. Professor Slat-
tery puts the matter plainly when he notes, *op. cit.*, at p. 776, that the purchases made by Indians in a normal drugstore are governed by laws of general application.

The conclusion I draw is that it is entirely reasonable to expect that Indians, when acquiring personal property pursuant to an agreement with that "indivisible entity" constituted by the Crown, will recognize that the question whether the exemptions of ss. 87 and 89 should apply in respect of that property, regardless of *situs*, must turn on the nature of the property concerned. If the property in question simply represents property which Indians acquired in the same manner any other Canadian might have done, I am at a loss to see why Indians should expect that the statutory notional *situs* of s. 90(1)(b) should apply in respect of it. In other words, even if the Indians perceive the Crown to be "indivisible", it is unclear to me how it could be that Indians could perceive that s. 90(1)(b) is meant to extend the protections of ss. 87 and 89 in an "indivisible" manner to all property acquired by them pursuant to agreements with that entity, regardless of where that property is held. What if the property concerned is property held off the reserve, and was acquired by the Indian band concerned simply with a view to further business dealings in the commercial mainstream?

This brings me back to the objection I voiced earlier, and which was to the effect that on the interpretation of s. 90(1)(b) advanced by the trial judge, it must follow, as a matter of simple logic, that the section is meant to apply to the whole range of agreements between Indian bands and

ordinaires font partie des «choses de la vie» et ne doivent pas être régies par leurs traités ou par la *Loi sur les Indiens*. J'estime que les Indiens, lorsqu'ils se livrent au jeu d'attaques et de ripostes des opérations commerciales sur le marché, ne s'imaginent pas qu'ils jouissent, sur le plan de la concurrence, d'une situation privilégiée par rapport à leurs concitoyens canadiens. Il est juste de dire que cette distinction sera faite chaque fois que les Indiens feront affaires à l'extérieur de leurs réserves. Le professeur Slat-tery l'affirme clairement lorsqu'il souligne, *op. cit.*, à la p. 776, que les achats faits par les Indiens dans une pharmacie ordinaire sont régis par les lois d'application générale.

Je conclus qu'il est tout à fait raisonnable de s'attendre à ce que les Indiens, lorsqu'ils acquièrent des biens personnels conformément à un accord conclu avec cette «entité indivisible» qu'est la Couronne, reconnaissent que la réponse à la question de savoir si les exemptions des art. 87 et 89 devraient s'appliquer à l'égard de ces biens, sans égards à leur *situs*, doit dépendre de la nature des biens en question. S'il s'agit simplement de biens que les Indiens ont acquis de la même manière que tout autre Canadien aurait pu le faire, je suis incapable d'expliquer pourquoi les Indiens devraient s'attendre à ce que le *situs* fictif prévu à l'al. 90(1)(b) s'applique à l'égard de ces biens. En d'autres termes, même si les Indiens perçoivent la Couronne comme étant «indivisible», je ne vois pas comment ils pourraient prétendre que l'al. 90(1)(b) a pour but d'étendre les protections des art. 87 et 89 d'une manière «indivisible» à tous les biens qu'ils ont acquis conformément aux accords conclus avec cette entité, sans égard au lieu où ces biens sont possédés. Qu'en est-il si les biens en question sont possédés à l'extérieur de la réserve et ont été acquis par la bande indienne en question en vue simplement d'effectuer d'autres opérations commerciales sur le marché?

Ces propos me ramènent à l'objection que j'ai formulée antérieurement selon laquelle, d'après l'interprétation de l'al. 90(1)(b) que propose le juge de première instance, il doit s'ensuivre en toute logique qu'on a voulu que l'alinéa s'applique à toute la gamme d'accords pouvant être conclus

provincial Crowns. Once one accepts the assumption that "Her Majesty" includes the provincial Crowns, it would be more an exercise in divination than reasoned statutory interpretation to purport to be able to select from among the full spectrum of agreements that can be concluded between Indian bands and provincial Crowns and conclude that Parliament wished s. 90(1)(b) to apply in one case but not in another. I conclude that by necessarily taking in purely commercial dealings, the broad interpretation proposed by the trial judge would distort the very perception that Indians themselves can, in fairness, be expected to hold of the limits of the extraordinary protection conferred by s. 90(1)(b).

Moreover, I would question the conclusion that interpreting "Her Majesty" as including the provincial Crowns in the context of s. 90(1)(b) is tantamount to resolving the ambiguity of the meaning of this term in favour of the Indians. Sections 87 and 89, as I have shown above, have been crafted so as to place obstacles in the way of non-natives who would presume to dispossess Indians of personal property that is situated on reserves. But when Indians deal in the general market-place, the protections conferred by these sections have the potential to become powerful impediments to their engaging successfully in commercial matters. Access to credit is the lifeblood of commerce, and I find it very difficult to accept that Indians would see any advantage, when seeking credit, in being precluded from putting forth in pledge property they may acquire from provincial Crowns. Indians, I would have thought, would much prefer to have free rein to conduct their affairs as all other fellow citizens when dealing in the commercial mainstream.

To elaborate, if Indians are to be unable to pledge or mortgage such personal property as they acquire in agreements with provincial Crowns, businessmen will have a strong incentive to avoid dealings with Indians. This is simply because the fact that Indians will be liable to be distrained in respect of some classes of property, and not in

entre des bandes indiennes et des Couronnes provinciales. Si on accepte l'hypothèse que l'expression «Sa Majesté» inclut les Couronnes provinciales, prétendre que l'on est en mesure de choisir parmi toute la gamme d'accords qui peuvent être conclus entre une bande indienne et une Couronne provinciale, pour conclure que le Parlement a voulu que l'al. 90(1)b s'applique dans un cas mais non dans l'autre, relèverait davantage de la divination que de l'interprétation législative rationnelle. Je conclus qu'en englobant nécessairement les opérations purement commerciales, l'interprétation large, que propose le juge de première instance, fausserait la perception même qu'on peut s'attendre, en toute justice, à ce que les Indiens eux-mêmes aient des limites de la protection extraordinaire conférée par l'al. 90(1)b.

De plus, je mettrais en doute la conclusion qu'interpréter l'expression «Sa Majesté» comme incluant les Couronnes provinciales dans le contexte de l'al. 90(1)b revient à résoudre l'ambiguïté du sens de cette expression en faveur des Indiens. Comme je l'ai déjà démontré, les art. 87 et 89 ont été conçus pour faire obstacle aux non-Indiens qui voudraient déposséder les Indiens de leurs biens personnels situés sur une réserve. Mais lorsque les Indiens font des affaires sur le marché en général, les protections accordées par ces articles peuvent devenir des obstacles majeurs à leur réalisation d'opérations commerciales réussies. L'obtention de crédit est essentielle dans le commerce et je trouve très difficile de croire que les Indiens verraient un avantage, lorsqu'ils veulent obtenir du crédit, à être empêchés de mettre en gage des biens qu'ils peuvent acquérir de Couronnes provinciales. J'aurais cru que les Indiens auraient préféré davantage avoir les mains libres pour mener leurs affaires comme tout autre concitoyen lorsqu'ils font affaires sur le marché commercial.

Pour préciser davantage, si les Indiens ne peuvent mettre en gage ou hypothéquer les biens personnels qu'ils acquièrent par suite d'accords avec les Couronnes provinciales, les gens d'affaires seront fortement incités à ne pas traiter avec eux. Il en est ainsi simplement parce que le fait que les Indiens puissent faire l'objet d'une saisie à l'égard

respect of others, will introduce a level of complexity in business dealings with Indians that is not present in other transactions. I think it safe to say that businessmen place a great premium on certainty in their commercial dealings, and that, accordingly, the greatest possible incentive to do business with Indians would be the knowledge that business may be conducted with them on exactly the same basis as with any other person. Any special considerations, extraordinary protections or exemptions that Indians bring with them to the market-place introduce complications and would seem guaranteed to frighten off potential business partners.

In summary, while I of course endorse the applicability of the canons of interpretation laid down in *Nowegijick*, it is my respectful view that the interpretation proposed in this particular instance takes one beyond the confines of the fair, large and liberal, and can, in fact, be seen to involve the resolution of a supposed ambiguity in a manner most unfavourable to Indian interests.

Applicability of the Garnishment Act

It follows from my conclusion that the term "Her Majesty" in s. 90(1)(b) is limited to the federal Crown that this section has no application to the agreement that was entered into between the Government of Manitoba and the respondents. This conclusion still leaves to be resolved the question whether it was proper, in the circumstances, to garnish the moneys in question.

It must be remembered that the moneys concerned represent the proceeds of a sales tax which, by virtue of s. 87 of the *Indian Act*, was improperly levied by the Government of Manitoba in that it related to "personal property" of an Indian or band "situated on a reserve". In effect, but for the failure to observe the requirements of the *Indian Act*, these moneys would never have left the reserve and flowed to the provincial coffers. And, given the terms of the agreement between the parties, it is clear that the moneys would have been returned *in toto* to the respondents but for applica-

de certaines catégories de biens, mais non à l'égard d'autres catégories, fera en sorte que les opérations commerciales avec les Indiens atteindront un niveau de complexité qui n'existe pas dans les autres opérations. Je ne pense pas me tromper en affirmant que les gens d'affaires accordent beaucoup d'importance à l'élément de certitude dans leurs opérations commerciales et que, par conséquent, ce qui les inciterait le plus à faire affaires avec les Indiens serait de savoir que les affaires peuvent se dérouler avec eux de la même façon qu'avec toute autre personne. Toutes considérations spéciales, protections ou exemptions extraordinaires que les Indiens apportent avec eux sur le marché suscitent des complications et sembleraient à coup sûr éloigner des partenaires commerciaux éventuels.

En résumé, bien que j'approuve évidemment l'applicabilité des principes d'interprétation formulés dans l'arrêt *Nowegijick*, j'estime, en toute déférence, que l'interprétation proposée dans la présente affaire nous conduit au-delà de ce qui est juste, large et libéral et peut, en fait, sembler résoudre une prétendue ambiguïté d'une façon qui soit des plus défavorables aux droits des Indiens.

L'applicabilité de la Loi sur la saisie-arrêt

Il découle de la conclusion que l'expression «Sa Majesté» à l'al. 90(1)b) est restreinte à la Couronne fédérale, que cette disposition ne s'applique pas à l'accord conclu entre le gouvernement du Manitoba et les intimés. Il reste cependant à déterminer s'il était approprié dans les circonstances de saisir-arrêter les sommes en question.

Il convient de rappeler que les sommes en question constituent le produit d'une taxe de vente qui, en raison de l'art. 87 de la *Loi sur les Indiens*, a été perçue irrégulièrement par le gouvernement du Manitoba du fait qu'elle se rapportait à des «biens personnels» d'un Indien ou d'une bande «situés sur une réserve». En fait, n'eût été l'omission de respecter les conditions de la *Loi sur les Indiens*, ces sommes n'auraient jamais dû quitter la réserve pour se retrouver dans les coffres de la province. En outre, compte tenu des conditions de l'accord entre les parties, il est clair que les sommes

tion of the *Garnishment Act*, R.S.M. 1970, c. G20, C.C.S.M., c. G20.

The trial judge declined to interfere with the garnishment order on the ground that it was necessary to interpret the *Garnishment Act* in a "fair, large, and liberal" manner. While I take no issue with this as a general proposition, I cannot accede to the view that the *Garnishment Act* may operate so as to attach moneys having the specific provenance I have noted above. Section 88 of the *Indian Act* makes it clear that laws of general application are applicable to, and in respect of Indians except to the extent that such laws are inconsistent with the provisions of the *Indian Act*. The purpose of s. 87(b) of that Act is to protect the personal property of Indians from taxation so as to prevent any impairment by the provincial or federal Crowns with the ability of Indians to possess and enjoy that property. Given the broad social purpose behind this exemption, it would be truly anomalous if, as a result of the imposition of an *ultra vires* tax, the application of provincial law were to impair the ability of Indians to be placed in the same position as they would have been but for the improper tax. In other words, I think it makes no sense to proceed on the basis that Parliament meant to say to Indians, "We will protect you against all taxes in respect of such personal property as is situated on reserves, but if you are taxed improperly that illegal tax is liable to be attached". As I see it, this would be tantamount to allowing provincial law to do, via a circuitous and indirect route, what s. 89 of the *Indian Act* explicitly prohibits it from doing directly, i.e., attach the personal property of Indians situated on a reserve. In my view, this result would be inconsistent with the operation of the *Indian Act*, and I therefore conclude that the garnishment order should not have issued.

Moreover, were it necessary to decide the matter on this point, I would hold that Morse J. misconstrued the clear import of s. 3 of the *Garnishment*

auraient été retournées intégralement aux intimés n'eût été de l'application de la *Loi sur la saisie-arrêt*, L.R.M. 1970, ch. G20, C.P.L.M., ch. G20.

^a Le juge de première instance a refusé de toucher à l'ordonnance de saisie-arrêt parce qu'il jugeait nécessaire d'interpréter la *Loi sur la saisie-arrêt* d'une manière [TRADUCTION] «juste, large et libérale». Bien que je ne conteste pas cela comme proposition générale, je ne puis souscrire à l'opinion que la *Loi sur la saisie-arrêt* peut s'appliquer de façon à saisir des sommes qui proviennent précisément de l'endroit décrit précédemment.

^b L'article 88 de la *Loi sur les Indiens* énonce clairement que les lois d'application générale sont applicables aux Indiens sauf dans la mesure où elles sont incompatibles avec les dispositions de la *Loi sur les Indiens*. L'objet de l'al. 87b) de cette loi est de soustraire les biens personnels des Indiens à la taxation de manière à empêcher les Couronnes provinciales ou fédérale de porter atteinte à leur capacité de posséder ces biens et d'en jouir.

^c Compte tenu de l'objectif social général qui sous-tend cette exemption, il serait vraiment anormal que, par suite de l'imposition d'une taxe inconstitutionnelle, l'application du droit provincial porte atteinte à la capacité des Indiens de se retrouver dans la situation même où ils auraient dû être n'eût été la taxe irrégulière. En d'autres termes, je pense qu'il est absurde de présumer que le Parlement a voulu dire aux Indiens [TRADUCTION] «Nous vous protégerons contre toute taxe imposée sur des biens personnels situés sur une réserve, mais si vous êtes taxés de façon irrégulière, cette taxe illégale pourra faire l'objet d'une saisie». À mon avis, cela reviendrait à permettre au droit provincial de faire par un moyen détourné et indirect ce que l'art. 89 de la *Loi sur les Indiens* interdit explicitement de faire directement, c'est-à-dire saisir les biens personnels des Indiens situés sur une réserve. À mon avis, ce résultat serait incompatible avec l'application de la *Loi sur les Indiens*, et je conclus donc que l'ordonnance de saisie-arrêt n'aurait pas dû être rendue.

^d De plus, s'il était nécessaire de trancher l'affaire sur ce point, j'affirmerais que le juge Morse a mal interprété le sens clair de l'art. 3 de la *Loi sur la*

Act when he held it would apply to the agreement in question here. That section provides:

3 The Government of Manitoba may be garnished under any Act of the Legislature, the same as ordinary persons, with regard to moneys due or accruing due to persons employed or paid by the government.

The words "moneys due or accruing due to persons employed or paid by the government" in s. 3 of that Act, in my respectful view, can be seen to refer solely to debts of the Government arising pursuant to agreements relating to the provision of work or services. It is clear that the nature of the obligation existing between the Government of Manitoba and the respondents here cannot be said to have its origins in an agreement of this nature.

Disposition

I would dismiss the appeal with costs throughout.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Houston & MacIver, Winnipeg.

Solicitors for the respondents: Skwark, Myers, Kussin, Weinstein, Winnipeg.

saisie-arrêt lorsqu'il a conclu qu'il s'appliquerait à l'accord en question. Cet article prévoit:

3 Il peut être procédé à des saisies-arrêts entre les mains du gouvernement du Manitoba sous le régime des lois de la Législature tout comme il peut l'être dans le cas de particuliers, en ce qui concerne les sommes dues ou à échoir aux personnes employées ou payées par le gouvernement.

À mon avis, on peut considérer que les termes «les sommes dues ou à échoir aux personnes employées ou payées par le gouvernement» à l'art. 3 de cette loi se rapportent seulement aux dettes du gouvernement découlant des accords relatifs au travail ou à la fourniture de services. Il est clair qu'on ne peut affirmer que la nature de l'obligation existant entre le gouvernement du Manitoba et les intimés en l'espèce trouve son origine dans un accord de cet ordre.

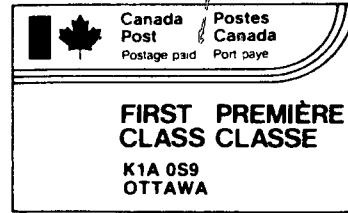
Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants: Houston & MacIver, Winnipeg.

Procureurs des intimés: Skwark, Myers, Kussin, Weinstein, Winnipeg.



*If undelivered, return COVER ONLY to
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 1990 Vol. 2

2^e cahier, 1990 Vol. 2

Cited as [1990] 2 S.C.R. 151-309

Renvoi [1990] 2 R.C.S. 151-309

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

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretaries
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1990.

CONTENTS

Apple Computer, Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.;
Apple Computer, Inc. v. 115778 Canada Inc. 209

Copyright — Infringement — Computer programs — Silicon chips — Computer manufacturer holding registered copyright in operating system programs etched into silicon chips — Whether computer programs embodied in silicon chips continue to be protected by copyright — Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30, s. 3(1).

Bhatnager v. Canada (Minister of Employment and Immigration) 217

Contempt of court — Ministers of Crown failing to comply with Federal Court's order requiring production of file within specified time — Order served on Ministers' solicitor but not on Ministers personally — Whether Ministers can be held liable in contempt — Whether Ministers vicariously liable — Federal Court Rules, C.R.C. 1978, c. 663, Rules 308, 311, 355.

R. v. B. (J.) 307

Appeal — Mootness — Young offender challenging constitutionality of Ontario's alternative measures program on basis that it infringes ss. 15(1) and 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Supreme Court of Canada holding in concurrent judgment that s. 4 of Young Offenders Act does not oblige provinces to implement such program — Issue raised in this appeal rendered moot by Supreme Court of Canada's judgment

Continued on next page

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

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1990.

SOMMAIRE

Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.;
Apple Computer, Inc. c. 115778 Canada Inc. 209

Droit d'auteur — Violation — Programmes d'ordinateur — Microplaquettes électroniques — Fabricant d'ordinateurs titulaire d'un droit d'auteur enregistré sur des programmes d'un système d'exploitation gravés sur des microplaquettes électroniques — Les programmes d'ordinateur incorporés dans des microplaquettes électroniques continuent-ils d'être protégés par le droit d'auteur? — Loi sur le droit d'auteur, S.R.C. 1970, ch. C-30, art. 3(1).

Bhatnager c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) 217

Outrage au tribunal — Défaut de ministres de la Couronne de se conformer à une ordonnance de la Cour fédérale exigeant la production d'un dossier dans un délai précis — Ordonnance signifiée au procureur des ministres mais pas aux ministres eux-mêmes — Les ministres peuvent-ils être tenus responsables pour outrage au tribunal? — Les ministres sont-ils responsables du fait d'autrui? — Règles de la Cour fédérale, C.R.C. 1978, ch. 663, Règles 308, 311, 355.

R. c. B. (J.) 307

Appel — Caractère théorique — Constitutionnalité du programme ontarien de mesures de rechange contestée par un jeune contrevenant pour le motif que ce programme viole les

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

— Admission criteria set out in Ontario's program not infringing ss. 15(1) and 7 of the Charter.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality before the law — Fundamental justice — Eligibility for Ontario's alternative measures program based upon nature of offences charged against young offender — Admission criteria set out in Ontario's program not infringing ss. 15(1) and 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, s. 4.

R. v. Hebert 151

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Right to silence — Scope of right to silence — Accused refusing to make statements to police after consulting counsel — Accused later making inculpatory statements to undercover police officer placed in his cell — Whether accused's right to remain silent infringed — If so, whether statements admissible — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(2).

Constitutional law — Charter of Rights — Waiver — Right to silence — Whether doctrine of waiver applies to right to silence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits — Accused refusing to make statements to police after consulting counsel — Accused later making inculpatory statements to undercover police officer placed in his cell — Violation of accused's right to remain silent — Whether limit imposed on accused's right to remain silent "prescribed by law" within the meaning of s. 1 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Accused refusing to make statements to police after consulting counsel — Accused later making inculpatory statements to undercover police officer placed in his cell — Violation of accused's right to remain silent — Whether statements should be excluded pursuant to s. 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Evidence — Confessions — Admissibility — Accused refusing to make statements to police after consulting counsel — Accused later making inculpatory statements to undercover police officer placed in his cell — Violation of accused's right to remain silent — Whether statements admissible — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. v. P. (J.) 300

Appeal — Mootness — Young offender challenging constitutionality of Ontario's alternative measures program on basis that it infringes ss. 15(1) and 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Supreme Court of Canada holding in concurrent judgment that s. 4 of Young Offenders Act does not oblige provinces to implement such program — Issue raised in this appeal rendered moot by Supreme Court of Canada's judgment — Admission criteria set out in Ontario's program not infringing ss. 15(1) and 7 of the Charter.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality before the law — Fundamental justice — Eligibility for Ontario's alternative measures program based upon nature of offences charged

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

art. 15(1) et 7 de la Charte canadienne des droits et libertés — Arrêt connexe de la Cour suprême du Canada concluant que l'art. 4 de la Loi sur les jeunes contrevenants n'oblige pas les provinces à mettre ce programme en œuvre — Question soulevée dans le présent pourvoi devenue théorique par suite de l'arrêt de la Cour suprême du Canada — Les critères d'admissibilité au programme de l'Ontario ne portent pas atteinte aux art. 15(1) et 7 de la Charte.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Égalité devant la loi — Justice fondamentale — Admissibilité au programme de mesures de rechange en Ontario fondée sur la nature des infractions imputées au jeune contrevenant — Les critères d'admissibilité au programme de l'Ontario ne portent pas atteinte aux art. 15(1) et 7 de la Charte canadienne des droits et libertés — Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110, art. 4.

R. c. Hebert 151

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit de garder le silence — Portée du droit de garder le silence — Refus de l'accusé de faire des déclarations aux policiers après avoir consulté un avocat — Déclarations incriminantes faites ultérieurement par l'accusé à un agent de police banalisé placé dans sa cellule — Le droit de l'accusé de garder le silence a-t-il été violé? — Dans l'affirmative, les déclarations sont-elles recevables? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(2).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Renonciation — Droit de garder le silence — La doctrine de la renonciation s'applique-t-elle au droit de garder le silence? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Limites raisonnables — Refus de l'accusé de faire des déclarations aux policiers après avoir consulté un avocat — Déclarations incriminantes faites ultérieurement par l'accusé à un agent de police banalisé placé dans sa cellule — Violation du droit de l'accusé de garder le silence — La limite imposée au droit de l'accusé de garder le silence est-elle une limite prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Refus de l'accusé de faire des déclarations aux policiers après avoir consulté un avocat — Déclarations incriminantes faites ultérieurement par l'accusé à un agent de police banalisé placé dans sa cellule — Violation du droit de l'accusé de garder le silence — Les déclarations devraient-elles être écartées en application de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Preuve — Confessions — Recevabilité — Refus de l'accusé de faire des déclarations aux policiers après avoir consulté un avocat — Déclarations incriminantes faites ultérieurement par l'accusé à un agent de police banalisé placé dans sa cellule — Violation du droit de l'accusé de garder le silence — Les déclarations sont-elles recevables? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

against young offender — Admission criteria set out in Ontario's program not infringing ss. 15(1) and 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, s. 4.

R. v. S. (G.) 294

Appeal — Mootness — Young offender challenging constitutionality of Ontario's alternative measures program on basis that it infringes ss. 15(1) and 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Supreme Court of Canada holding in concurrent judgment that s. 4 of Young Offenders Act does not oblige provinces to implement such program — Issue raised in this appeal rendered moot by Supreme Court of Canada's judgment — Admission criteria set out in Ontario's program not infringing ss. 15(1) and 7 of the Charter.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality before the law — Fundamental justice — Eligibility for Ontario's alternative measures program based upon nature of offences charged against young offender — Admission criteria set out in Ontario's program not infringing ss. 15(1) and 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, s. 4.

R. v. S. (S.) 254

Criminal law — Young offenders — Alternative measures — Ontario choosing not to implement alternative measures programs — Whether s. 4 of Young Offenders Act imposes mandatory obligation on provinces to authorize such programs — Whether s. 4 *intra vires* Parliament — Whether Ontario's failure to implement alternative measures programs infringes a young offender's right to equality before the law under s. 15 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, ss. 3, 4.

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Young Offenders Act — Alternative measures — Provinces permitted under s. 4 of Young Offenders Act to implement alternative measures programs for young offenders — Whether s. 4 *intra vires* Parliament — Whether s. 4 encroaches upon provincial jurisdiction over child welfare — Whether s. 4 is unconstitutional delegation of Parliament's authority over criminal law — Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(13) — Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, s. 4.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality before the law — Discrimination on basis of province of residence — Ontario failing to implement alternative measures programs pursuant to s. 4 of Young Offenders Act — Whether Ontario's failure to implement such programs infringes s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether s. 4 of the Act infringes s. 15(1) of Charter — Impact of s. 15(1) of Charter on distinctions based upon province of residence in the application of a valid federal law.

R. v. T. (A.) 304

Appeal — Mootness — Young offender challenging constitutionality of Ontario's alternative measures program on basis that it infringes ss. 15(1) and 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Supreme Court of Canada holding in concurrent judgment that s. 4 of Young Offenders Act does not oblige

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

R. c. P. (J.) 300

Appel — Caractère théorique — Constitutionnalité du programme ontarien de mesures de rechange contestée par un jeune contrevenant pour le motif que le programme viole les art. 15(1) et 7 de la Charte canadienne des droits et libertés — Arrêt connexe de la Cour suprême du Canada concluant que l'art. 4 de la Loi sur les jeunes contrevenants n'oblige pas les provinces à mettre ce programme en œuvre — Question soulevée dans le présent pourvoi devenue théorique par suite de l'arrêt de la Cour suprême du Canada — Les critères d'admissibilité au programme de l'Ontario ne portent pas atteinte aux art. 15(1) et 7 de la Charte.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Égalité devant la loi — Justice fondamentale — Admissibilité au programme de mesures de rechange en Ontario fondée sur la nature des infractions imputées au jeune contrevenant — Les critères d'admissibilité au programme de l'Ontario ne portent pas atteinte aux art. 15(1) et 7 de la Charte canadienne des droits et libertés — Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110, art. 4.

R. c. S. (G.) 294

Appel — Caractère théorique — Constitutionnalité du programme ontarien de mesures de rechange contestée par un jeune contrevenant pour le motif que ce programme viole les art. 15(1) et 7 de la Charte canadienne des droits et libertés — Arrêt connexe de la Cour suprême du Canada concluant que l'art. 4 de la Loi sur les jeunes contrevenants n'oblige pas les provinces à mettre ce programme en œuvre — Question soulevée dans le présent pourvoi devenue théorique par suite de l'arrêt de la Cour suprême du Canada — Les critères d'admissibilité au programme de l'Ontario ne portent pas atteinte aux art. 15(1) et 7 de la Charte.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Égalité devant la loi — Justice fondamentale — Admissibilité au programme de mesures de rechange en Ontario fondée sur la nature des infractions imputées au jeune contrevenant — Les critères d'admissibilité au programme de l'Ontario ne portent pas atteinte aux art. 15(1) et 7 de la Charte canadienne des droits et libertés — Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110, art. 4.

R. c. S. (S.) 254

Droit criminel — Jeunes contrevenants — Mesures de rechange — L'Ontario choisit de ne pas mettre en œuvre des programmes de mesures de rechange — L'article 4 de la Loi sur les jeunes contrevenants impose-t-il aux provinces une obligation impérative d'autoriser de tels programmes? — L'article 4 est-il *intra vires* du Parlement? — L'omission de l'Ontario de mettre en œuvre un programme de mesures de rechange est-elle une atteinte au droit d'un jeune contrevenant à l'égalité devant la loi en vertu de l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110, art. 3, 4.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs législatifs — Loi sur les jeunes contrevenants — Mesures de rechange — L'article 4 de la Loi sur les jeunes contrevenants autorise les provinces à mettre en œuvre des programmes de mesures de rechange

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

provinces to implement such program — Issue raised in this appeal rendered moot by Supreme Court of Canada's judgment — Admission criteria set out in Ontario's program not infringing ss. 15(1) and 7 of the Charter.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality before the law — Fundamental justice — Eligibility for Ontario's alternative measures program based upon nature of offences charged against young offender — Admission criteria set out in Ontario's program not infringing ss. 15(1) and 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, s. 4.

Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario ... 232

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Profession restricting members' advertising — Whether or not restrictions an infringement of freedom of expression — If so, whether or not restrictions justified — Regulation 447 of the Health Disciplines Act, R.R.O. 1980, ss. 37(39), (40) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).

SOMMAIRE (Fin)

pour les jeunes contrevenants — L'article 4 est-il *intra vires* du Parlement? — L'article 4 empiète-t-il sur la compétence provinciale en matière de protection de l'enfance? — L'article 4 opère-t-il une délégation inconstitutionnelle de la compétence du Parlement relativement au droit criminel? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(13) — Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110, art. 4.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Égalité devant la loi — Discrimination fondée sur la province de résidence — Omission par l'Ontario de mettre en œuvre un programme de mesures de rechange conformément à l'art. 4 de la Loi sur les jeunes contrevenants — L'omission de l'Ontario de mettre en œuvre un tel programme viole-t-elle l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — L'article 4 de la Loi viole-t-il l'art. 15(1) de la Charte? — Effet de l'art. 15(1) de la Charte sur des distinctions fondées sur la province de résidence dans l'application d'une loi fédérale valide.

R. c. T. (A.) 304

Appel — Caractère théorique — Constitutionnalité du programme ontarien de mesures de rechange contestée par un jeune contrevenant pour le motif que ce programme viole les art. 15(1) et 7 de la Charte canadienne des droits et libertés — Arrêt connexe de la Cour suprême du Canada concluant que l'art. 4 de la Loi sur les jeunes contrevenants n'oblige pas les provinces à mettre ce programme en œuvre — Question soulevée dans le présent pourvoi devenue théorique par suite de l'arrêt de la Cour suprême du Canada — Les critères d'admissibilité au programme de l'Ontario ne portent pas atteinte aux art. 15(1) et 7 de la Charte.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Égalité devant la loi — Justice fondamentale — Admissibilité au programme de mesures de rechange en Ontario fondée sur la nature des infractions imputées au jeune contrevenant — Les critères d'admissibilité au programme de l'Ontario ne portent pas atteinte aux art. 15(1) et 7 de la Charte canadienne des droits et libertés — Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110, art. 4.

Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario 232

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Restriction par un corps professionnel de la publicité faite par ses membres — Les restrictions portent-elles atteinte à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, les restrictions sont-elles justifiées? — Le règlement 447 de la Loi sur les sciences de la santé, R.R.O. 1980, art. 37(39), (40) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2(b).

Neil Gerald Hebert *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HEBERT

File No.: 21161.

1989: November 8; 1990: June 21.

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

ON APPEAL FOR THE COURT OF APPEAL FOR THE YUKON TERRITORY

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Right to silence — Scope of right to silence — Accused refusing to make statements to police after consulting counsel — Accused later making inculpatory statements to undercover police officer placed in his cell — Whether accused's right to remain silent infringed — If so, whether statements admissible — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(2).

Constitutional law — Charter of Rights — Waiver — Right to silence — Whether doctrine of waiver applies to right to silence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits — Accused refusing to make statements to police after consulting counsel — Accused later making inculpatory statements to undercover police officer placed in his cell — Violation of accused's right to remain silent — Whether limit imposed on accused's right to remain silent "prescribed by law" within the meaning of s. 1 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Accused refusing to make statements to police after consulting counsel — Accused later making inculpatory statements to undercover police officer placed in his cell — Violation of accused's right to remain silent — Whether statements should be excluded pursuant to s. 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Neil Gerald Hebert *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. HEBERT

N° du greffe: 21161.

1989: 8 novembre; 1990: 21 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU TERRITOIRE DU YUKON

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit de garder le silence — Portée du droit de garder le silence — Refus de l'accusé de faire des déclarations aux policiers après avoir consulté un avocat — Déclarations incriminantes faites ultérieurement par l'accusé à un agent de police banalisé placé dans sa cellule — Le droit de l'accusé de garder le silence a-t-il été violé? — Dans l'affirmative, les déclarations sont-elles recevables? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(2).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Renonciation — Droit de garder le silence — La doctrine de la renonciation s'applique-t-elle au droit de garder le silence? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Limites raisonnables — Refus de l'accusé de faire des déclarations aux policiers après avoir consulté un avocat — Déclarations incriminantes faites ultérieurement par l'accusé à un agent de police banalisé placé dans sa cellule — Violation du droit de l'accusé de garder le silence — La limite imposée au droit de l'accusé de garder le silence est-elle une limite prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Refus de l'accusé de faire des déclarations aux policiers après avoir consulté un avocat — Déclarations incriminantes faites ultérieurement par l'accusé à un agent de police banalisé placé dans sa cellule — Violation du droit de l'accusé de garder le silence — Les déclarations devraient-elles être écartées en application de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Evidence — Confessions — Admissibility — Accused refusing to make statements to police after consulting counsel — Accused later making inculpatory statements to undercover police officer placed in his cell — Violation of accused's right to remain silent — Whether statements admissible — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

The accused was arrested on a charge of robbery and informed upon arrest of his right to counsel. At the police station, after consulting counsel, he advised the police that he did not wish to make a statement. The accused was then placed in a cell with an undercover police officer posing as a suspect under arrest by police. The officer engaged the accused in conversation, during which the accused made various incriminating statements implicating him in the robbery. Prior to trial, there was a *voir dire* to determine the admissibility of these statements. The judge held that the accused's right to counsel under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and his right to remain silent asserted under s. 7 of the *Charter* had been violated and excluded the statements pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. The Crown offered no evidence, and the accused was later acquitted. The Court of Appeal set aside the accused's acquittal and ordered a new trial. The Court found that the police conduct did not violate the accused's right to counsel or his right to remain silent.

Held: The appeal should be allowed.

Per Dickson C.J. and Lamer, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.: Section 7 of the *Charter* accords a detained person a pre-trial right to remain silent, and the scope of that right extends beyond the narrow formulation of the confessions rule. The rules relating to the right to remain silent adopted by our legal system, such as the common law confessions rule and the privilege against self-incrimination, suggest that the scope of the right in the pre-trial detention period must be based on the fundamental concept of the suspect's right to freely choose whether to speak to the authorities or remain silent. This concept, which is accompanied by a correlative concern with the repute and integrity of the judicial process, is consistent with the right to counsel and the right against self-incrimination affirmed by the *Charter*. It is also consistent with the *Charter's* approach to the question of improperly obtained evidence under s. 24(2) and with the underlying philosophy and purpose of the procedural guarantees the *Charter* enshrines—in particular in s. 7. That section

Preuve — Confessions — Recevabilité — Refus de l'accusé de faire des déclarations aux policiers après avoir consulté un avocat — Déclarations incriminantes faites ultérieurement par l'accusé à un agent de police banalisé placé dans sa cellule — Violation du droit de l'accusé de garder le silence — Les déclarations sont-elles recevables? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

Au moment de son arrestation sur une accusation de vol qualifié, l'accusé a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat. Au poste de police, l'accusé, après avoir consulté un avocat, a avisé les policiers qu'il ne voulait pas faire de déclaration. On a ensuite placé l'accusé dans une cellule avec un agent de police banalisé qui prétendait être un suspect arrêté par la police. L'agent a engagé la conversation avec l'accusé, et celui-ci a fait diverses déclarations incriminantes qui l'impliquaient dans le vol qualifié. Avant le début du procès, on a tenu un *voir-dire* pour déterminer la recevabilité de ces déclarations. Le juge du procès a conclu que le droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat, prévu à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et son droit de garder le silence, invoqué en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, avaient été violés, et il a écarté les déclarations en application du par. 24(2) de la *Charte*. Le ministère public n'a présenté aucune preuve et l'accusé a été acquitté. La Cour d'appel a annulé l'acquittement de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. La cour a conclu que la conduite des policiers n'a violé ni le droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat ni son droit de garder le silence.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin: L'article 7 de la *Charte* confère à une personne détenue le droit de garder le silence avant le procès et la portée de ce droit s'étend au-delà de la formulation étroite de la règle des confessions. Les règles applicables au droit de garder le silence, adoptées dans notre système juridique, comme la règle des confessions en common law et le privilège de ne pas s'incriminer, indiquent que la portée du droit pendant la détention avant le procès doit être fondée sur la notion fondamentale du droit du suspect de choisir de parler aux autorités ou de garder le silence. Cette notion, qui s'accompagne d'un souci correspondant de préserver l'intégrité du processus judiciaire et la considération dont il jouit, est compatible avec le droit à l'assistance d'un avocat et avec le droit de ne pas s'incriminer reconnus par la *Charte*. Elle est également compatible avec la façon dont la *Charte* aborde la question de la preuve obtenue de façon irrégulière, en vertu du par.

imposes limits on the power of the state over the detained person and seeks to effect a balance between their respective interests. Under s. 7, the state is not entitled to use its superior power to override the suspect's will and negate his choice to speak to the authority or to remain silent. The courts, therefore, must adopt an approach to pre-trial interrogation which emphasizes the right of a detained person to make a meaningful choice and which permits the rejection of statements which have been obtained unfairly in circumstances that violate that right of choice. The test to determine whether the suspect's choice has been violated is essentially objective. The focus of the inquiry under the *Charter* will be on the conduct of the authorities *vis-à-vis* the suspect. Further, since the right to remain silent under s. 7 is not an absolute right but must be qualified by considerations of the state interest and the repute of the judicial system, the *Clarkson* standard relating to waiver of a *Charter* right does not apply to the right to silence.

The scope of the right to silence, however, does not go as far as to prohibit police from obtaining confessions in all circumstances. The proposed approach to the s. 7 right to silence retains the objective approach to the confessions rule and would permit the rule to be subject to the following limits. First, there is nothing that prohibits the police from questioning an accused or a suspect in the absence of counsel after he has retained counsel. Police persuasion, short of denying the suspect the right to choose or of depriving him of an operating mind, does not breach the right to silence. Second, the right applies only after detention. Third, the right does not affect voluntary statements made to fellow cell mates. The violation of the suspect's rights occurs only when the Crown acts to subvert the suspect's constitutional right to choose not to make a statement to the authorities. Fourth, a distinction must be made between the use of undercover agents to observe the suspect, and the use of undercover agents to actively elicit information in violation of the suspect's choice to remain silent. Finally, even where a violation of the suspect's right is established, the evidence may, where appropriate, be admitted. Only if the court is satisfied that its reception would be likely to bring the administration of justice into disrepute can the evidence be rejected under s. 24(2) of the *Charter*. Where the police have acted with due care for the suspect's rights, it is unlikely that the statements they obtain will be held inadmissible.

24(2), et avec la philosophie et l'objet qui sous-tendent les garanties procédurales contenues dans la *Charte*—en particulier à l'art. 7. Cette disposition restreint le pouvoir de l'État sur la personne détenue et tente d'établir un équilibre entre leurs intérêts respectifs. En vertu de l'art. 7, l'État ne peut utiliser son pouvoir supérieur pour faire fi de la volonté du suspect et nier son choix de parler aux autorités ou de garder le silence. Les tribunaux doivent donc adopter à l'égard des interrogatoires qui précèdent le procès une démarche qui insiste sur le droit de la personne détenue de faire un choix utile et qui permette d'écarter les déclarations qui ont été obtenues de façon inéquitable dans des circonstances qui violent ce droit de choisir. Le critère permettant de déterminer si le choix du suspect a été violé est essentiellement objectif. Il faut, en vertu de la *Charte*, se concentrer sur la conduite des autorités *vis-à-vis* du suspect. De plus, puisque le droit de garder le silence en vertu de l'art. 7 n'est pas absolu mais doit être restreint par des considérations relatives à l'intérêt de l'État et à la considération dont jouit le système judiciaire, la norme de l'arrêt *Clarkson* relative à la renonciation à un droit conféré par la *Charte* ne s'applique pas au droit de garder le silence.

La portée du droit de garder le silence ne va pas cependant jusqu'à interdire à la police d'obtenir des confessions, dans toutes les circonstances. L'interprétation préconisée du droit de garder le silence, en vertu de l'art. 7, retient la conception objective de la règle des confessions et permettrait d'assujettir la règle aux limites suivantes. Premièrement, rien n'interdit aux policiers d'interroger l'accusé ou le suspect en l'absence de l'avocat après que l'accusé a eu recours à ses services. La persuasion policière qui ne prive pas le suspect de son droit de choisir ni de son état d'esprit conscient ne viole pas le droit de garder le silence. Deuxièmement, le droit ne s'applique qu'après la détention. Troisièmement, le droit ne porte pas atteinte aux déclarations faites volontairement à des compagnons de cellule. Il n'y a violation des droits du suspect que lorsque le ministère public agit de façon à miner le droit constitutionnel du suspect de choisir de ne pas faire de déclaration aux autorités. Quatrièmement, il faut faire une distinction entre le recours à des agents banalisés pour observer le suspect et le recours à des agents banalisés pour obtenir de façon active des renseignements contrairement au choix du suspect de garder le silence. Enfin, même lorsqu'une violation des droits du suspect est établie, la preuve obtenue peut, dans les circonstances appropriées, être utilisée. Ce n'est que si le tribunal est convaincu que sa réception est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice que cette preuve peut être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Lorsque les policiers ont agi en respectant dûment les droits du suspect, il est peu probable que les déclarations obtenues soient déclarées irrecevables.

Here, the accused exercised his choice not to speak to the police and the police violated his right to remain silent under s. 7 of the *Charter* by using a trick to negate his decision. Section 1 of the *Charter* was inapplicable because the police conduct was not a limit "prescribed by law" within the meaning of that section.

The evidence obtained in breach of the accused's right under s. 7 should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. Where an accused is conscripted to give evidence against himself after clearly electing not to do so by use of an unfair trick practised by the authorities, and where the resultant statement is the only evidence against him, the reception of the evidence would render the trial unfair. The accused would be deprived of his presumption of innocence and would be placed in the position of having to take the stand if he wished to counter the damaging effect of the confession. Further, the *Charter* violation was a serious one as the conduct of the police was wilful and deliberate. Finally, while the exclusion of the evidence would result in an acquittal, since virtually the only evidence against the accused was his statement to the undercover policeman, it is clear in balancing the three factors set out in *Collins* that, under the present circumstances, it is the admission of the evidence, not its exclusion, that would bring the administration of justice into disrepute. It is contrary to the notions of fundamental justice to require an accused to secure his own conviction.

Per Wilson and Sopinka JJ.: The right to remain silent is an integral element of our system of criminal justice and has the status of a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Charter*. This right is distinct from the privilege against self-incrimination, which applies only in the course of proceedings. The content of the residual right to remain silent protected by s. 7 extends at least as far as the common law right. The content of the right at common law, however, should not be confused with the efficacy of its enforcement. The enforcement mechanisms available to judges at common law do not compare to those granted by s. 24 of the *Charter*, particularly the power to exclude evidence under s. 24(2). To define *Charter* rights only in accordance with the ultimate effectiveness of their common law and statutory antecedents would be to deny the supremacy of the Constitution.

The right to remain silent, which is designed to shield an accused from the unequal power of the prosecution, arises when the coercive power of the state is brought to

En l'espèce, l'accusé a exercé son choix de ne pas parler aux policiers et ceux-ci ont violé son droit de garder le silence, reconnu à l'art. 7 de la *Charte*, en usant d'un artifice pour contrecarrer sa décision. L'article premier de la *Charte* ne s'applique pas parce que la conduite policière n'est pas une limite prescrite par une règle de droit au sens de cet article.

La preuve obtenue en violation du droit de l'accusé prévu à l'art. 7 devrait être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*. Lorsqu'un accusé est appelé à témoigner contre lui-même, après avoir clairement choisi de ne pas le faire, au moyen d'un artifice inéquitable utilisé par les autorités, et lorsque la déclaration qui en résulte est la seule preuve contre lui, la réception de cette preuve rendrait le procès inéquitable. L'accusé serait privé de sa présomption d'innocence et serait tenu de témoigner s'il voulait contrecarrer l'effet préjudiciable de la confession. En outre, la violation de la *Charte* est grave puisque la conduite des policiers était intentionnelle et délibérée. Enfin, même si l'exclusion de la preuve donnerait lieu à un acquittement puisqu'en pratique, la seule preuve contre l'accusé est la déclaration qu'il a faite à l'agent banalisé, il est clair qu'en soupesant les trois facteurs formulés dans l'arrêt *Collins*, c'est, dans les circonstances de l'espèce, l'utilisation de la preuve et non son exclusion qui déconsidérerait l'administration de la justice. Il est contraire aux notions de justice fondamentale que l'accusé soit tenu de se condamner lui-même.

Les juges Wilson et Sopinka: Le droit de garder le silence fait partie intégrante de notre système de justice criminelle et constitue un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte*. Ce droit est distinct du privilège de ne pas s'incriminer qui s'applique seulement au cours des procédures. Le contenu du droit résiduaire de garder le silence protégé par l'art. 7 a une portée au moins aussi large que le droit de common law. Il ne faut cependant pas confondre le contenu du droit en common law avec l'efficacité de son application. Les mécanismes d'application dont disposent les juges en common law ne sont pas comparables à ceux prévus par l'art. 24 de la *Charte*, particulièrement le pouvoir d'écartier une preuve en application du par. 24(2). Ne définir les droits reconnus par la *Charte* qu'en conformité avec l'efficacité ultime de ceux qui les ont précédés en common law ou dans les lois serait nier la suprématie de la Constitution.

Le droit de garder le silence, qui a pour but de protéger un accusé du pouvoir inégal de la poursuite, prend naissance lorsque le pouvoir coercitif de l'État

bear against the individual, either formally (by arrest or charge) or informally (by detention or accusation). It is at this point that an adversary relationship comes to exist between the state and the individual. The right, however, does not avail against private individuals. Once the right to remain silent attaches, any communication between an accused and an agent of the state (including a suborned informer) is subject to the right and may proceed only if the accused waives the right; but communication between an accused and another private individual is not subject to the right.

In this case, the accused's right to remain silent under s. 7 of the *Charter* was violated. The undercover police officer "engaged the accused in conversation" after the latter was charged and while he was in custody. In light of the *Clarkson* standard relating to waiver of a *Charter* rights, the accused did not waive his right to remain silent by speaking to the undercover officer. The limiting effect on the accused's right to remain silent was not "prescribed by law", and it is therefore unnecessary to consider the application of s. 1 of the *Charter*.

The evidence of the incriminating statements elicited by the undercover police officer should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. The self-incriminating evidence sought to be adduced in this case, if admitted, would render the trial unfair and would bring the administration of justice into disrepute. It would strip the accused of the presumption of innocence and would place him in the invidious position of having to take the stand, contrary to the privilege against self-incrimination, in order to disclaim the confession. The good faith of the police officers, who arranged for the deception of the accused relying on the authority of *Rothman*, is not a significant factor in favour of receiving the evidence. Where impugned evidence falls afoul of the first set of factors set out in *Collins* (trial fairness), the admissibility of such evidence cannot be saved by resort to the second set of factors (the seriousness of the violation). These two sets of factors are alternative grounds for the exclusion of evidence, and not alternative grounds for the admission of evidence.

Per Wilson J.: The right to remain silent is a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Charter*. This right, which arises whenever the coercive power of the state is brought to bear upon the citizen, must be given a generous interpretation to fulfill its purpose. It is accordingly inappropriate to qualify it by balancing the interests of the state against it or by applying to it the considerations relevant to the admissi-

vient à être exercé contre l'individu, soit formellement (par l'arrestation ou l'inculpation) soit de façon informelle (par la détention ou l'accusation). C'est à ce moment qu'un rapport contradictoire naît entre l'État et l'individu. Cependant les particuliers ne peuvent invoquer le droit entre eux. Lorsque le droit de garder le silence s'applique, toute communication entre un accusé et un fonctionnaire de l'État (y compris un dénonciateur suborné) est assujettie au droit et ne peut avoir lieu que si l'accusé renonce au droit; mais la communication entre un accusé et un autre particulier n'est pas assujettie à ce droit.

En l'espèce, le droit de l'accusé de garder le silence en vertu de l'art. 7 de la *Charte* a été violé. L'agent de police banalisé «a engagé la conversation avec l'accusé» après son inculpation et pendant sa détention. Compte tenu de la norme formulée dans l'arrêt *Clarkson* relativement à la renonciation aux droits reconnus par la *Charte*, l'accusé n'a pas renoncé à son droit de garder le silence en parlant à l'agent banalisé. L'effet limitant le droit de l'appelant de garder le silence n'était pas prescrit par une règle de droit et il n'est donc pas nécessaire d'examiner l'application de l'article premier de la *Charte*.

La preuve des déclarations incriminantes obtenues par l'agent de police banalisé doit être écartée conformément au par. 24(2) de la *Charte*. L'utilisation de la preuve incriminante que l'on tente de produire en l'espèce rendrait le procès inéquitable et déconsidérerait l'administration de la justice. Elle priverait l'accusé de la présomption d'innocence et le placerait dans la situation inconfortable où il aurait à témoigner, contrairement au privilège de ne pas s'incriminer, pour démentir la confession. La bonne foi des policiers qui ont dupé l'accusé en se fondant sur l'arrêt *Rothman* n'est pas un facteur important en faveur de l'utilisation de la preuve. Lorsque la preuve contestée se heurte à la première série des facteurs énoncés dans l'arrêt *Collins* (l'équité du procès), la recevabilité de cette preuve ne peut être sauvegardée par un recours à la deuxième catégorie de facteurs (la gravité de la violation). Ces deux séries de facteurs sont des moyens facultatifs pour écarter la preuve et non des moyens facultatifs pour admettre la preuve.

Le juge Wilson: Le droit de garder le silence est un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte*. Ce droit, qui prend naissance chaque fois que le pouvoir coercitif de l'État vient à être exercé sur le citoyen, doit recevoir une interprétation libérale pour réaliser son objet. Il ne convient donc pas qu'on le restreigne en le mettant en balance avec les intérêts de l'État ou en lui appliquant les considérations relatives à

bility of evidence set out in s. 24(2) of the *Charter*. In deciding whether or not the authorities have offended fundamental justice, it is essential to focus on the treatment of the accused and not on the objective of the state. It would be contrary to a purposive approach to the s. 7 right to inject justificatory considerations for putting limits upon it into the ascertainment of its scope or content. For the same reasons, it is inappropriate to merge the question whether statements elicited in violation of the s. 7 right should be admitted into evidence with the question whether the right has in fact been violated. The repute of the justice system has no bearing on whether the right to silence has been violated contrary to the principles of fundamental justice. Finally, the doctrine of waiver applies to the right to remain silent under s. 7 as it does to other rights in the *Charter*.

Cases Cited

By McLachlin J.

Distinguished: *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; **referred to:** *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Commissioners of Customs & Excise v. Harz*, [1967] 1 All E.R. 177; *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376; *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30; *Gach v. The King*, [1943] S.C.R. 250; *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262; *R. v. Fitton*, [1956] S.C.R. 958; *R. v. McLeod* (1968), 5 C.R.N.S. 101; *R. v. McCorkell* (1964-65), 7 *Crim. L.Q.* 395; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *Kuhlmann v. Wilson*, 477 U.S. 436 (1986); *R. v. Logan* (1988), 46 C.C.C. (3d) 354; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Clot (No. 1)* (1982), 69 C.C.C. (2d) 349.

By Sopinka J.

Referred to: *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889; *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763; *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531; *R. v. Hansen* (1988), 46 C.C.C. (3d) 504; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Eden*, [1970] 3 C.C.C. 280; *R. v. Clarke* (1979), 33 N.S.R. (2d) 636; *R. v. Engel* (1981), 9 Man. R. (2d) 279; *R. v. Symonds* (1983), 9

la recevabilité de la preuve énoncées au par. 24(2) de la *Charte*. Pour décider si les autorités ont violé la justice fondamentale, il est essentiel de se concentrer sur le traitement de l'accusé et non sur l'objectif de l'État. Il serait contraire à une conception du droit reconnu à l'art. 7, fondée sur l'objet visé, que de faire intervenir des considérations justificatrices pour lui imposer des limites dans le processus de définition de sa portée ou de son contenu. Pour les mêmes motifs, il ne convient pas de fusionner la question de savoir si des déclarations obtenues en violation du droit reconnu à l'art. 7 devraient être utilisées en preuve et celle de savoir si, dans les faits, le droit a été violé. La considération dont jouit le système judiciaire n'a aucune incidence sur la question de savoir si le droit de garder le silence a été violé contrairement aux principes de justice fondamentale. Enfin, la doctrine de la renonciation s'applique au droit de garder le silence reconnu à l'art. 7 comme elle s'applique à d'autres droits reconnus par la *Charte*.

d Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Distinction d'avec les arrêts: *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; **arrêts mentionnés:** *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Commissioners of Customs & Excise v. Harz*, [1967] 1 All E.R. 177; *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376; *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30; *Gach v. The King*, [1943] R.C.S. 250; *Boudreau v. The King*, [1949] R.C.S. 262; *R. v. Fitton*, [1956] R.C.S. 958; *R. v. McLeod* (1968), 5 C.R.N.S. 101; *R. v. McCorkell* (1964-65), 7 *Crim. L.Q.* 395; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *Kuhlmann v. Wilson*, 477 U.S. 436 (1986); *R. v. Logan* (1988), 46 C.C.C. (3d) 354; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. v. Clot* (1982), 27 C.R. (3d) 324.

Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889; *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531; *R. v. Hansen* (1988), 46 C.C.C. (3d) 504; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. v. Eden*, [1970] 3 C.C.C.-280; *R. v. Clarke* (1979), 33 N.S.R. (2d) 636; *R. v. Engel* (1981), 9 Man. R. (2d) 279; *R. v.*

C.C.C. (3d) 225; *R. v. Minhas* (1986), 53 C.R. (3d) 128; *R. v. Christie*, [1914] A.C. 545; *Stein v. The King*, [1928] S.C.R. 553; *Chapdelaine v. The King*, [1935] S.C.R. 53; *Hall v. The Queen*, [1971] 1 All E.R. 322; *Bessela v. Stern* (1877), 2 C.P.D. 265; *MacKenzie v. Commer* (1973), 44 D.L.R. (3d) 473; *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88; *R. v. St. Lawrence*, [1949] O.R. 215; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *Taggart v. R.* (1980), 13 C.R. (3d) 179; *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Massiah v. United States*, 377 U.S. 201 (1964); *United States v. Henry*, 447 U.S. 264 (1980); *Kuhlmann v. Wilson*, 477 U.S. 436 (1986); *Hoffa v. United States*, 385 U.S. 293 (1966); *Parkes v. The Queen*, [1976] 1 W.L.R. 1251; *RWDSU v. Dolphin Delivery Inc.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *R. v. Hicks* (1988), 42 C.C.C. (3d) 394 (Ont. C.A.), aff'd [1990] 1 S.C.R. 120; *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652; *R. v. Smith, Wilson and Quesnelle*, Ont. S.C., November 5, 1987; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138.

By Wilson J.

Referred to: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 10(b), 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 303 [am. 1972, c. 13, s. 70].

Authors Cited

Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.
 Freedman, Samuel. "Admissions and Confessions". In Roger E. Salhany and Robert J. Carter, eds., *Studies in Canadian Criminal Evidence*. Toronto: Butterworths, 1972.
 Galligan, D. J. "The Right to Silence Reconsidered" (1988), 41 *C.L.P.* 69.
 Harris, M. H. "Concerning Statements to Police Officers" (1964-65), 7 *Crim. L.Q.* 395.
 Kaufman, Fred. *The Admissibility of Confessions*, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1979.
 Kaufman, Fred. *The Admissibility of Confessions*. Third supplement (cumulative) to the third edition. Toronto: Carswells, 1986.

Symonds (1983), 9 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Minhas* (1986), 53 C.R. (3d) 128; *R. v. Christie*, [1914] A.C. 545; *Stein v. The King*, [1928] R.C.S. 553; *Chapdelaine v. The King*, [1935] R.C.S. 53; *Hall v. The Queen*, [1971] 1 All E.R. 322; *Bessela v. Stern* (1877), 2 C.P.D. 265; *MacKenzie v. Commer* (1973), 44 D.L.R. (3d) 473; *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88; *R. v. St. Lawrence*, [1949] O.R. 215; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Taggart v. R.* (1980), 13 C.R. (3d) 179; *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Massiah v. United States*, 377 U.S. 201 (1964); *United States v. Henry*, 447 U.S. 264 (1980); *Kuhlmann v. Wilson*, 477 U.S. 436 (1986); *Hoffa v. United States*, 385 U.S. 293 (1966); *Parkes v. The Queen*, [1976] 1 W.L.R. 1251; *SDGMR c. Dolphin Delivery Inc.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *R. v. Hicks* (1988), 42 C.C.C. (3d) 394 (C.A. Ont.), conf. [1990] 1 R.C.S. 120; *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652; *R. v. Smith, Wilson and Quesnelle*, C.S. Ont., 5 novembre 1987; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138.

^e Citée par le juge Wilson

Arrêt mentionné: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

^f Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 10b), 24(2).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 303 [mod. 1972, ch. 13, art. 70].

^g Doctrine citée

Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.
 Freedman, Samuel. «Admissions and Confessions». In Roger E. Salhany and Robert J. Carter, eds., *Studies in Canadian Criminal Evidence*. Toronto: Butterworths, 1972.
 Galligan, D. J. «The Right to Silence Reconsidered» (1988), 41 *C.L.P.* 69.
 Harris, M. H. «Concerning Statements to Police Officers» (1964-65), 7 *Crim. L.Q.* 395.
 Kaufman, Fred. *The Admissibility of Confessions*, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1979.
 Kaufman, Fred. *The Admissibility of Confessions*. Third supplement (cumulative) to the third edition. Toronto: Carswells, 1986.

Ratushny, Ed. "Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada?" (1973), 19 *McGill L.J.* 1.

Ratushny, Ed. *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*. Toronto: Carswells, 1979.

APPEAL from a judgment of the Yukon Court of Appeal (1988), 3 Y.R. 81, 29 B.C.L.R. (2d) 296, 43 C.C.C. (3d) 56, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on a charge of robbery contrary to s. 303 of the *Criminal Code*. Appeal allowed.

Edward L. Greenspan, Q.C., and Paul S. O'Brien, for the appellant.

S. R. Fainstein, Q.C., and D. R. Beardall, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin J.J. was delivered by

MCLACHLIN J.—This case raises the issue of whether a statement made by a detained person to an undercover police officer violates the rights of the accused under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The Facts

The accused, after consulting counsel and advising the police that he did not wish to make a statement to them, was tricked into making a statement by the ruse of an undercover police officer placed in the cell to which he was taken. The question is whether this violates his rights under the *Charter* and if so, whether the trial judge was right in refusing to admit the statement in evidence.

The agreed statement of facts reads as follows:

1. On January 11, 1987 at approximately 6:00 a.m., a male person wearing a ski mask entered the Klondike Inn and approached the front desk clerk, and told the clerk to give him the money. He then raised a claw hammer in the air in a threatening motion and again demanded the money. The clerk complied, and passed over to the culprit the sum of \$180.00, the contents of the till. The culprit then told the clerk to wait ten minutes before calling the police, and fled

Ratushny, Ed. «Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada?» (1973), 19 *McGill L.J.* 1.

Ratushny, Ed. *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*. Toronto: Carswells, 1979.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Yukon (1988), 3 Y.R. 81, 29 B.C.L.R. (2d) 296, 43 C.C.C. (3d) 56, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquittement de l'accusé d'une accusation de vol qualifié, en contravention de l'art. 303 du *Code criminel*. Pourvoi accueilli.

Edward L. Greenspan, c.r., et Paul S. O'Brien, pour l'appellant.

S. R. Fainstein, c.r., et D. R. Beardall, pour l'intimée.

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

LE JUGE MCLACHLIN—Il s'agit en l'espèce de savoir si une déclaration faite par une personne en détention à un agent de police banalisé viole les droits que la *Charte canadienne des droits et libertés* reconnaît à l'accusé.

Les faits

Après avoir consulté un avocat et avisé les policiers qu'il ne voulait pas faire de déclaration, l'accusé, par suite d'un artifice pratiqué par un agent de police banalisé placé dans la même cellule que lui, a fini par faire une déclaration. La question est de savoir s'il y a violation des droits que lui reconnaît la *Charte* et, le cas échéant, si le juge du procès a eu raison de refuser d'admettre la déclaration en preuve.

L'exposé conjoint des faits se lit ainsi:

[TRADUCTION]

1. Le 11 janvier 1987, vers 6 h, un homme portant une cagoule de ski est entré au Klondike Inn et s'est approché du commis à la réception et lui a dit de lui donner l'argent. Il a ensuite brandi d'un geste menaçant un marteau à pied-de-biche et a demandé à nouveau l'argent. Le commis s'est exécuté et a remis à l'accusé la somme de 180 \$, le contenu de la caisse. L'accusé a ensuite dit au commis d'attendre dix minutes avant d'appeler la police et il s'est enfui des

- the scene on foot. He was last seen heading in the direction of 4th Avenue.
2. In the course of the investigation over the next several months, police received confident [sic] information from three informants that the person responsible for the robbery was the accused, Neil Gerald HEBERT.
 3. On April 15, 1987, at 8:42 p.m., the accused was located by the police in the lounge area of the Taku Hotel in Whitehorse. He was placed under arrest, advised of his right to retain and instruct counsel without delay, and taken to the R.C.M.P. Detachment.
 4. Once at the Detachment, HEBERT contacted counsel and obtained advice from counsel regarding his right to refuse to give a statement.
 5. The police were aware that HEBERT had contacted counsel and of the identity of that counsel.
 6. After exercising his right to contact counsel, HEBERT was taken into an interview room by Constable Mike Stewart. He was given the usual police caution, and then told that the police wanted to know why he had done it. He indicated that he did not wish to make a statement.
 7. He was then placed in a cell with Corporal Daun Miller, disguised in plainclothes, and posing as a suspect under arrest by police. While in the cell, Corporal Miller engaged the accused in conversation, during which the accused made various incriminating statements which implicated himself in the robbery of January 11, 1987.
- lieux à pied. Il se dirigeait vers la 4^e avenue la dernière fois qu'il a été vu.
2. Pendant l'enquête tenue au cours des mois suivants, les policiers ont été informés confidentiellement par trois indicateurs que la personne responsable du vol était l'accusé, Neil Gerald HEBERT.
 3. Le 15 avril 1987, à 20 h 42, les policiers ont trouvé l'accusé dans le hall d'entrée du Taku Hotel à Whitehorse. Il a été mis en état d'arrestation, informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et amené au quartier de la GRC.
 4. Une fois au quartier, HEBERT a communiqué avec son avocat qui l'a conseillé au sujet de son droit de refuser de faire une déclaration.
 5. Les policiers savaient que HEBERT avait communiqué avec son avocat et ils connaissaient l'identité de cet avocat.
 6. Après que HEBERT eut exercé son droit de communiquer avec un avocat, l'agent Mike Stewart l'a amené dans une salle d'interrogatoire. On lui a fait la mise en garde habituelle et on lui a dit ensuite que les policiers voulaient savoir pourquoi il avait fait cela. Il a indiqué qu'il ne voulait pas faire de déclaration.
 7. Il a ensuite été placé dans une cellule avec le caporal Daun Miller, lequel était habillé en civil et prétendait être un suspect que les policiers avaient mis en état d'arrestation. Alors qu'il était dans la cellule, le caporal Miller a engagé la conversation avec l'accusé et celui-ci lui a fait diverses déclarations incriminantes qui l'impliquaient dans le vol du 11 janvier 1987.

The Legislation

Canadian Charter of Rights and Freedoms

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

10. Everyone has the right on arrest or detention

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; and

24. ...

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

Les dispositions législatives

Charte canadienne des droits et libertés

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

24. ...

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

stances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

The Judgments

The trial judge, Maddison J., held that the accused's right to counsel and right to remain silent had been violated: (1987), 3 Y.R. 88. He distinguished *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, where this Court ruled admissible a statement to an undercover police officer, on the grounds that: (1) in *Rothman* the accused had not retained counsel at the time of the statement; and (2) *Rothman* was decided before the advent of the *Charter*.

On the right to counsel, the trial judge said, at p. 91:

I am of the opinion that to subvert the lawyer-client relationship by means of fraud on the client effectively destroys the retainer and thus destroys one of the legal rights guaranteed by the *Charter*.

The trial judge also held that the accused's right to remain silent had been violated. He concluded, at p. 91:

The [appellant] exercised his right to remain silent and at no time thereafter waived his right to remain silent by agreeing to speak to a person in authority. He was then, by trickery, induced to make incriminating statements. That is a wilful and deliberate breach of the [appellant's] right to silence, which by itself, in the view of the majority of the Supreme Court of Canada in *Rothman*, is an acceptable means to an end. Done in the context of his having retained counsel and the knowledge of the police to that effect it is unfair and the admission of the evidence in the proceedings could bring the administration of justice into disrepute.

The Court of Appeal for the Yukon Territory held that the trial judge erred in rejecting the accused's statement to the undercover officer: (1988), 3 Y.R. 81, 29 B.C.L.R. (2d) 296, 43 C.C.C. (3d) 56. In its view, neither the accused's right to counsel nor his right to remain silent had been breached. The Court rejected the view that the right to counsel under s. 10(b) of the *Charter* precluded questioning in the absence of counsel after counsel had been contacted. As for the right

aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Les jugements

a Le juge du procès Maddison a conclu que le droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat et le droit de garder le silence avaient été violés: (1987), 3 Y.R. 88. Il a établi une distinction d'avec l'arrêt *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, dans lequel notre Cour a jugé recevable une déclaration faite à un agent de police banalisé pour le motif que: (1) dans l'arrêt *Rothman*, l'accusé n'avait pas eu recours à l'assistance d'un avocat au moment de la déclaration, et (2) l'arrêt *Rothman* a été rendu avant l'adoption de la *Charte*.

Quant au droit à l'assistance d'un avocat, le juge du procès a affirmé (à la p. 91):

d [TRADUCTION] Je suis d'avis que miner la relation avocat-client en usant d'artifices envers le client annule réellement le mandat et annule donc l'une des garanties juridiques reconnues par la *Charte*.

e Le juge du procès a également statué que le droit de l'accusé de garder le silence avait été violé. Il a conclu (à la p. 91):

g [TRADUCTION] L'[appellant] a exercé son droit de garder le silence et n'y a jamais renoncé par la suite en acceptant de parler à une personne en autorité. Il a ensuite été amené au moyen d'un artifice à faire des déclarations incriminantes. Il s'agit d'une violation préméditée et délibérée du droit de l'[appellant] de garder le silence qui, en soi, selon l'opinion de la majorité de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Rothman*, est un moyen acceptable de parvenir à une fin. Parce que cette violation a eu lieu après que l'accusé eut retenu les services d'un avocat, et ce, à la connaissance des policiers, elle est injuste et l'utilisation de la preuve dans les procédures serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

h La Cour d'appel du territoire du Yukon a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en rejetant la déclaration que l'accusé a faite à l'agent banalisé: (1988), 3 Y.R. 81, 29 B.C.L.R. (2d) 296, 43 C.C.C. (3d) 56. À son avis, ni le droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat ni son droit de garder le silence n'avaient été violés. La cour a rejeté l'opinion que le droit à l'assistance d'un avocat, en vertu de l'al. 10(b) de la *Charte*, ne permet pas de procéder à un interrogatoire en

to remain silent asserted under s. 7 of the *Charter*, the Court of Appeal found the principles of fundamental justice upon which the right must rest must be interpreted in the context of *Rothman*, where interrogation by a police officer posing as a fellow prisoner was held not to violate the principles of fundamental justice.

The Issues

There are two main issues:

1. Were the appellant's rights under the *Charter* infringed?

(a) Was his right to remain silent infringed?

(b) Was his right to counsel infringed?

2. If the appellant's rights were infringed, was the statement admissible under s. 24(2) of the *Charter*?

The parties agree that s. 7 of the *Charter* accords a right to silence to a detained person. As Cory J.A. (as he then was) stated in *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531 (Ont. C.A.), at p. 539: "The right to remain silent is a well-settled principle that has for generations been part of the basic tenets of our law." The parties disagree, however, over the extent of the right to silence of a detained person accorded by s. 7 of the *Charter*.

The Crown submits that the right to silence is defined by the ambit of the confessions rule as it stood at the time the *Charter* was adopted. It would follow from this that statements obtained by tricks such as the one practised here would be admissible: *Rothman, supra*.

The accused submits that the right to silence guaranteed by s. 7 of the *Charter* is broader than the confessions rule as it stood in 1982, and that the use of tricks to obtain a confession after the

l'absence de l'avocat une fois que l'accusé est entré en communication avec lui. Quant au droit de garder le silence invoqué en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, la Cour d'appel a conclu que les principes de justice fondamentale sur lesquels le droit doit se fonder doivent être interprétés dans le contexte de l'arrêt *Rothman*, où on a décidé que l'interrogatoire par un policier prétendant être un compagnon de prison ne violait pas les principes de justice fondamentale.

Les questions en litige

Le pourvoi soulève deux questions principales:

1. Les droits que la *Charte* reconnaît à l'appellant ont-ils été violés?

a) Son droit de garder le silence a-t-il été violé?

b) Son droit à l'assistance d'un avocat a-t-il été violé?

2. Si les droits de l'appellant ont été violés, la déclaration était-elle admissible en vertu du par. 24(2) de la *Charte*?

Les parties ont convenu que l'art. 7 de la *Charte* reconnaît à une personne détenue le droit de garder le silence. Comme le juge Cory de la Cour d'appel (maintenant juge de notre Cour) l'a affirmé dans l'arrêt *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531 (C.A. Ont.), à la p. 539: [TRADUCTION] «Le droit de garder le silence est un principe bien établi qui fait partie des préceptes fondamentaux de notre droit depuis des générations.» Les parties ne s'entendent cependant pas sur la portée du droit qu'à une personne détenue de garder le silence en vertu de l'art. 7 de la *Charte*.

Le ministère public soutient que le droit de garder le silence est défini par la portée de la règle des confessions telle qu'elle existait à l'époque de l'adoption de la *Charte*. Il s'ensuivrait alors que les déclarations obtenues au moyen d'artifices comme ceux utilisés en l'espèce seraient admissibles: *Rothman*, précité.

L'accusé soutient que le droit de garder le silence garanti par l'art. 7 de la *Charte* est de portée plus générale que la règle des confessions telle qu'elle existait en 1982 et que le recours à des

suspect has chosen not to give a statement violates the *Charter*.

The parties also agree that s. 10(b) of the *Charter* creates a right to counsel. The disagreement, once again, is as to the extent of that right. Is it confined to s. 10(b)? Or is there a broader right to counsel under s. 7?

I see the issues of the right of a detained person to remain silent and the right to counsel as intertwined. The question, as I view it, is whether, bearing in mind the *Charter* guarantee of the right to counsel and other provisions of the *Charter*, the accused's right to remain silent has been infringed.

Analysis

I. Have the Appellant's Charter Rights Been Violated?

(a) General Considerations

The appellant's liberty is at stake. Under section 7 of the *Charter*, he can only be deprived of that liberty in accordance with the principles of fundamental justice. The question is whether the manner in which the police obtained a statement from him violates that right. The answer to this question lies in an exploration of the underlying legal principles of our system of justice relevant to a detained person's right to silence. As Lamer J. stated in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503:

... the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system.

How do we discover the "basic tenets of our legal system" in a case such as this? Initially, it must be by reference to the legal rules relating to the right which our legal system has adopted. As D. J. Galligan points out in "The Right to Silence Reconsidered" (1988), 41 *C.L.P.* 69, at pp. 76-77: "The right ... is general and abstract, concealing a bundle of more specific legal relationships. It is only by an analysis of the surrounding legal rules

artifices pour obtenir une confession après que le suspect a choisi de ne pas faire de déclaration viole la *Charte*.

^a Les parties ont également convenu que l'al. 10b) de la *Charte* crée un droit à l'assistance d'un avocat. Encore une fois, le désaccord porte sur l'étendue de ce droit. Est-il restreint à l'al. 10b)? Ou existe-t-il un droit plus large à l'assistance d'un avocat en vertu de l'art. 7?

^c À mon sens, les questions du droit d'une personne détenue de garder le silence et du droit à l'assistance d'un avocat sont intimement liées. Ayant à l'esprit la garantie du droit à l'assistance d'un avocat prévue par la *Charte* et les autres dispositions de la *Charte*, j'estime que la question est de savoir s'il y a eu violation du droit de l'accusé de garder le silence.

^d L'analyse

I. Les droits que la Charte reconnaît à l'appelant ont-ils été violés?

^e a) Considérations générales

La liberté de l'appelant est en jeu. En vertu de l'art. 7 de la *Charte*, il ne peut être privé de cette liberté qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. La question est de savoir si la manière dont les policiers ont obtenu sa déclaration viole ce droit. Pour y répondre, il faut examiner les principes juridiques qui sous-tendent notre système de justice et qui s'appliquent au droit d'une personne détenue de garder le silence. Comme le juge Lamer l'a affirmé dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 503:

^h ... les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique.

ⁱ Comment découvrir les «préceptes fondamentaux de notre système juridique» dans un cas comme celui-ci? Il faut d'abord se rapporter aux règles juridiques qui régissent ce droit et que notre système juridique a adoptées. Comme D. J. Galligan le souligne dans son article «The Right to Silence Reconsidered» (1988), 41 *C.L.P.* 69, aux pp. 76 et 77: [TRADUCTION] «Le droit [...] est général et abstrait, englobant une série de rapports

that those more precise elements of the right can be identified.” Thus rules such as the common law confessions rule, the privilege against self-incrimination and the right to counsel may assist in determining the scope of a detained person’s right to silence under s. 7.

At the same time, existing common law rules may not be conclusive. It would be wrong to assume that the fundamental rights guaranteed by the *Charter* are cast forever in the straight-jacket of the law as it stood in 1982. The reference in s. 7 of the *Charter* is broadly to “principles of fundamental justice”, not to this rule or that. Thus Le Dain J. wrote in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 638:

In my opinion the premise that the framers of the *Charter* must be presumed to have intended that the words used by it should be given the meaning which had been given to them by judicial decisions at the time the *Charter* was enacted is not a reliable guide to its interpretation and application. By its very nature a constitutional charter of rights and freedoms must use general language which is capable of development and adaptation by the courts.

For this reason, a fundamental principle of justice under s. 7 of the *Charter* may be broader and more general than the particular rules which exemplify it.

A second reason why a fundamental principle of justice under s. 7 may be broader in scope than a particular legal rule, such as the confessions rule, is that it must be capable of embracing more than one rule and reconciling diverse but related principles. Thus the right of a detained person to silence should be philosophically compatible with related rights, such as the right against self-incrimination at trial and the right to counsel.

The final reason why a principle of fundamental justice under s. 7 may be broader than a particular rule exemplifying it lies in considerations relating to the philosophy of the *Charter* and the purpose of the fundamental right in question in that con-

juridiques plus précis. Ce n’est qu’en examinant les règles juridiques connexes que ces éléments plus précis du droit peuvent être identifiés.» Ainsi, des règles comme la règle des confessions en common law, le privilège de ne pas s’incriminer et le droit à l’assistance d’un avocat peuvent être utiles pour déterminer la portée du droit d’une personne détenue de garder le silence en vertu de l’art. 7.

En même temps, il se peut que les règles actuelles de common law ne soient pas concluantes. Il serait faux de croire que les droits fondamentaux garantis par la *Charte* sont figés à tout jamais par le droit tel qu’il existait en 1982. L’article 7 de la *Charte* mentionne de façon générale les «principes de justice fondamentale» et non une règle précise. C’est ainsi que le juge Le Dain écrit dans l’arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 638:

Selon moi, la prémisse portant qu’il faut présumer que les rédacteurs de la *Charte* ont voulu que ses termes reçoivent le sens que leur donnait la jurisprudence à l’époque de son adoption n’est pas un guide fiable quant à la façon de l’interpréter et de l’appliquer. De par sa nature même une charte constitutionnelle des droits et libertés doit être rédigée en termes généraux susceptibles d’évolution et d’adaptation par les tribunaux.

Pour cette raison, un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7 de la *Charte* peut être de portée plus large et plus générale que les règles particulières qui constituent un exemple de son application.

Une deuxième raison pour laquelle un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7 peut être de portée plus large qu’une règle juridique particulière, comme la règle des confessions, est qu’il doit pouvoir englober plus d’une règle et harmoniser des principes variés mais connexes. Donc le droit d’une personne détenue de garder le silence devrait philosophiquement être compatible avec des droits connexes, comme le droit de ne pas s’incriminer au procès et le droit à l’assistance d’un avocat.

La dernière raison pour laquelle un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7 peut être de portée plus large qu’une règle particulière qui constitue un exemple de son application relève de considérations qui se rapportent à la philosophie de

text. The *Charter* has fundamentally changed our legal landscape. A legal rule relevant to a fundamental right may be too narrow to be reconciled with the philosophy and approach of the *Charter* and the purpose of the *Charter* guarantee.

These considerations suggest that the task of defining the scope of the right of a detained person to silence under s. 7 of the *Charter* must focus initially on the related rules which our legal system has developed—in this case the confessions rule and the privilege against self-incrimination. However, that is not the end of the inquiry. The scope of a fundamental principle of justice will also depend on the general philosophy and purpose of the *Charter*, the purpose of the right in question, and the need to reconcile that right with others guaranteed by the *Charter*.

(b) The Scope of the Pre-Trial Right to Silence Suggested by Related Rules

A detained person's right to silence under s. 7 of the *Charter* is general and abstract, subsuming a bundle of more specific legal relationships. The first step in defining the ambit of the right to silence is to consider these specific relationships and the rules which arise from them, with a view to identifying a common substratum of principle.

The right to silence conferred by s. 7 of the *Charter* is rooted in two common law concepts. The first is the confessions rule, which makes a confession which the authorities improperly obtain from a detained person inadmissible in evidence. The second is the privilege against self-incrimination which precludes a person from being required to testify against himself at trial. While the exact scope of the confessions rule has been the subject of debate over the past century, a common theme can be said to unite these two quite separate rules—the idea that a person in the power of the state in the course of the criminal process has the right to choose whether to speak to the police or remain silent.

la *Charte* et à l'objet du droit fondamental en question dans ce contexte. La *Charte* a changé fondamentalement notre environnement juridique. Une règle juridique applicable à un droit fondamental peut être trop restreinte pour être harmonisée avec la philosophie et l'esprit de la *Charte* ainsi qu'avec l'objet de la garantie prévue par la *Charte*.

Ces considérations laissent entendre que pour définir la portée du droit d'une personne détenue de garder le silence en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, il faut d'abord se pencher sur les règles connexes que notre système juridique a conçues—en l'espèce, la règle des confessions et le privilège de ne pas s'incriminer. L'analyse ne s'arrête cependant pas là. La portée d'un principe de justice fondamentale dépendra également de la philosophie et de l'objet généraux de la *Charte*, de l'objet du droit en question et de la nécessité d'harmoniser ce droit avec d'autres droits garantis par la *Charte*.

b) La portée du droit de garder le silence avant le procès eu égard aux règles connexes

Le droit d'une personne détenue de garder le silence en vertu de l'art. 7 de la *Charte* est général et abstrait, englobant une série de rapports juridiques plus précis. Pour déterminer la portée du droit de garder le silence, il faut d'abord examiner ces rapports précis et les règles qui s'en dégagent en vue d'identifier un élément de principe commun.

Le droit de garder le silence reconnu par l'art. 7 de la *Charte* tire son origine de deux concepts de common law. Le premier est la règle des confessions qui rend inadmissible en preuve une confession que les autorités ont obtenue de façon irrégulière d'une personne détenue. Le deuxième est le privilège de ne pas s'incriminer qui empêche une personne d'être tenue de témoigner contre elle-même au procès. Bien que la portée exacte de la règle des confessions ait fait l'objet de débats au cours du dernier siècle, on peut dire qu'un élément commun unit ces deux règles très distinctes—l'idée qu'une personne assujettie au pouvoir de l'État en matière criminelle a le droit de décider de parler aux policiers ou de garder le silence.

(i) *The Confessions Rule*

The exact nature and definition of the confessions rule has long bedeviled our courts. One can, however, discern two distinct approaches. Lord Reid identified them in *Commissioners of Customs & Excise v. Harz*, [1967] 1 All E.R. 177 (H.L.), at p. 184:

I do not think that it is possible to reconcile all the very numerous judicial statements on rejection of confessions, but two lines of thought appear to underlie them: first, that a statement made in response to a threat or promise may be untrue or at least untrustworthy; and secondly, that *nemo tenetur seipsum prodere*.

Both versions of the confessions rule focus on voluntariness as the basic requirement for the admission of a statement made to the authorities by a detained person. The requirement of voluntariness, in turn, comports the idea that the detained person is entitled to choose whether to make a statement to the authorities or not. The difference between the two approaches to the confessions rule lies in the way they define voluntariness and choice.

The traditional confessions rule set out in *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599, defines the choice negatively, in terms of the absence of threats or promises by the authorities inducing the statement, and objectively, in terms of the physical acts and words of the parties. The awareness of the detained person of his alternatives is irrelevant. He need not be told that he has the right to remain silent. He need not be told that he has the right to consult counsel to determine what his options are. The only right he has is a negative right—the right not to be tortured or coerced into making a statement by threats or promises held out by a person who is and whom he subjectively believes to be a person in authority. The act of choosing is viewed objectively, and the mental state of the suspect, apart from his belief that he is speaking to a person in authority, is irrelevant. Were it not for the insistence in the cases that the absence of threats and promises establishes the voluntariness of the statement and that voluntariness is the ultimate requirement for an admissible confession, one would be tempted to say that choice in the

(i) *La règle des confessions*

La nature exacte et la définition de la règle des confessions a longtemps tourmenté nos tribunaux. Il est cependant possible d'en dégager deux conceptions distinctes. Lord Reid les a identifiées dans l'arrêt *Commissioners of Customs & Excise v. Harz*, [1967] 1 All E.R. 177 (H.L.), à la p. 184:

[TRADUCTION] Je ne crois pas qu'il soit possible de concilier toutes les très nombreuses déclarations judiciaires qui rejettent les confessions, mais deux courants de pensée semblent les sous-tendre: premièrement, une déclaration faite en réaction à une menace ou à une promesse peut être fautive ou à tout le moins non digne de foi, et deuxièmement, *nemo tenetur seipsum prodere*.

Les deux conceptions de la règle des confessions sont axées sur le caractère volontaire comme condition fondamentale de l'utilisation d'une déclaration faite aux autorités par une personne détenue. L'exigence du caractère volontaire comporte à son tour l'idée qu'une personne détenue peut choisir de faire une déclaration ou non aux autorités. La différence entre les deux conceptions de la règle des confessions réside dans leur façon de définir le caractère volontaire et le choix.

La règle traditionnelle des confessions énoncée dans l'arrêt *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599, définit le choix en termes négatifs, comme l'absence de menaces ou de promesses par les autorités qui amènent l'accusé à faire une déclaration, et en termes objectifs, comme les actes physiques et les paroles des parties. La connaissance par la personne détenue des choix qui s'offrent à elle n'est pas pertinente. Il n'est pas nécessaire de l'aviser qu'elle a le droit de garder le silence. Il n'est pas nécessaire de l'aviser de son droit de consulter un avocat pour déterminer quels sont ses choix. Le seul droit que possède la personne est un droit négatif—le droit de ne pas être torturé ni forcé de faire une déclaration sous l'effet de la menace ou de promesses d'une personne qui est et que l'auteur de la déclaration croit subjectivement être une personne en autorité. Le choix lui-même est envisagé de façon objective et l'état d'esprit du suspect, mis à part le fait qu'il croit s'adresser à une personne en autorité, n'est pas pertinent. N'était-ce de l'insistance dans la jurisprudence que l'absence de menaces et de promesses établit le

usual sense of deciding between alternatives plays little role in the traditional narrow formulation of the confessions rule.

Allied with this narrow concept of choice in the traditional confessions rule, is the view that the rationale for the rule is the rejection of unreliable statements. The questions of the suspect's actual state of mind and whether, given that state of mind, it is unfair to use the statement against him, do not arise.

The second approach to choice in the confessions rule is much broader. It starts from the proposition that choice involves not only an act, but a mental element. On this view, the act of choosing whether to remain silent or speak to the police necessarily comprehends the mental act of selecting one alternative over another. The absence of violence, threats and promises by the authorities does not necessarily mean that the resulting statement is voluntary, if the necessary mental element of deciding between alternatives is absent. On this view, the fact that the accused may not have realized he had a right to remain silent (e.g. where he has not been given the standard warning) or has been tricked into making the statement, are relevant to the question of whether the statement is voluntary.

The modern Canadian confessions rule accepts some aspects of this approach. Thus a voluntary choice to confess presupposes an "operating mind": *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376; and *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30. Beyond this basic requirement, however, the mainstream of contemporary Canadian confessions law has not, by and large, acknowledged the mental element involved in choice. Nevertheless, the second, broader concept of choice persists as part of our fundamental notion of procedural fairness. Older Canadian cases acknowledge it, as does the

caractère volontaire de la déclaration et que celui-ci est la condition ultime de l'utilisation d'une confession, on serait tenté de dire que le choix, dans le sens habituel d'une décision entre deux options, joue un rôle négligeable dans la formulation traditionnellement étroite de la règle des confessions.

Apparentée à cette notion étroite du choix dans la règle traditionnelle des confessions, il y a l'opinion que la raison d'être de la règle est le rejet des déclarations non dignes de foi. Les questions relatives à l'état d'esprit réel du suspect et celle de savoir si, compte tenu de cet état d'esprit, il est inéquitable d'utiliser la déclaration contre lui, ne se posent pas.

La deuxième façon d'aborder le choix dans la règle des confessions est beaucoup plus large. Elle part de la proposition que le choix comporte non seulement un acte, mais un élément psychologique. Selon cette façon de voir, l'acte qui consiste à choisir de garder le silence ou de parler aux policiers comprend nécessairement l'acte psychologique de choisir une option plutôt qu'une autre. L'absence de violence, de menaces et de promesses de la part des autorités ne signifie pas nécessairement que la déclaration qui résulte est volontaire si l'élément psychologique nécessaire de la décision entre des options est absent. Selon cette façon de voir, le fait que l'accusé ait pu ne pas avoir pris conscience qu'il avait le droit de garder le silence (par exemple, lorsqu'il n'a pas reçu la mise en garde habituelle) ou qu'il a été amené à faire la déclaration au moyen d'un artifice, n'est pas pertinent pour déterminer le caractère volontaire de la déclaration.

La règle contemporaine des confessions au Canada reconnaît certains aspects de cette façon de voir. Ainsi, le choix volontaire de faire une confession présuppose un «état d'esprit conscient»: *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376, et *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30. Cependant, au-delà de cette condition fondamentale, l'attitude dominante en matière de confessions en droit canadien contemporain, n'a pas, de façon générale, reconnu l'élément psychologique que comporte le choix. Quoiqu'il en soit, la deuxième conception plus large du choix continue de faire partie de nos

law in other jurisdictions. And it recurs like a leitmotif through the dissenting judgments of distinguished Canadian jurists and in the work of scholars.

Allied with this second, broader approach to voluntariness or choice under the confessions rule is the view that the rule's rationale goes beyond the exclusion of unreliable statements and extends to considerations of whether reception of the statement will be unfair or tend to bring the administration of justice into disrepute.

Until the case of *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, the confessions rule in Canada, as in England and elsewhere in the Commonwealth, may be characterized as an uneasy and to some extent illogical amalgam of these two quite different views of choice. It was said that the test for admissibility was whether the confession was voluntary, which carries with it the idea of an active choice between alternatives. At the same time, voluntariness was said to be established objectively by the simple absence of threats and promises: *Ibrahim*.

The law in England went (and continues to go) some way toward the reconciliation of the notion of voluntariness with the narrow legal test, by recognizing a discretion in judges to refuse to admit a statement which meets the *Ibrahim* test, on the ground that admission of the statement would be unfair to the accused and bring the administration of justice into disrepute. Violation of the Judges' Rules—guidelines laid down by the judges for the conduct of interrogations—frequently results in rejection of statements which meet the “threat-promise” test. Statements made where the police have not advised the suspect of his right to remain silent (required by the Judges' Rules) may be rejected on this basis, as may statements obtained by tricks. The practical result is that judges may reject confessions obtained where the mental factor relevant to true voluntariness is absent. Moreover, this discretion, not being tied to the traditional confessions rule, may be exercised where, because of police deception, the

notions fondamentales d'équité procédurale. La jurisprudence canadienne plus ancienne la reconnaît tout comme le droit d'autres ressorts. Et elle réapparaît comme un leitmotif dans les opinions ^a dissidentes de grands juristes canadiens et dans les ouvrages de doctrine.

Apparentée à cette deuxième conception plus large du caractère volontaire ou du choix de la ^b règle des confessions, il y a l'opinion que la raison d'être de la règle va au-delà de l'exclusion des déclarations non dignes de foi pour s'étendre aux questions de savoir si la réception de la déclaration sera inéquitable ou susceptible de déconsidérer ^c l'administration de la justice.

Jusqu'à l'arrêt *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272, la règle des confessions au Canada, comme en Angleterre et ailleurs dans les pays du Commonwealth, peut être qualifiée de combinaison difficile ^d et, dans une certaine mesure, illogique de ces deux notions très différentes du choix. On a dit que le critère d'admissibilité était de savoir si la confession était volontaire, ce qui comporte l'idée d'un ^e choix actif entre des options. En même temps, on a dit que le caractère volontaire devait être établi objectivement par la simple absence de menaces ou de promesses: *Ibrahim*.

En Angleterre, le droit a commencé (et continue) à harmoniser l'idée du caractère volontaire avec le critère juridique étroit en reconnaissant aux juges le pouvoir discrétionnaire de refuser ^f d'admettre une déclaration qui respecte le critère de l'arrêt *Ibrahim* pour le motif que l'utilisation de la déclaration serait inéquitable pour l'accusé et susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La violation des Règles des juges—soit des ^g directives établies par les juges pour la tenue des interrogatoires—conduit fréquemment au rejet de déclarations qui respectent le critère des menaces et des promesses. Ainsi, les déclarations faites alors que les policiers n'ont pas avisé le suspect de son droit de garder le silence (requis par les Règles des juges) peuvent être rejetées pour ce motif, tout ⁱ comme les déclarations obtenues au moyen d'artifices. En pratique, il en résulte que les juges peuvent rejeter les confessions obtenues en l'absence de l'élément psychologique applicable au ^j véritable caractère volontaire. En outre, ce pouvoir

accused is unaware of the fact he is speaking to the authorities.

In Canada we have never had Judges' Rules. Yet one can discern in some of the earlier cases a willingness to go beyond the strict confines of the *Ibrahim* rule and to accord to the trial judge a discretion as to the admission of a statement taken in circumstances the judge deems unfair. In *Gach v. The King*, [1943] S.C.R. 250, it was suggested that failure to give the accused the standard warning might render a statement inadmissible. In *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262, this Court, while stating that the absence of a warning would not necessarily render a statement involuntary, suggested that it might be considered with all the other circumstances in determining whether a confession was voluntary (*per* Kerwin J., at p. 267). In the same case Rand J. suggested at p. 270 that the decision was very much one for the trial judge:

The underlying and controlling question then remains: is the statement freely and voluntarily made? Here the trial judge found that it was. It would be a serious error to place the ordinary modes of investigation of crime in a strait jacket of artificial rules; and the true protection against improper interrogation or any kind of pressure or inducement is to leave the broad question to the court. Rigid formulas can be both meaningless to the weakling and absurd to the sophisticated or hardened criminal

At the same time, other cases continued to emphasize the threat-promise formulation: see *R. v. Fitton*, [1956] S.C.R. 958.

Nevertheless, until the decision in *Wray, supra*, generally thought to be open to judges in Canada to reject statements which met the *Ibrahim* test, but which had been obtained unfairly. As Kaufman J.A. puts it (F. Kaufman, *The Admissibility of Confessions* (3rd ed. 1979), at p. 236):

discretionnaire, qui est distinct de la règle traditionnelle des confessions, peut être exercé lorsqu'en raison de la supercherie des policiers l'accusé ne sait pas qu'il s'adresse aux autorités.

^a

^b Au Canada, nous n'avons jamais eu de Règles des juges. Il est cependant possible de déceler dans certaines décisions antérieures une volonté d'aller au-delà des limites strictes de la règle de l'arrêt *Ibrahim* et d'accorder au juge du procès le pouvoir discretioinaire de rejeter une déclaration faite dans des circonstances que le juge estime inéquitables. Dans l'arrêt *Gach v. The King*, [1943] R.C.S. 250, on a dit que l'omission de donner à l'accusé la mise en garde habituelle pourrait rendre une déclaration inadmissible. Dans l'arrêt *Boudreau v. The King*, [1949] R.C.S. 262, notre Cour, tout en affirmant que l'absence de mise en garde ne rendrait pas automatiquement une déclaration involontaire, a dit que ce facteur pouvait être considéré avec toutes les autres circonstances pour déterminer si une confession était volontaire (le juge Kerwin, à la p. 267). Dans le même arrêt, à la p. 270, le juge Rand a dit que cette décision relevait essentiellement du juge du procès:

[TRADUCTION] La question fondamentale et décisive est donc celle-ci: la déclaration a-t-elle été faite librement et volontairement? En l'espèce, le juge du procès a jugé qu'elle l'avait été. Ce serait une grave erreur d'imposer aux méthodes habituelles d'enquêtes criminelles un carcan étroit de règles artificielles; le meilleur moyen de se prémunir contre un interrogatoire irrégulier ou toute forme de pression ou d'incitation est de laisser la question aux tribunaux. Les règles rigides peuvent être dénuées de sens pour les faibles et sembler absurdes aux criminels habiles ou endurcis . . .

^h En même temps, d'autres décisions ont continué à insister sur la formule des menaces et des promesses: voir l'arrêt *R. v. Fitton*, [1956] R.C.S. 958.

ⁱ Quoi qu'il en soit, jusqu'à l'arrêt *Wray*, précité, on estimait en général qu'au Canada les juges étaient libres de rejeter les déclarations conformes au critère de l'arrêt *Ibrahim* mais obtenues de façon inéquitable. Comme le juge Kaufman l'explique (F. Kaufman, *The Admissibility of Confessions* (3^e éd. 1979), à la p. 236):

It was generally believed, and not without reason, that a judge was entitled to exercise his discretion in cases such as these, and that appellate courts would not lightly interfere.

Examples are not difficult to find. Laskin J.A. (as he then was) took the view in delivering the judgment of the Ontario Court of Appeal in *R. v. McLeod* (1968), 5 C.R.N.S. 101, at p. 104, that confessions could be excluded where the stratagems of police put in doubt whether the ensuing statement had been properly elicited. Similarly, Gale J. (as he then was) stated in rejecting a confession in *R. v. McCorkell* (1964-65), 7 *Crim. L.Q.* 395, at p. 397:

It is my opinion that once an accused person has retained counsel to the knowledge of the police or other persons in authority, the latter ought not to endeavour to interview and question that accused person without first seeking and obtaining the concurrence of his solicitor. So strong is my view in this respect that I am therefore exercising my discretion in the way I have indicated, perhaps wrongly, because, strictly speaking, the statement thus procured was probably admissible. I decline, however, to give any encouragement in the future to persons in authority to circumvent the position of an accused's solicitor by going directly to speak to the accused.

To this point, the law in Canada was not significantly different from that elsewhere in the Commonwealth.

Wray changed this. The issue in that case was the admissibility, not of a confession but rather of real evidence obtained as a result of a statement. Nevertheless, the principle enunciated had a profound effect on the power of a trial judge to exclude a confession which was, strictly speaking, admissible on the *Ibrahim* test. The ruling was simple: a court did not have the power to exclude admissible and relevant evidence merely because its admission would bring the administration of justice into disrepute. This represented a divergence from the approach to confessions elsewhere in the Commonwealth. Instead of a two-pronged approach to confessions—the basic rule supplemented by a residual discretion to exclude on grounds of unfairness or the repute of the administration of justice—Canada was left with the

[TRADUCTION] On croyait généralement, et avec raison, que le juge pouvait exercer son pouvoir discrétionnaire dans ces cas et que les cours d'appel n'interviendraient pas à la légère.

^a Il n'est pas difficile de trouver des exemples. Le juge Laskin (avant d'être nommé à notre Cour) a dit en rendant l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. McLeod* (1968), 5 C.R.N.S. 101, à la p. 104, que les confessions pouvaient être écartées lorsque les stratagèmes des policiers mettaient en doute la régularité de l'obtention de la déclaration. De même, le juge Gale (plus tard Juge en chef de l'Ontario), dans l'arrêt *R. v. McCorkell* (1964-65), 7 *Crim. L.Q.* 395, à la p. 397, a affirmé en rejetant une confession:

[TRADUCTION] Je suis d'avis que lorsqu'un accusé a retenu les services d'un avocat à la connaissance de la police ou d'autres personnes en situation d'autorité, ces derniers ne doivent pas tenter d'interroger l'accusé ou de lui poser des questions sans avoir d'abord demandé et obtenu le consentement de son avocat. Mon opinion est à ce point ferme à cet égard que j'exerce mon pouvoir discrétionnaire dans le sens que j'ai indiqué, peut-être à tort, parce que, en droit strict, la déclaration ainsi obtenue était probablement recevable. Je refuse cependant d'encourager pour l'avenir les personnes en situation d'autorité à circonvenir la position de l'avocat d'un accusé en communiquant directement avec l'accusé.

^f Jusque-là, le droit au Canada n'était pas très différent de celui des autres pays du Commonwealth.

^g L'arrêt *Wray* a apporté des changements. Dans cet arrêt, la question portait sur l'utilisation non pas d'une confession mais plutôt d'une preuve matérielle obtenue par suite d'une déclaration. Quoi qu'il en soit, le principe formulé a eu un effet important sur le pouvoir du juge du procès d'écarter une confession qui, à strictement parler, était admissible selon le critère de l'arrêt *Ibrahim*. La décision était simple: un tribunal n'avait pas le pouvoir d'écarter une preuve admissible et pertinente simplement parce que son utilisation était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. C'était s'écarter de la conception retenue à l'égard des confessions ailleurs dans les pays du Commonwealth. Au lieu de l'interprétation à double volet retenue à l'égard des confessions—la règle fondamentale assortie d'un pouvoir discrétionnaire—

narrow *Ibrahim* rule. Reliability was the only concern. All statements were admissible unless induced by threats, promises or violence.

It was in this context that the majority of this Court ruled in *Rothman* that a statement obtained by a trick after the accused had indicated his wish not to speak to the authorities was admissible. As Martland J., speaking for five of the nine judges, succinctly put it at p. 666:

It was not, in my opinion, a sufficient basis for the refusal of the trial judge to receive the confession in evidence solely because he disapproved of the method by which it was obtained.

Not all judges found it easy to accept the strictures of *Wray* and the departure it represented from a more liberal jurisprudence elsewhere in the Commonwealth. In *Rothman*, Lamer J., after an extensive review of the authorities, concluded that the rule governing the reception of confessions was two-fold; such statements might be excluded either where the conduct of the persons in authority to whom they were made might have rendered them untrue, or where the conduct of the authorities in obtaining the statement would tend to bring the administration of justice into disrepute. Lamer J. (who agreed with the majority in the result) also affirmed that the suspect's right of silence—the right to choose whether to make a statement to the authorities or to remain silent—was fundamental to the confessions rule.

Estey J., dissenting (Laskin C.J. concurring), similarly emphasized the connection between the confessions rule and the fairness and repute of the judicial process, basing his dissent on his conclusion that the use of an undercover agent to obtain a statement would bring into disrepute the administration of justice.

tionnaire résiduaire d'écarter pour des motifs d'iniquité ou de déconsidération de l'administration de la justice—il ne restait au Canada que la règle étroite de l'arrêt *Ibrahim*. La fiabilité était la seule préoccupation. Toutes les déclarations étaient admissibles à moins d'avoir été faites sous l'influence de la menace, de promesses ou de la violence.

C'est dans ce contexte que les juges formant la majorité de notre Cour, dans l'arrêt *Rothman*, ont décidé qu'une déclaration obtenue au moyen d'un artifice après que l'accusé eut indiqué qu'il ne voulait pas parler aux autorités était admissible. Comme l'explique de façon succincte le juge Martland, au nom de cinq des neuf juges, à la p. 666:

À mon avis, le juge du procès ne pouvait fonder son refus de recevoir en preuve la confession sur sa seule désapprobation de la méthode par laquelle elle avait été obtenue.

Plusieurs juges ont difficilement accepté les restrictions de l'arrêt *Wray* et l'écart qu'il constituait par rapport à une jurisprudence plus libérale trouvée ailleurs dans les pays du Commonwealth. Dans l'arrêt *Rothman*, après avoir examiné minutieusement la jurisprudence et la doctrine, le juge Lamer a conclu que la règle régissant la réception des confessions comportait un double volet; ces déclarations pouvaient être écartées lorsque la conduite des personnes en autorité à qui elles avaient été faites pourrait les avoir rendues fausses ou lorsque la conduite adoptée par les autorités pour obtenir la déclaration serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le juge Lamer (qui a partagé la conclusion de la majorité) a également affirmé que le droit du suspect de garder le silence—le droit de décider de faire une déclaration aux autorités ou de garder le silence—était fondamental à la règle des confessions.

Le juge Estey, dissident (le juge en chef Laskin souscrivant à ses motifs), a de même souligné le lien entre la règle des confessions et l'équité du processus judiciaire et la considération dont il jouit, fondant sa dissidence sur la conclusion que le recours à un agent banalisé pour obtenir une déclaration est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

The reasons of Estey J., and Lamer J. disclose an array of distinguished Canadian jurists who recognized the importance of the suspect's freedom to choose whether to give a statement to the police or not, and emphasized the fairness and repute of the administration of justice as an underlying rationale for the confessions rule, both before and after *Wray*. Among them is Chief Justice Freedman, "Admissions and Confessions", reproduced in R. E. Salhany and R. J. Carter, eds., *Studies in Canadian Criminal Evidence* (1972), at p. 99, who emphasized the centrality to the confessions rule of individual freedom and the integrity of the judicial system:

It is justice then that we seek, and within its broad framework we may find the true reasons for the rule excluding induced confessions. Undoubtedly ... the main reason for excluding them is the danger that they may be untrue. But there are other reasons, stoutly disclaimed by some judges, openly professed by others, and silently acknowledged by still others—the last perhaps being an instance of an "inarticulate major premise" playing its role in decision-making. These reasons, all of them, are rooted in history. They are touched with memories of torture and the rack, they are bound up with the cause of individual freedom, and they reflect a deep concern for the integrity of the judicial process.

Some judges put the matter in terms of the accused's subjective and informed decision to remain silent or to speak. Thus Beetz J. wrote in *Horvath*, *supra*, at p. 433:

Apart from the untrustworthiness of confessions extorted by threats or promises, other policy reasons have also been advanced to explain the rejection of confessions improperly obtained. But the basic reason is the accused's absolute right to remain silent either completely or partially and not to incriminate himself unless he wants to. This is why it is important that the accused understand what is at stake in the procedure. [Emphasis added.]

As Estey J. observed in *Rothman*, this Court in the post-*Wray* cases of *Horvath* and *Ward* in fact departed from the objective threat-promise formulation and the exclusive concern with the reliability

Dans leurs motifs, les juges Estey et Lamer citent une série d'éminents juristes canadiens qui reconnaissent l'importance de la liberté du suspect de choisir de faire ou non une déclaration aux policiers et ils font ressortir l'équité de l'administration de la justice et la considération dont elle jouit comme raison d'être sous-jacente de la règle des confessions, tant avant qu'après l'arrêt *Wray*. Parmi ceux-ci, on compte le juge en chef Freedman qui, dans «Admissions and Confessions», reproduit dans R. E. Salhany and R. J. Carter (éd.), *Studies in Canadian Criminal Evidence* (1972), à la p. 99, souligne l'importance capitale que revêtent la liberté individuelle et l'intégrité du système judiciaire dans la règle des confessions:

[TRADUCTION] C'est donc la justice que nous recherchons et c'est à l'intérieur de ses larges paramètres que nous pourrions peut-être trouver les véritables raisons à l'origine de la règle consistant à écarter les confessions provoquées. Sans nul doute, [...] le danger qu'elles soient fausses est le motif principal de leur rejet. Mais il y a d'autres motifs, que certains juges refusent résolument d'admettre, que d'autres déclarent ouvertement, et que d'autres encore reconnaissent tacitement—ce dernier cas en étant peut-être un où une règle fondamentale non écrite joue un rôle dans la prise de décision. Tous ces motifs ont leur racine dans l'histoire. Ils portent le souvenir de la torture et du supplice, ils sont liés à la cause de la liberté individuelle, et ils sont l'expression d'une préoccupation profonde pour l'intégrité de la justice.

Certains juges envisagent la question du point de vue de la décision subjective et éclairée de l'accusé de garder le silence ou de parler. C'est ainsi que le juge Beetz écrit dans l'arrêt *Horvath*, précité, à la p. 433:

Mis à part la suspicion que soulèvent des aveux extorqués par la menace ou les promesses, on a également invoqué d'autres raisons de principe pour expliquer le rejet d'aveux obtenus incorrectement. Mais la raison fondamentale demeure le droit absolu de l'accusé de garder complètement ou partiellement le silence et de ne s'incriminer que s'il le veut. C'est pourquoi il est important que l'accusé comprenne ce qui est en jeu dans cette procédure. [Je souligne.]

Comme le juge Estey l'a souligné dans l'arrêt *Rothman*, notre Cour, dans les arrêts *Horvath* et *Ward* rendus après l'arrêt *Wray*, s'est en réalité écartée de la formule objective des menaces et des

of the statement, when it affirmed that to be admissible a statement must be truly voluntary in the sense of being the product of the accused's operating mind. Where the accused, because of hypnosis in the one case and drunkenness in the other, was not possessed of the requisite mental capacity to make a voluntary decision about whether to speak to the authorities or not, his statement could not be considered voluntary and hence was inadmissible. These decisions clearly affirmed the relevance of the mental element in the choice at issue in the confessions rule, at least in the minimal sense that the suspect must possess the mental capacity to make an active choice.

This then was the situation when the *Charter* was introduced in 1982. Notwithstanding a strong and continuing undercurrent of dissent, the narrow *Wray* principle continued to prevent the courts from considering the nature of the suspect's choice and the conduct of the authorities apart from threats, promises and violence, causing one trial judge, on being required to admit statements which he considered to have been taken in shocking circumstances, to comment:

[TRANSLATION] As it was torture in times past that led the courts to establish rules for the admissibility of extra-judicial statements, it would appear that situations like those described here might constitute an invitation for the courts to control their proceedings by adopting any rules necessary for the protection of the integrity of the judicial system and the fundamental rights of the citizen.

(*R. v. Clot (No. 1)* (1982), 69 C.C.C. (2d) 349 (Que. S.C.), at p. 365, *per* Landry J.)

At the same time, other judges were suggesting that the adoption of the *Charter* justified a broadening of the rule. As Kaufman J.A. put it:

The views of Estey and Lamer JJ. (in *Rothman*) show the trend. So does the judgment in *Clot*. Now, with the *Charter*, the scope has increased, and while the paramet-

promesses ainsi que de la seule préoccupation de la fiabilité de la déclaration lorsqu'elle a affirmé que pour être admissible une déclaration doit être véritablement volontaire en ce sens qu'elle doit résulter de l'état d'esprit conscient de l'accusé. Lorsque l'accusé, en état d'hypnose dans un cas et en état d'ébriété dans l'autre cas, n'était pas psychologiquement capable de décider volontairement de parler ou non aux autorités, sa déclaration ne pouvait être considérée comme volontaire et elle était donc inadmissible. Ces arrêts démontrent clairement la pertinence de l'élément psychologique du choix qui est en cause dans la règle des confessions, à tout le moins en ce sens que l'accusé doit être en mesure psychologiquement de faire activement un choix.

C'était donc la situation qui prévalait lors de l'adoption de la *Charte* en 1982. Même s'il existe toujours un fort courant de dissidence, le principe étroit de l'arrêt *Wray* empêche toujours les tribunaux d'examiner la nature du choix effectué par le suspect et la conduite des autorités, mis à part les menaces, les promesses et la violence, qui ont incité un juge du procès, à qui on demandait d'admettre les déclarations qu'il estimait avoir été obtenues dans des circonstances choquantes, à écrire:

Comme la torture autrefois a pu amener les tribunaux à établir des règles d'admissibilité des déclarations extrajudiciaires, il apparaît que des situations comme celles décrites ici peuvent constituer une invitation pour les tribunaux à contrôler leurs propres procédures en adoptant les règles nécessaires à la protection de l'intégrité du système judiciaire et des droits fondamentaux du citoyen.

(*R. v. Clot* (1982), 27 C.R. (3d) 324 (C.S. Qué.), à la p. 341, le juge Landry.)

Au même moment, d'autres juges laissaient entendre que l'adoption de la *Charte* justifiait qu'on élargisse la portée de la règle. Comme le juge Kaufman le dit:

[TRANSLATION] Les opinions des juges Estey et Lamer (dans l'arrêt *Rothman*) montrent la tendance. Il en est de même de l'arrêt *Clot*. Maintenant, avec la *Charte*, la portée a été élargie et, même si les paramètres ne seront

ters will not be known for some time, the foundation is ready.

(*The Admissibility of Confessions*, Third supplement (cumulative) to the third edition (1986), at p. 119.)

Lamer J. alluded to this possibility in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at pp. 286-87, where he stated with reference to *Rothman*:

I still am of the view that the resort to tricks that are not in the least unlawful let alone in violation of the *Charter* to obtain a statement should not result in the exclusion of a free and voluntary statement unless the trick resorted to is a dirty trick, one that shocks the community. [Emphasis added.]

I return to the question of what the confessions rule suggests as to the scope of the right to pre-trial silence under s. 7 of the *Charter*. The foregoing review suggests that one of the themes running through the jurisprudence on confessions is the idea that a person in the power of the state's criminal process has the right to freely choose whether or not to make a statement to the police. This idea is accompanied by a correlative concern with the repute and integrity of the judicial process. This theme has not always been ascendant. Yet, its importance cannot be denied. It persists, both in Canadian jurisprudence and in the rules governing the rights of suspects in other countries. The question is whether, as Kaufman J.A. suggests, it should prevail in the post-*Charter* era.

(ii) *The Privilege Against Self-Incrimination*

The second rule which is closely concerned with the right to silence of a person in jeopardy in the criminal process is the privilege against self-incrimination. It is distinct from the confessions rule, applying at trial rather than at the investigational phase of the criminal process: see *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763, at pp. 768-69. Yet it is related to the confessions rule, both philosophically and practically.

Philosophically, courts have frequently justified both the confessions rule and the privilege against

pas connus avant un certain temps, les fondations sont prêtes.

(*The Admissibility of Confessions*, Troisième supplément (cumulatif) à la troisième édition (1986), à la p. 119.)

Le juge Lamer a fait allusion à cette possibilité dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, à la p. 287, lorsqu'il a affirmé au sujet de l'arrêt *Rothman*:

Je suis toujours d'avis que l'usage d'artifices qui ne sont pas du tout illégaux et qui ne constituent aucunement une violation de la *Charte* pour obtenir une déclaration, ne devrait pas entraîner l'exclusion d'une déclaration faite librement et volontairement, à moins que l'artifice employé ne soit répréhensible et choque la collectivité. [Je souligne.]

Je reviens maintenant à la question de savoir ce que la règle des confessions donne à entendre au sujet de la portée du droit de garder le silence avant le procès en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. L'examen précédent laisse voir que l'un des thèmes dominants dans la jurisprudence sur les confessions est l'idée qu'une personne assujettie au pouvoir de l'État en matière criminelle a le droit de décider librement de faire ou non une déclaration aux policiers. Cette idée s'accompagne d'un souci correspondant de préserver l'intégrité du processus judiciaire et la considération dont il jouit. Ce thème n'a pas toujours été dominant. On ne peut cependant en nier l'importance. Il existe toujours, tant dans la jurisprudence canadienne que dans les règles régissant les droits des suspects dans les autres pays. Comme le laisse entendre Kaufman, la question est de savoir s'il devrait prévaloir après l'adoption de la *Charte*.

(ii) *Le privilège de ne pas s'incriminer*

La deuxième règle qui touche de près au droit d'une personne de garder le silence lorsqu'elle est en mauvaise posture dans le processus criminel est le privilège de ne pas s'incriminer. Elle est distincte de la règle des confessions puisqu'elle s'applique au procès plutôt qu'à l'étape de l'enquête du processus criminel: voir l'arrêt *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763, aux pp. 768 et 769. Elle est cependant liée à la règle des confessions, tant sur le plan philosophique que pratique.

Sur le plan philosophique, les tribunaux ont souvent justifié la règle des confessions et le privi-

self-incrimination by reference to the right of every person not to be required to produce evidence against himself—*nemo tenetur seipsum accusare*. The privilege against self-incrimination, like the confessions rule, is rooted in an abhorrence of the interrogation practised by the old ecclesiastical courts and the Star Chamber and the notion which grew out of that abhorrence that the citizen involved in the criminal process must be given procedural protections against the overweening power of the state. While the privilege against self-incrimination relies in part on a notion which does not find place in the confessions rule—the obligation of the Crown to prove its case—it shares with that rule the notion that an accused person has no obligation to give evidence against himself, that he or she has the right to choose. This, it may be postulated, is the shared conceptual core of the two rules fundamental to the more general right to silence.

From a practical point of view, the relationship between the privilege against self-incrimination and the right to silence at the investigatorial phase is equally clear. The protection conferred by a legal system which grants the accused immunity from incriminating himself at trial but offers no protection with respect to pre-trial statements would be illusory. As Ratushny writes (*Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (1979), at p. 253):

Furthermore, our system meticulously provides for a public trial only after a specific accusation and where the accused is protected by detailed procedures and strict evidentiary rules. Ordinarily he is represented by a lawyer to ensure that he in fact receives all of the protections to which he is entitled. The accused is under no legal or practical obligation to respond to the accusation until there is an evidentiary case to meet. There is a hypocrisy to a system which provides such protections but allows them all to be ignored at the pre-trial stage where interrogation frequently occurs in secret, after counsel has been denied, with no rules at all and often where the suspect or accused is deliberately misled about the evidence against him.

The privilege against self-incrimination clearly imports the right to choose whether to testify or to

lège de ne pas s'incriminer en fonction du droit de toute personne de ne pas être obligée de témoigner contre elle-même—*nemo tenetur seipsum accusare*. Le privilège de ne pas s'incriminer, comme la règle des confessions, tire son origine de l'aversion pour les interrogatoires pratiqués par les anciens tribunaux ecclésiastiques et la Chambre Étoilée et de l'idée qui en a résulté que le citoyen impliqué dans le processus criminel doit bénéficier de garanties procédurales contre le pouvoir démesuré de l'État. Bien que le privilège de ne pas s'incriminer s'appuie en partie sur un concept qui n'a pas sa place dans la règle des confessions—l'obligation du ministère public de faire la preuve de l'infraction reprochée—il partage avec cette règle l'idée qu'un accusé n'est pas tenu de témoigner contre lui-même, qu'il a le droit de le choisir. On peut supposer qu'il s'agit là du principal élément conceptuel commun aux deux règles, qui est essentiel au droit plus général de garder le silence.

D'un point de vue pratique, le rapport entre le privilège de ne pas s'incriminer et le droit de garder le silence à l'étape de l'enquête est tout aussi clair. La protection accordée par un système juridique qui confère à l'accusé le droit de ne pas s'incriminer au procès mais qui ne lui offre aucune protection à l'égard des déclarations faites antérieurement au procès serait illusoire. Comme Ratushny l'a écrit (*Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (1979), à la p. 253):

[TRADUCTION] En outre, notre système prévoit méticuleusement la tenue d'un procès public seulement après le dépôt d'une accusation spécifique et alors que l'accusé bénéficie de garanties procédurales détaillées et de règles de preuve sévères. L'accusé est habituellement représenté par un avocat qui veille à ce qu'il bénéficie véritablement de toutes les protections auxquelles il a droit. L'accusé n'est pas tenu légalement ou en pratique de répondre à l'accusation à moins de devoir réfuter une preuve. Il existe une certaine hypocrisie dans un système qui prévoit ces garanties mais qui permet qu'on les ignore à l'étape antérieure au procès lorsque l'interrogatoire se déroule souvent en secret, après que le droit à l'assistance d'un avocat a été refusé, sans aucune règle et souvent lorsque le suspect ou l'accusé est délibérément induit en erreur quant à la preuve qui existe contre lui.

Le privilège de ne pas s'incriminer comporte clairement le droit de choisir de témoigner ou de

remain silent. The accused is usually advised by counsel. The presence of the presiding judge precludes undue pressure by the Crown. The consequences of testifying or not are clear. The philosophical and practical relationship between the privilege against self-incrimination and the right of the suspect to silence prior to trial suggests that the same right of choice should prevail at the earlier phase of the criminal process.

(iii) *Summary of Implications to be Drawn From the Rules Relating to the Right to Silence*

Despite their differences, the common law confessions rule and the privilege against self-incrimination share a common theme—the right of the individual to choose whether to make a statement to the authorities or to remain silent, coupled with concern with the repute and integrity of the judicial process. If the measure of a fundamental principle of justice under s. 7 is to be found, at least in part, in the underlying themes common to the various rules related to it, then the measure of the right to silence may be postulated to reside in the notion that a person whose liberty is placed in jeopardy by the criminal process cannot be required to give evidence against himself or herself, but rather has the right to choose whether to speak or to remain silent. This suggests that the scope of the right of a detained person to silence prior to trial under s. 7 of the *Charter* must extend beyond the narrow view of the confessions rule which formed the basis of the decision of the majority of this Court in *Rothman*.

(c) The Scope of the Right of a Detained Person to Silence Suggested by Other Provisions of the *Charter*

The common law rules relating to the right to silence suggest that the essence of the right is notion that the person whose freedom is placed in question by the judicial process must be given the choice of whether to speak to the authorities or not. The next question is whether this hypothesis is confirmed by consideration of the right to silence in the context of other *Charter* provisions.

garder le silence. L'accusé est habituellement conseillé par un avocat. La présence du juge qui préside empêche le ministère public d'exercer trop de pression. Les conséquences de la décision de témoigner ou non sont claires. Les rapports philosophiques et pratiques entre le privilège de ne pas s'incriminer et le droit du suspect de garder le silence avant le procès laissent entendre que le même droit de choisir devrait exister au début du processus criminel.

(iii) *Résumé des conséquences des règles relatives au droit de garder le silence*

Malgré leurs différences, la règle des confessions en common law et le privilège de ne pas s'incriminer ont un élément commun—le droit de la personne de choisir de faire une déclaration aux autorités ou de garder le silence, assorti d'un souci de préserver l'intégrité du processus judiciaire et la considération dont il jouit. Si la portée d'un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 doit se trouver, du moins en partie, dans les thèmes sous-jacents communs aux diverses règles qui s'y rapportent, on peut alors présumer que la portée du droit de garder le silence réside dans l'idée qu'une personne dont la liberté est compromise par le processus criminel ne peut être tenue de témoigner contre elle-même mais qu'elle a plutôt le droit de choisir de s'exprimer ou de garder le silence. Cela signifie que la portée du droit d'une personne détenue de garder le silence avant le procès en vertu de l'art. 7 de la *Charte* doit s'étendre au-delà de la conception étroite de la règle des confessions qui a servi de fondement à l'opinion majoritaire de notre Cour dans l'arrêt *Rothman*.

(c) La portée du droit d'une personne détenue de garder le silence selon les autres dispositions de la *Charte*

Les règles de common law relatives au droit de garder le silence laissent entendre que ce droit repose essentiellement sur l'idée qu'une personne dont la liberté est compromise par le processus judiciaire doit avoir le choix de parler ou non aux autorités. Il faut maintenant déterminer si cette hypothèse est confirmée par l'examen du droit de garder le silence dans le contexte d'autres dispositions de la *Charte*.

The rights of a person involved in the criminal process are governed by ss. 7 to 14 of the *Charter*. They are interrelated: *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*. It must be assumed that the framers of the *Charter* intended that they should be interpreted in such a manner that they form a cohesive and internally consistent framework for a fair and effective criminal process. For this reason, the scope of a fundamental principle of justice under s. 7 cannot be defined without reference to the other rights enunciated in this portion of the *Charter* as well as the more general philosophical thrusts of the *Charter*.

(i) *Related Rights*

The first *Charter* right of importance in defining the scope of the right to silence under s. 7 of the *Charter* at the pre-trial stage is the right to counsel under s. 10(b) of the *Charter*.

The scheme under the *Charter* to protect the accused's pre-trial right to silence may be described as follows. Section 7 confers on the detained person the right to choose whether to speak to the authorities or to remain silent. Section 10(b) requires that he be advised of his right to consult counsel and permitted to do so without delay.

The most important function of legal advice upon detention is to ensure that the accused understands his rights, chief among which is his right to silence. The detained suspect, potentially at a disadvantage in relation to the informed and sophisticated powers at the disposal of the state, is entitled to rectify the disadvantage by speaking to legal counsel at the outset, so that he is aware of his right not to speak to the police and obtains appropriate advice with respect to the choice he faces. Read together, ss. 7 and 10(b) confirm the right to silence in s. 7 and shed light on its nature.

The guarantee of the right to consult counsel confirms that the essence of the right is the accused's freedom to choose whether to make a statement or not. The state is not obliged to pro-

Les droits d'une personne impliquée dans le processus criminel sont régis par les art. 7 à 14 de la *Charte*. Ils sont intimement liés: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité. Il faut présumer que les rédacteurs de la *Charte* ont voulu qu'ils soient interprétés de manière à former le cadre cohérent et intérieurement logique nécessaire à l'équité et à l'efficacité du processus criminel. Pour cette raison, la portée d'un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 ne peut être définie sans égard aux autres droits énoncés dans cette partie de la *Charte* ainsi que les objectifs philosophiques plus généraux de la *Charte*.

(i) *Les droits connexes*

Le premier droit d'importance reconnu par la *Charte* dans la définition de la portée du droit qu'a une personne, en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, de garder le silence avant la tenue du procès est le droit à l'assistance d'un avocat garanti à l'al. 10b) de la *Charte*.

Le régime de la *Charte* pour ce qui est de protéger le droit de l'accusé de garder le silence avant le procès peut être décrit de la façon suivante. L'article 7 confère à la personne détenue le droit de choisir de parler aux autorités ou de garder le silence. L'alinéa 10b) exige qu'elle soit avisée de son droit à l'assistance d'un avocat et qu'elle puisse y avoir recours sans délai.

La fonction la plus importante de l'avis juridique au moment de la détention est d'assurer que l'accusé comprenne quels sont ses droits dont le principal est le droit de garder le silence. Le suspect détenu, exposé à se trouver en situation défavorable par rapport aux pouvoirs éclairés et sophistiqués dont dispose l'État, a le droit de rectifier cette situation défavorable en consultant un avocat dès le début afin d'être avisé de son droit de ne pas parler aux policiers et d'obtenir les conseils appropriés quant au choix qu'il doit faire. Pris ensemble, l'art. 7 et l'al. 10b) confirment le droit de garder le silence reconnu à l'art. 7 et nous éclairent sur sa nature.

La garantie du droit de consulter un avocat confirme que l'essence du droit est la liberté de l'accusé de choisir de faire ou non une déclaration. L'État n'est pas tenu de garantir que le suspect ne

tect the suspect against making a statement; indeed it is open to the state to use legitimate means of persuasion to encourage the suspect to do so. The state is, however, obliged to allow the suspect to make an informed choice about whether or not he will speak to the authorities. To assist in that choice, the suspect is given the right to counsel.

This suggests that the drafters of the *Charter* viewed the ambit of the right to silence embodied in s. 7 as extending beyond the narrow formulation of the confessions rule, comprehending not only the negative right to be free of coercion induced by threats, promises or violence, but a positive right to make a free choice as to whether to remain silent or speak to the authorities.

I should not be taken as suggesting that the right to make an informed choice whether to speak to the authorities or to remain silent necessitates a particular state of knowledge on the suspect's part over and above the basic requirement that he possess an operating mind. The *Charter* does not place on the authorities and the courts the impossible task of subjectively gauging whether the suspect appreciates the situation and the alternatives. Rather, it seeks to ensure that the suspect is in a position to make an informed choice by giving him the right to counsel. The guarantee of the right to counsel in the *Charter* suggests that the suspect must have the right to choose whether to speak to the police or not, but it equally suggests that the test for whether that choice has been violated is essentially objective. Was the suspect accorded his or her right to consult counsel? By extension, was there other police conduct which effectively deprived the suspect of the right to choose to remain silent, thus negating the purpose of the right to counsel?

The second *Charter* right relevant to the ambit of the right to silence conferred by s. 7 is the privilege against self-incrimination. This right has been enshrined in s. 11(c) of the *Charter*, which provides that no one can be required to give evidence against himself, and echoed in s. 13 of the *Charter*, which prevents evidence given by a wit-

fasse pas de déclaration; l'État est, en fait, libre d'utiliser des moyens de persuasion légitimes pour encourager le suspect à le faire. L'État est cependant tenu de permettre au suspect de faire un choix éclairé quant à savoir s'il parlera ou non aux autorités. Pour faciliter ce choix, le suspect a droit à l'assistance d'un avocat.

Cela donne à entendre que les rédacteurs de la *Charte* ont considéré que la portée du droit de garder le silence, consacré à l'art. 7, s'étend au-delà de la formulation étroite de la règle des confessions, pour englober non seulement le droit, formulé en termes négatifs, de ne pas faire l'objet d'une contrainte par suite de menaces, de promesses ou de violence, mais aussi le droit absolu de choisir librement de garder le silence ou de parler aux autorités.

Je ne dis pas que le droit de faire un choix éclairé quant à savoir s'il parlera aux autorités ou s'il gardera le silence exige du suspect des connaissances particulières en sus de l'exigence fondamentale qu'il possède un état d'esprit conscient. La *Charte* n'impose ni aux autorités ni aux tribunaux la tâche impossible d'évaluer subjectivement si le suspect est conscient de la situation et des options qui s'offrent à lui. Elle vise plutôt à assurer que le suspect est en mesure de faire un choix éclairé en lui accordant le droit à l'assistance d'un avocat. Le droit à l'assistance d'un avocat garanti dans la *Charte* signifie que le suspect doit avoir le droit de choisir de parler ou non aux policiers, mais il signifie également que le critère permettant de déterminer si on a contrevenu à ce choix est essentiellement objectif. A-t-on accordé au suspect le droit à l'assistance d'un avocat? Par extension, y a-t-il eu une autre conduite policière qui a effectivement privé le suspect du droit de choisir de garder le silence et qui a donc éclipsé l'objet du droit à l'assistance d'un avocat?

Le deuxième droit, garanti par la *Charte*, qui soit applicable à la portée du droit de garder le silence conféré par l'art. 7 est le privilège de ne pas s'incriminer. Ce droit a été enchâssé à l'al. 11c) de la *Charte*, qui prévoit qu'aucune personne ne peut être tenue de témoigner contre elle-même, et se retrouve à l'art. 13 de la *Charte*, qui interdit qu'un

ness being used against the witness in a subsequent proceeding. I have earlier suggested that these rights may be diminished to the extent that a person may be compelled to make statements at the pre-trial stage. It follows that if the *Charter* guarantees against self-incrimination at trial are to be given their full effect, an effective right of choice as to whether to make a statement must exist at the pre-trial stage.

I conclude that the consideration of other rights under the *Charter* suggests that the right to silence of a detained person under s. 7 of the *Charter* must be broad enough to accord to the detained person a free choice on the matter of whether to speak to the authorities or to remain silent.

(ii) *The Philosophy of the Charter With Respect to Improperly Obtained Evidence*

The narrow view of the confessions rule adopted in Canada in recent years stems primarily from the *Wray* approach which emphasized reliability of evidence and virtually removed the discretion of the courts to reject statements on the ground they had been obtained unfairly.

The *Charter* introduced a marked change in philosophy with respect to the reception of improperly or illegally obtained evidence. Section 24(2) stipulates that evidence obtained in violation of rights may be excluded if it would tend to bring the administration of justice into disrepute, regardless of how probative it may be. No longer is reliability determinative. The *Charter* has made the rights of the individual and the fairness and integrity of the judicial system paramount. The logic upon which *Wray* was based, and which led the majority in *Rothman* to conclude that a confession obtained by a police trick could not be excluded, finds no place in the *Charter*. To say there is no discretion to exclude a statement on grounds of unfairness to the suspect and the integrity of the judicial system, as did the majority in *Rothman*, runs counter to the fundamental philosophy of the *Charter*.

témoignage donné par un témoin soit utilisé contre lui dans une procédure ultérieure. J'ai déjà dit que ces droits peuvent être restreints dans la mesure où une personne peut être contrainte à faire des déclarations avant le procès. Il s'ensuit que si les droits, garantis par la *Charte*, de ne pas s'incriminer au procès doivent être pleinement mis à exécution, un véritable droit de choisir de faire une déclaration doit exister avant le procès.

Je conclus que l'examen des autres droits reconnus par la *Charte* indique que le droit d'une personne détenue de garder le silence en vertu de l'art. 7 de la *Charte* doit être suffisamment général pour lui accorder le libre choix de parler aux autorités ou de garder le silence.

(ii) *La philosophie de la Charte quant à la preuve obtenue de façon irrégulière*

La conception étroite de la règle des confessions adoptée au Canada au cours des dernières années découle essentiellement de la méthode adoptée dans l'arrêt *Wray* qui mettait l'accent sur la fiabilité du témoignage et supprimait pratiquement tout pouvoir discrétionnaire des tribunaux de rejeter des déclarations pour le motif qu'elles ont été obtenues de façon inéquitable.

La *Charte* a apporté un changement de philosophie important quant à la réception de la preuve obtenue de façon irrégulière ou illégale. Le paragraphe 24(2) prévoit que la preuve obtenue dans des conditions qui portent atteinte aux droits garantis peut être écartée si elle est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, sans égard à sa valeur probante. La fiabilité n'est donc plus déterminante. La *Charte* accorde une importance prépondérante aux droits de la personne ainsi qu'à l'équité et à l'intégrité du système judiciaire. Le raisonnement à l'origine de l'arrêt *Wray*, qui a incité la majorité dans l'arrêt *Rothman* à conclure qu'une confession obtenue au moyen d'un artifice des policiers ne pouvait être écartée, n'a pas sa place dans la *Charte*. Affirmer qu'il n'existe aucun pouvoir discrétionnaire d'écartier une déclaration en raison de son caractère inéquitable pour le suspect et de l'atteinte à l'intégrité du système judiciaire, comme l'a fait la majorité dans l'arrêt *Rothman*, est contraire à la philosophie fondamentale de la *Charte*.

This suggests that the right of a detained person to silence under s. 7 of the *Charter* should be viewed as broader in scope than the confessions rule as it stood in Canada at the time of the adoption of the *Charter*. The right must reflect the *Charter's* concerns with individual freedom and the integrity of the judicial process, and permit the exclusion of evidence which offends these values.

(iii) *The Purpose of the Right to Silence Under the Charter*

An investigation of the ambit of a right or principle of fundamental justice under the *Charter* necessarily involves consideration of the underlying value which the right was designed to protect. This is the "purposive approach" set out by Dickson J. (as he then was) in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145.

Section 7 and the more specific procedural guarantees which follow it are generally concerned with the proper balance between the respective rights of the individual and the state in judicial proceedings where the accused's life, liberty or security of person is at stake. It guarantees the individual's life, liberty and security of person. But it recognizes that these rights are not absolute. In certain circumstances, the state may properly deprive a person of these interests. But it must do so in conformity with the principles of fundamental justice.

In a broad sense, the purpose of ss. 7 to 14 is two-fold to preserve the rights of the detained individual, and to maintain the repute and integrity of our system of justice. More particularly, it is to the control of the superior power of the state *vis-à-vis* the individual who has been detained by the state, and thus placed in its power, that s. 7 and the related provisions that follow are primarily directed. The state has the power to intrude on the individual's physical freedom by detaining him or her. The individual cannot walk away. This physical intrusion on the individual's mental liberty in turn may enable the state to infringe the individu-

Cela porte à conclure qu'on devrait considérer que le droit d'une personne détenue de garder le silence en vertu de l'art. 7 de la *Charte* est de portée plus générale que la règle des confessions telle qu'elle existait au Canada lors de l'adoption de la *Charte*. Le droit doit traduire les préoccupations de la *Charte* à l'égard de la liberté individuelle et de l'intégrité du processus judiciaire et permettre qu'une preuve qui porte atteinte à ces valeurs soit écartée.

(iii) *Le but du droit de garder le silence en vertu de la Charte*

L'examen de la portée d'un droit ou d'un principe de justice fondamentale prévu par la *Charte* comporte nécessairement l'examen de la valeur sous-jacente que le droit vise à protéger. Il s'agit de «l'interprétation fondée sur l'objet visé» formulée par le juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

L'article 7 et les garanties procédurales plus spécifiques qui suivent visent généralement le juste équilibre entre les droits respectifs de l'individu et de l'État dans les procédures judiciaires où la vie, la liberté ou la sécurité de l'accusé est compromise. L'article 7 garantit le droit de l'individu à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Mais il reconnaît que ces droits ne sont pas absolus. Dans certaines circonstances, l'État peut à juste titre priver une personne de ces droits. Mais cela doit se faire en conformité avec les principes de justice fondamentale.

De façon générale, les art. 7 à 14 poursuivent un double objet, celui de protéger les droits de la personne détenue et celui de préserver l'intégrité de notre système de justice et la considération dont il jouit. De façon plus particulière, l'art. 7 et les dispositions connexes qui suivent portent principalement sur le contrôle du pouvoir supérieur de l'État vis-à-vis de l'individu qui est détenu par l'État et donc assujetti à son pouvoir. L'État a le pouvoir de porter atteinte à la liberté physique d'un individu en le détendant. L'individu ne peut s'esquiver. Cette atteinte physique à la liberté psychologique de l'individu peut à son tour per-

al's mental liberty by techniques made possible by its superior resources and power.

The *Charter* through s. 7 seeks to impose limits on the power of the state over the detained person. It thus seeks to effect a balance between the interests of the detained individual and those of the state. On the one hand s. 7 seeks to provide to a person involved in the judicial process protection against the unfair use by the state of its superior resources. On the other, it maintains to the state the power to deprive a person of life, liberty or security of person provided that it respects fundamental principles of justice. The balance is critical. Too much emphasis on either of these purposes may bring the administration of justice into disrepute—in the first case because the state has improperly used its superior power against the individual, in the second because the state's legitimate interest in law enforcement has been frustrated without proper justification.

The right to silence conferred by s. 7 reflects these values. The suspect, although placed in the superior power of the state upon detention, retains the right to choose whether or not he will make a statement to the police. To this end, the *Charter* requires that the suspect be informed of his or her right to counsel and be permitted to consult counsel without delay. If the suspect chooses to make a statement, the suspect may do so. But if the suspect chooses not to, the state is not entitled to use its superior power to override the suspect's will and negate his or her choice.

The scope of the right to silence must be defined broadly enough to preserve for the detained person the right to choose whether to speak to the authorities or to remain silent, notwithstanding the fact that he or she is in the superior power of the state. On this view, the scope of the right must extend to exclude tricks which would effectively deprive the suspect of this choice. To permit the authorities to trick the suspect into making a confession to them after he or she has exercised the right of conferring with counsel and declined to make a statement, is to permit the authorities to

mettre à l'État de porter atteinte à cette liberté de l'individu par des méthodes auxquelles il peut recourir grâce à ses ressources et à son pouvoir supérieurs.

^a Par l'intermédiaire de l'art. 7, la *Charte* tente de restreindre le pouvoir de l'État sur la personne détenue. Elle tente donc d'établir un équilibre entre les intérêts de la personne détenue et ceux de l'État. D'une part, l'art. 7 cherche à protéger la personne visée par le processus judiciaire contre l'emploi inéquitable des ressources supérieures de l'État. D'autre part, il conserve à l'État son pouvoir de porter atteinte aux droits d'un individu à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne pourvu qu'il respecte les principes de justice fondamentale. Cet équilibre est crucial. Accorder une trop grande importance à l'un ou l'autre de ces objets est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice—dans le premier cas, parce que l'État a fait un usage irrégulier de son pouvoir supérieur contre l'individu et, dans le second parce que l'intérêt légitime de l'État dans l'application des lois a été contrecarré sans raison valable.

Le droit de garder le silence conféré par l'art. 7 reflète ces valeurs. Bien qu'assujéti au pouvoir supérieur de l'État au moment de la détention, le suspect conserve le droit de choisir de faire ou non une déclaration aux policiers. À cette fin, la *Charte* exige que le suspect soit avisé de son droit à l'assistance d'un avocat et qu'il puisse y avoir recours sans délai. Si le suspect choisit de faire une déclaration, il peut le faire. Mais si le suspect choisit de ne pas en faire, l'État ne peut utiliser son pouvoir supérieur pour faire fi de la volonté du suspect et nier son choix.

^b La portée du droit de garder le silence doit être définie de façon suffisamment générale pour que la personne détenue conserve le droit de choisir de parler ou non aux autorités ou de garder le silence, sans égard au fait qu'elle soit assujéti au pouvoir supérieur de l'État. Selon cette conception, le droit doit être de portée suffisamment large pour exclure les artifices qui priveraient réellement le suspect de son choix. Permettre aux autorités de faire usage d'artifices pour amener le suspect à faire une confession après qu'il a exercé le droit de consulter un avocat et refusé de faire une déclara-

do indirectly what the *Charter* does not permit them to do directly. This cannot be in accordance with the purpose of the *Charter*.

(iv) *Summary of Implications to be Drawn from Related Charter Provisions*

Charter provisions related to the right to silence of a detained person under s. 7 suggest that the right must be interpreted in a manner which secures to the detained person the right to make a free and meaningful choice as to whether to speak to the authorities or to remain silent. A lesser protection would be inconsistent not only with the implications of the right to counsel and the right against self-incrimination affirmed by the *Charter*, but with the underlying philosophy and purpose of the procedural guarantees the *Charter* enshrines.

(d) Conclusion on the Scope of the Right to Silence

The common law rules related to the right to silence suggest that the scope of the right in the pre-trial detention period must be based on the fundamental concept of the suspect's right to choose whether to speak to the authorities or remain silent. Any doubt on the question is resolved by consideration of related rights protected by the *Charter*, by the *Charter's* approach to the question of improperly obtained evidence, and by the fundamental purpose of the right to silence and related procedural guarantees. In keeping with the approach inaugurated by the *Charter*, our courts must adopt an approach to pre-trial interrogation which emphasizes the right of the detained person to make a meaningful choice and permits the rejection of statements which have been obtained unfairly in circumstances that violate that right of choice.

The right to choose whether or not to speak to the authorities is defined objectively rather than subjectively. The basic requirement that the suspect possess an operating mind has a subjective element. But this established, the focus under the *Charter* shifts to the conduct of the authorities

tion, revient à permettre aux autorités de faire indirectement ce que la *Charte* ne leur permet pas de faire directement. Cela ne peut être conforme à l'objet de la *Charte*.

(iv) *Résumé des conséquences des dispositions connexes de la Charte*

Les dispositions de la *Charte* qui se rapportent au droit d'une personne détenue de garder le silence en vertu de l'art. 7 semble indiquer que ce droit doit être interprété de manière à garantir à la personne détenue le droit de faire un choix libre et utile quant à la décision de parler aux autorités ou de garder le silence. Une protection moindre serait incompatible non seulement avec les incidences du droit à l'assistance d'un avocat et du droit de ne pas s'incriminer confirmés par la *Charte*, mais aussi avec la philosophie et l'objet qui sous-tendent les garanties procédurales contenues dans la *Charte*.

(d) Conclusion sur la portée du droit de garder le silence

Les règles de common law qui se rapportent au droit de garder le silence indiquent que la portée du droit pendant la détention avant le procès doit être fondée sur la notion fondamentale du droit du suspect de choisir de parler aux autorités ou de garder le silence. Toute incertitude à cet égard est résolue par l'examen des droits connexes protégés par la *Charte*, par la façon dont la *Charte* aborde la question de la preuve obtenue de façon irrégulière et par l'objet fondamental du droit de garder le silence et des garanties procédurales connexes. Conformément à la méthode instaurée par la *Charte*, nos tribunaux doivent adopter à l'égard des interrogatoires qui précèdent le procès une démarche qui insiste sur le droit de la personne détenue de faire un choix utile et qui permette d'écarter les déclarations qui ont été obtenues de façon inéquitable dans des circonstances qui violent ce droit de choisir.

Le droit de choisir de parler ou non aux autorités est défini de façon objective plutôt que subjective. L'exigence fondamentale que le suspect possède un état d'esprit conscient comporte un élément subjectif. Mais cela étant dit, il faut, en vertu de la *Charte*, se concentrer sur la conduite

vis-à-vis the suspect. Was the suspect accorded the right to consult counsel? Was there other police conduct which effectively and unfairly deprived the suspect of the right to choose whether to speak to the authorities or not?

Such a change, while important, is far from radical. It retains the essentially objective approach of the traditional confessions rule, while increasing the range of police conduct which may be considered in determining the admissibility of a suspect's statement, and it conforms to current trends in the law. Even before the *Charter*, this Court had taken a step away from the traditional "threat-promise" formula by recognizing that the decision to speak to the police must be the product of an operating mind. Moreover, experience in other jurisdictions—and in ours, I venture to suggest—has proven the traditional *Ibrahim* formulation of the confessions rule too narrow. The idea that judges can reject confessions on grounds of unfairness and concerns for the repute and integrity of the judicial process has long been accepted in other democratic countries without apparent adverse consequences. Thus in England, Australia and New Zealand the traditional confessions rule has been supplemented by judicial discretion. In the United States it has been abandoned. In Canada, its retention has been marked by continual tension between minority and majority viewpoints, between what trial judges feel they should do in justice and what they find they are compelled to do. To those tensions has now been added an evident tension with the philosophy underlying the *Charter*. The jurisprudence on the rights of detained persons can only benefit, in my view, from rejection of the narrow confessions formula and adoption of a rule which permits consideration of the accused's informed choice, as well as fairness to the accused and the repute of the administration of justice.

Finally, the change proposed arguably strikes a proper and justifiable balance between the interest

des autorités vis-à-vis du suspect. A-t-on accordé au suspect le droit à l'assistance d'un avocat? La conduite des policiers a-t-elle effectivement et inéquitablement privé le suspect du droit de choisir de parler ou non aux autorités?

Bien qu'il soit important, ce changement est loin d'être radical. Il conserve l'interprétation essentiellement objective de la règle traditionnelle des confessions, tout en élargissant la gamme des conduites policières qui peuvent être examinées pour déterminer l'admissibilité d'une déclaration d'un suspect, et il est conforme aux tendances actuelles du droit. Même avant l'adoption de la *Charte*, notre Cour avait déjà entrepris de s'écarter de la formule traditionnelle des menaces et des promesses en reconnaissant que la décision de parler aux policiers doit résulter d'un état d'esprit conscient. En outre, l'expérience dans d'autres ressorts—et dans le nôtre, j'oserais dire—a démontré que la règle traditionnelle des confessions formulée dans l'arrêt *Ibrahim* était trop étroite. D'autres pays démocratiques acceptent depuis longtemps que les juges puissent écarter des confessions pour cause d'iniquité et parce qu'ils craignent qu'elles portent atteinte à l'intégrité du processus judiciaire et à la considération dont il jouit, et ce, sans conséquences néfastes apparentes. Ainsi, en Angleterre, en Australie et en Nouvelle-Zélande, le pouvoir discrétionnaire judiciaire est venu compléter la règle traditionnelle des confessions. Aux États-Unis, cette règle a été abandonnée. Au Canada, son maintien a été caractérisé par des tensions continues entre les opinions minoritaires et majoritaires, entre ce que les juges du procès pensent devoir faire en toute justice et ce qu'ils estiment être obligés de faire. À ces tensions s'ajoute maintenant celle qui résulte nettement de la philosophie fondamentale de la *Charte*. À mon avis, la jurisprudence sur les droits d'une personne détenue ne peut que bénéficier du rejet de la formulation étroite de la règle des confessions et de l'adoption d'une règle qui permette de tenir compte du choix éclairé de l'accusé, ainsi que de l'équité envers celui-ci et de la considération dont jouit l'administration de la justice.

Enfin, on peut prétendre que le changement proposé établit un équilibre approprié et justifiable

of the state in law enforcement and the interest of the suspect. The alternative—the strict post-*Wray* application of the confessions rule—leaves courts powerless to correct abuses of power by the state against the individual, so long as the objective formalities of the “threat-promise” formula are filled and the statement is reliable. Drawing the balance where I have suggested the *Charter* draws it permits the courts to correct abuses of power against the individual, while allowing them to nevertheless admit evidence under s. 24(2) where, despite a *Charter* violation, the admission would not bring the administration of justice into disrepute.

This approach may be distinguished from an approach which assumes an absolute right to silence in the accused, capable of being discharged only by waiver. On that approach, all statements made by a suspect to the authorities after detention would be excluded unless the accused waived his right to silence. Waiver, as defined in *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, is a subjective concept dependent, among other things, on the accused’s knowing that he is speaking to the authorities. On this approach, all statements made by a person in detention which were not knowingly made to a police officer would be excluded because, absent knowledge that the suspect is speaking to a police officer, the Crown cannot establish waiver. This would include statements made to undercover agents (regardless of whether the officer is merely passive or has elicited the statement) as well as conversations with fellow prisoners overheard by the police and statements overheard through mechanical listening devices on the wall. There is nothing in the rules underpinning the s. 7 right to silence or other provisions of the *Charter* that suggests that the scope of the right to silence should be extended this far. By contrast, the approach I advocate retains the objective approach to confessions which has always prevailed in our law and would permit the rule to be subject to the following limits.

entre l’intérêt de l’État en matière d’application des lois et l’intérêt du suspect. L’autre option—l’application stricte de la règle des confessions à la suite de l’arrêt *Wray*—prive les tribunaux du pouvoir de corriger les abus de pouvoir dont un particulier a fait l’objet de la part de l’État dans la mesure où les formalités objectives de la règle des menaces et des promesses sont respectées et où la déclaration est digne de foi. Si on établit l’équilibre là où je crois que la *Charte* l’établit, on permet aux tribunaux de corriger les abus de pouvoir dont a été victime un particulier tout en leur permettant d’admettre une preuve en vertu du par. 24(2) lorsque, malgré une violation de la *Charte*, son utilisation n’est pas susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

Cette conception peut être distinguée d’une conception qui reconnaît à l’accusé un droit absolu de garder le silence qui ne pourrait être écarté que par renonciation. Selon cette conception, toutes les déclarations faites par un suspect aux autorités après sa mise en détention seraient écartées à moins qu’il n’ait renoncé à son droit de garder le silence. Selon la définition qu’en donne l’arrêt *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, la renonciation est un concept subjectif qui dépend notamment de la connaissance qu’a l’accusé du fait qu’il parle aux autorités. Selon cette conception, toutes les déclarations faites par une personne détenue qui ne savait pas qu’elle s’adressait à un policier seraient écartées, car si le suspect ne savait pas qu’il parlait à un policier, le ministère public ne peut faire la preuve de la renonciation. Cela comprendrait les déclarations faites à des agents banalisés (sans égard à la question de savoir si l’agent n’a eu qu’une attitude passive ou s’il a amené la personne à faire la déclaration) ainsi que les conversations avec des compagnons de prison que les policiers écoutent et les déclarations entendues au moyen d’appareils d’écoute électronique dans les murs. Rien dans les règles qui étayaient le droit de garder le silence à l’art. 7 ou les autres dispositions de la *Charte* ne laisse entendre que la portée du droit de garder le silence devrait être étendue à ce point. Par contre, l’interprétation que je préconise retient la conception objective de la règle des confessions qui a toujours prévalu dans notre droit et permettrait d’assujettir la règle aux limites suivantes.

First, there is nothing in the rule to prohibit the police from questioning the accused in the absence of counsel after the accused has retained counsel. Presumably, counsel will inform the accused of the right to remain silent. If the police are not posing as undercover officers and the accused chooses to volunteer information, there will be no violation of the *Charter*. Police persuasion, short of denying the suspect the right to choose or depriving him of an operating mind, does not breach the right to silence.

Second, it applies only after detention. Undercover operations prior to detention do not raise the same considerations. The jurisprudence relating to the right to silence has never extended protection against police tricks to the pre-detention period. Nor does the *Charter* extend the right to counsel to pre-detention investigations. The two circumstances are quite different. In an undercover operation prior to detention, the individual from whom information is sought is not in the control of the state. There is no need to protect him from the greater power of the state. After detention, the situation is quite different; the state takes control and assumes the responsibility of ensuring that the detainee's rights are respected.

Third, the right to silence predicated on the suspect's right to choose freely whether to speak to the police or to remain silent does not affect voluntary statements made to fellow cell mates. The violation of the suspect's rights occurs only when the Crown acts to subvert the suspect's constitutional right to choose not to make a statement to the authorities. This would be the case regardless of whether the agent used to subvert the accused's right was a cell mate, acting at the time as a police informant, or an undercover police officer.

Fourth, a distinction must be made between the use of undercover agents to observe the suspect, and the use of undercover agents to actively elicit

Premièrement, la règle n'interdit aucunement aux policiers d'interroger l'accusé en l'absence de l'avocat après que l'accusé a eu recours à ses services. Il faut présumer que l'avocat aura avisé l'accusé de son droit de garder le silence. Si les policiers n'interviennent pas comme agents banalisés et que l'accusé choisit volontairement de donner des renseignements, il n'y aura aucune violation de la *Charte*. La persuasion policière qui ne prive pas le suspect de son droit de choisir ni de son état d'esprit conscient ne viole pas le droit de garder le silence.

Deuxièmement, la règle ne s'applique qu'après la mise en détention. Les opérations secrètes qui ont lieu avant la détention ne soulèvent pas les mêmes considérations. La jurisprudence relative au droit de garder le silence n'a jamais étendu à la période qui précède la détention la protection contre les artifices utilisés par les policiers. La *Charte* n'étend pas non plus le droit à l'assistance d'un avocat aux enquêtes qui précèdent la détention. Les deux situations sont très différentes. Au cours d'une opération secrète qui précède la détention, la personne de qui l'on tente d'obtenir des renseignements n'est pas sous le contrôle de l'État. Il n'y a aucune raison de la protéger du pouvoir supérieur de l'État. Après la mise en détention, la situation est tout à fait différente; l'État prend le contrôle et a la responsabilité de garantir que les droits du détenu sont respectés.

Troisièmement, le droit de garder le silence fondé sur le droit du suspect de choisir librement de parler aux policiers ou de garder le silence ne porte pas atteinte aux déclarations faites volontairement à des compagnons de cellule. Il n'y a violation des droits du suspect que lorsque le ministère public agit de façon à miner le droit constitutionnel du suspect de choisir de ne pas faire de déclaration aux autorités. Il en serait ainsi peu importe que l'intermédiaire auquel on a eu recours pour miner le droit de l'accusé soit un compagnon de cellule, agissant à ce moment comme indicateur de police, ou un policier banalisé.

Quatrièmement, il faut établir une distinction entre le recours à des agents banalisés pour observer le suspect et le recours à des agents banalisés

information in violation of the suspect's choice to remain silent. When the police use subterfuge to interrogate an accused after he has advised them that he does not wish to speak to them, they are improperly eliciting information that they were unable to obtain by respecting the suspect's constitutional right to silence: the suspect's rights are breached because he has been deprived of his choice. However, in the absence of eliciting behaviour on the part of the police, there is no violation of the accused's right to choose whether or not to speak to the police. If the suspect speaks, it is by his or her own choice, and he or she must be taken to have accepted the risk that the recipient may inform the police.

It may be noted that a similar distinction has been made in the United States under the Sixth Amendment, which provides that "In all criminal prosecutions the accused shall . . . have the assistance of counsel for his defence". American courts have consistently held that the use of undercover police to question an accused in prison violates this amendment as the accused has the right to have his lawyer present when being questioned. The leading case is *Kuhlmann v. Wilson*, 477 U.S. 436 (1986). There, the police paid an informer to listen to and report the accused's incriminating evidence but gave the informer explicit instructions not to elicit any information. The Supreme Court of the United States held that the evidence was admissible, concluding that "the defendant must demonstrate that the police and their informant took some action, beyond merely listening, that was designed deliberately to elicit incriminating remarks" (p. 459). Thus, even under the arguably more stringent American constitutional protection, the law permits the use of a police informant after detention, provided he or she does not take active and intentional steps to elicit a confession.

Some Canadian police forces appear to already be following the rules implicit in this approach. Thus in *R. v. Logan* (1988), 46 C.C.C. (3d) 354 (Ont. C.A.), it is stated at p. 365:

pour obtenir de façon active des renseignements contrairement au choix du suspect de garder le silence. Lorsque les policiers font usage d'artifices pour interroger un accusé après que celui-ci leur a dit qu'il ne voulait pas leur parler, ils tentent alors d'obtenir de façon irrégulière des renseignements qu'ils ne pouvaient obtenir en respectant le droit constitutionnel du suspect de garder le silence: les droits du suspect sont violés parce qu'il a été privé de son choix. Cependant, en l'absence d'un tel comportement de la part des policiers, il n'y a aucune violation du droit de l'accusé de choisir de parler ou non aux policiers. Si le suspect parle, c'est parce qu'il a choisi de le faire et il faut présumer qu'il a accepté de courir le risque que son interlocuteur puisse informer les policiers.

Il convient de souligner qu'une distinction similaire a été faite aux États-Unis en vertu du Sixième amendement qui prévoit que [TRADUCTION] «Dans toutes les poursuites criminelles, l'accusé aura droit [...] à l'assistance d'un avocat pour sa défense». Les tribunaux américains ont toujours conclu que le recours à des agents banalisés pour interroger un accusé en prison viole cet amendement puisque l'accusé peut exiger la présence de son avocat lorsqu'il est interrogé. L'arrêt de principe est *Kuhlmann v. Wilson*, 477 U.S. 436 (1986). Dans cette affaire, les policiers avaient payé un indicateur pour qu'il écoute et rapporte la déclaration incriminante de l'accusé, mais lui avaient explicitement dit de ne pas amener l'accusé à donner des renseignements. La Cour suprême des États-Unis a statué que la preuve était admissible, concluant que [TRADUCTION] «le défendeur doit démontrer que les policiers et leur indicateur ont pris certaines mesures, autres que le simple fait d'écouter, dans le but délibéré de l'amener à tenir des propos incriminants» (p. 459). Ainsi, même en vertu de la protection constitutionnelle américaine que l'on peut prétendre plus sévère, le droit permet le recours à un indicateur de la police après la mise en détention pourvu qu'il ne prenne pas de mesure active et délibérée en vue d'obtenir une confession.

Certains corps de police canadiens semblent déjà suivre les règles implicites de cette conception. En effet, dans l'arrêt *R. v. Logan* (1988), 46 C.C.C. (3d) 354 (C.A. Ont.), on dit, à la p. 365:

In his evidence, P.C. Grant (testifying under the pseudonym used by him in the undercover operation) said:

(P)art of my instructions entailed—and it was made quite clear to me that *I was not to initiate any conversation, if possible, with the accused persons* and in the event that we did or were able to get in conversations with these persons, that *we would not ask leading questions or lead them on to the area in which I was attempting to gather information for.*

(W)e were to act as normal as possible and of course from further instructions from the official we had a very good idea of what would be an acceptable line of conversation, what questions would [*sic*] be acceptable, what wouldn't be acceptable. [Emphasis added in original.]

Moreover, even where a violation of the detainee's rights is established the evidence may, where appropriate, be admitted. Only if the court is satisfied that its reception would be likely to bring the administration of justice into disrepute can the evidence be rejected: s. 24(2). Where the police have acted with due care for the accused's rights, it is unlikely that the statements they obtain will be held inadmissible.

(e) Application of the Right to Silence in this Case

The essence of the right to silence is that the suspect be given a choice; the right is quite simply the freedom to choose—the freedom to speak to the authorities on the one hand, and the freedom to refuse to make a statement to them on the other. This right of choice comprehends the notion that the suspect has been accorded the right to consult counsel and thus to be informed of the alternatives and their consequences, and that the actions of the authorities have not unfairly frustrated his or her decision on the question of whether to make a statement to the authorities.

In this case, the accused exercised his choice not to speak to the police when he advised them that he did not wish to make a statement. When he later spoke to the undercover policeman, he was not reversing that decision and choosing to speak to the police. He was choosing to speak to a fellow prisoner, which is quite a different matter. The

[TRADUCTION] Dans son témoignage, P.C. Grant (témoignant sous le pseudonyme qu'il a utilisé au cours de l'opération secrète) a dit:

(U)ne partie de mes instructions prévoyaient—et on m'a fait comprendre très clairement que *je ne devais pas, dans la mesure du possible, engager de conversation avec les accusés* et que si nous engagions ou étions en mesure d'engager la conversation avec ces personnes, *nous ne devons pas leur poser de questions suggestives ou les amener à parler de choses au sujet desquelles je tentais d'obtenir des renseignements.*

(N)ous devons agir de la manière la plus normale possible et après avoir évidemment reçu d'autres instructions du policier nous avons une bonne idée de ce qui serait un type de conversation acceptable, quelles questions seraient acceptables et quelles questions ne le seraient pas. [En italique dans l'original.]

En outre, même lorsqu'une violation des droits du détenu est établie, la preuve obtenue peut, si cela est indiqué, être utilisée. Ce n'est que si le tribunal est convaincu que sa réception est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice que cette preuve peut être rejetée: par. 24(2). Lorsque les policiers ont agi en respectant dûment les droits de l'accusé, il est peu probable que les déclarations obtenues seront jugées inadmissibles.

e) L'application du droit de garder silence en l'espèce

Le droit de garder le silence consiste essentiellement à accorder au suspect un choix; il s'agit tout simplement de la liberté de choisir—la liberté de parler aux autorités, d'une part, et la liberté de refuser de leur faire une déclaration, d'autre part. Ce droit de choisir signifie que le suspect s'est vu accorder le droit à l'assistance d'un avocat et qu'il a donc été informé des options qui s'offraient à lui et de leurs conséquences, et que les actes des autorités ne l'ont pas empêché de façon inéquitable de décider de leur faire ou non une déclaration.

En l'espèce, l'accusé a exercé son choix de ne pas parler aux policiers lorsqu'il leur a dit qu'il ne voulait pas faire de déclaration. Plus tard, lorsqu'il a parlé à l'agent banalisé, il n'avait pas modifié cette décision ni choisi de parler aux policiers. Il a choisi de parler à un compagnon de prison, ce qui est bien différent. En usant d'un artifice pour

Crown, in using a trick to negate his decision not to speak, violated his rights.

II. *Section 1 of the Charter*

Having found a violation of s. 7, the question arises of whether s. 1 of the *Charter* has application. In my view, it does not, since the conduct here in question is not a limit "prescribed by law" within s. 1.

In *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640, at pp. 650-51, Le Dain J. stated for the Court:

The limit will be prescribed by law within the meaning of s. 1 if it is expressly provided for by statute or regulation, or results by necessary implication from the terms of a statute or regulation or from its operating requirements. The limit may also result from the application of a common law rule.

The police conduct here at issue does not meet this test. It was not done in execution of or by necessary implication from a statutory or regulatory duty, and it was not the result of application of a common law rule. In short, it was not "prescribed by law" within s. 1 of the *Charter*.

III. *Section 24(2) of the Charter*

Section 24(2) provides:

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

The question is whether, given that the evidence was obtained in breach of the accused's rights under s. 7 of the *Charter*, it should be excluded under s. 24(2).

The threshold required to satisfy the requirement of bringing the administration of justice into disrepute under s. 24(2) of the *Charter* is lower than the "community shock" test proposed by Lamer J. in the context of the confessions rule in *Rothman: Collins, supra*, at p. 287. Thus the conclusion of Lamer J. in *Rothman* that a police

contrecarrer sa décision de ne pas parler, le ministère public a violé ses droits.

II. *L'article premier de la Charte*

^a Ayant conclu qu'il y a violation de l'art. 7, il faut déterminer si l'article premier de la *Charte* s'applique. À mon avis, il ne s'applique pas puisque la conduite dont il est question en l'espèce n'est pas une limite prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier.

Dans l'arrêt *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, aux pp. 650 et 651, le juge Le Dain a dit au nom de la Cour:

^c Une restriction est prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions d'application. La restriction peut aussi résulter de l'application d'une règle de *common law*.

En l'espèce, la conduite des policiers ne satisfait pas à ce critère. Elle ne résulte ni ne découle nécessairement de l'exécution d'une obligation prévue par la loi ou un règlement et ne résulte pas non plus de l'application d'une règle de *common law*. Bref, elle n'était pas prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte*.

f III. *Le paragraphe 24(2) de la Charte*

Le paragraphe 24(2) prévoit:

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

^h Puisque la preuve a été obtenue d'une manière qui porte atteinte aux droits que l'art. 7 de la *Charte* reconnaît à l'accusé, devrait-on l'écartier en application du par. 24(2)?

ⁱ Le seuil qui doit être franchi pour qu'il y ait déconsidération de l'administration de la justice au sens du par. 24(2) de la *Charte* est plus bas que le critère du « choc causé à la collectivité » que le juge Lamer a proposé dans le contexte de la règle des confessions dans l'arrêt *Rothman: Collins*, précité, à la p. 287. D'où la conclusion du juge Lamer dans

trick similar to that involved here is not necessarily inconsistent with a conclusion that such a trick should result in exclusion under s. 24(2).

In *Collins*, this Court identified three broad categories of factors bearing on a s. 24(2) determination:

- (a) the effect of the admission of the evidence on the fairness of the trial;
- (b) the seriousness of the *Charter* violation; and
- (c) the effect of exclusion on the repute of the administration of justice.

Dealing with the effect of the admission on the fairness of the trial, Lamer J. distinguished between real evidence obtained in violation of the *Charter* and a confession conscripted from an accused person contrary to the *Charter*. He stated at p. 284:

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

I am of the view that the evidence sought to be adduced in this case would render the trial unfair. I should not be taken as suggesting that violation of an accused's right to silence under s. 7 automatically means that the evidence must be excluded under s. 24(2). I would not wish to rule out the possibility that there may be circumstances in which a statement might be received where the suspect has not been accorded a full choice in the sense of having decided, after full observance of all rights, to make a statement voluntarily. But where, as here, an accused is conscripted to give evidence against himself after clearly electing not to do so by use of an unfair trick practised by the authorities, and where the resultant statement is the only evidence against him, one must surely conclude that reception of the evidence would render the

l'arrêt *Rothman* que le recours par les policiers à un artifice semblable à celui utilisé en l'espèce n'est pas nécessairement incompatible avec la conclusion que cet artifice devrait entraîner l'exclusion de la preuve en vertu du par. 24(2).

Dans l'arrêt *Collins*, notre Cour a établi trois grandes catégories de facteurs qui influent sur une décision fondée sur le par. 24(2):

- a) l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès;
- b) la gravité de la violation de la *Charte*;
- c) l'effet de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice.

Traitant de l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès, le juge Lamer a fait une distinction entre une preuve matérielle obtenue d'une manière contraire à la *Charte* et une confession soutirée à un accusé contrairement à la *Charte*. Il dit, à la p. 284:

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

Je suis d'avis que la preuve que l'on cherche à produire en l'espèce rendrait le procès inéquitable. Je n'affirme cependant pas que la violation du droit qu'a un accusé de garder le silence en vertu de l'art. 7 signifie automatiquement que la preuve doit être écartée en vertu du par. 24(2). Je ne veux pas écarter la possibilité qu'il y ait des circonstances dans lesquelles une déclaration peut être reçue lorsque le suspect n'a eu pleinement le choix au sens d'avoir décidé, suite à un respect absolu de tous ses droits, de faire une déclaration volontairement. Mais lorsque, comme en l'espèce, l'accusé est appelé à faire une déclaration qui l'incrimine, après avoir clairement choisi de ne pas le faire, au moyen d'un artifice inéquitable utilisé par les autorités, et lorsque la déclaration qui en résulte est la seule preuve qui pèse contre lui, il

trial unfair. The accused would be deprived of his presumption of innocence and would be placed in the position of having to take the stand if he wished to counter the damaging effect of the confession. The accused's conviction if obtained would rest almost entirely on his own evidence against himself, obtained by a trick in violation of the *Charter*.

I am also satisfied that the *Charter* violation was a serious one. The conduct of the police was wilful and deliberate. They intentionally set out on a course to undermine the appellant's right to silence notwithstanding his express assertion of that right, by having the undercover police officer engage the appellant in conversation. It is said that the police acted in good faith, relying on *Rothman* as authority to proceed as they did. However, ignorance of the effect of the *Charter* does not preclude application of s. 24(2) of the *Charter*: *Therens, supra*, nor does it cure an unfair trial.

The effect of the exclusion in this case is serious. It would result in an acquittal, since virtually the only evidence against the accused was his statement to the undercover policeman.

Balancing these factors, I arrive at the conclusion that the test in s. 24(2) is met. As the authorities to which I earlier referred amply demonstrate, it has long been felt inappropriate that an accused should be required to betray himself. Where virtually the only evidence against him is such a betrayal, the effect is that the accused is required to secure his own conviction. That is contrary to the notions of justice fundamental to our system of law and calculated, in my opinion, to bring the administration of justice into disrepute.

Conclusion

I would allow the appeal and restore the acquittal.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—I have had the benefit of the reasons of my colleagues, Justices McLachlin and Sopinka, and wish only to address very briefly the

faut certainement conclure que la réception de cette preuve rendrait le procès inéquitable. L'accusé serait privé de sa présomption d'innocence et se trouverait tenu de témoigner s'il voulait contre-carrer l'effet préjudiciable de la confession. Toute déclaration de culpabilité de l'accusé s'appuierait presque entièrement sur sa propre déclaration incriminante obtenue au moyen d'un artifice contrairement à la *Charte*.

Je suis également convaincue que la violation de la *Charte* est grave en l'espèce. La conduite des policiers était intentionnelle et délibérée. Ils ont volontairement décidé de miner le droit de l'appellant de garder le silence, même s'il avait expressément invoqué ce droit, en utilisant un agent banalisé pour engager la conversation avec lui. On a dit que les policiers avaient agi de bonne foi, en s'appuyant sur l'arrêt *Rothman* pour procéder comme ils l'ont fait. Toutefois, l'ignorance de l'effet de la *Charte* n'empêche pas l'application de son par. 24(2) (*Therens*, précité), ni ne remédie à un procès inéquitable.

L'effet de l'exclusion en l'espèce est grave. Elle donnerait lieu à un acquittement puisqu'en pratique la seule preuve qui pèse contre l'accusé est la déclaration qu'il a faite à l'agent banalisé.

En soupesant ces facteurs, j'arrive à la conclusion que le critère du par. 24(2) est rempli. Comme le démontrent amplement la jurisprudence et la doctrine que j'ai déjà citées, il y a longtemps qu'on estime inacceptable qu'un accusé soit tenu de se trahir lui-même. Lorsqu'en pratique la seule preuve qui pèse contre lui résulte de cette trahison, il en résulte que l'accusé est tenu de se condamner lui-même. Cela est contraire aux notions de justice fondamentale de notre système juridique et a pour effet, à mon avis, de déconsidérer l'administration de la justice.

Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'acquittalment.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges McLachlin et Sopinka et je souhaite seulement examiner très

issues on which their reasons disclose a significant difference of view. There are three of them, namely:

- (1) When does the right to silence arise?
- (2) What is the scope of the right to silence?
- (3) Does the doctrine of waiver apply to the right to silence?

1. When Does the Right to Silence Arise?

I would respectfully agree with my colleague, Sopinka J., that the right to silence, if it is to achieve the purpose that it was clearly intended to achieve, must arise whenever the coercive power of the state is brought to bear upon the citizen. I think that this could well predate detention and extend to the police interrogation of a suspect. It will, of course, be a question of fact in each case whether or not the coercive power of the state has been brought to bear upon the citizen. This is not an issue in the present case.

2. What Is the Scope of the Right to Silence?

I agree with my colleagues that the right to silence is a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that a person cannot therefore be deprived of his or her right to life, liberty or security of the person by violating that right.

I believe that the right must be given "a generous rather than a legalistic [interpretation] aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter's* protection": see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, per Dickson J. (as he then was), at p. 344. It is accordingly inappropriate to qualify it by balancing the interests of the state against it or by applying to it the considerations relevant to the admissibility of evidence set out in s. 24(2) of the *Charter*.

brèvement les points sur lesquels leurs motifs révèlent une importante divergence d'opinions. Il en a trois:

- a (1) Quand le droit de garder le silence prend-il naissance?
- (2) Quelle est la portée du droit de garder le silence?
- b (3) La théorie de la renonciation s'applique-t-elle au droit de garder le silence?

1. Quand le droit de garder le silence prend-il naissance?

c En toute déférence, je partage l'opinion de mon collègue le juge Sopinka que, s'il doit réaliser l'objet qu'on a clairement voulu qu'il réalise, le droit de garder le silence doit prendre naissance chaque fois que le pouvoir coercitif de l'État vient à être exercé sur le citoyen. Je crois que cela peut bien avoir lieu avant la détention et s'étendre à l'interrogatoire d'un suspect par la police. La question de savoir si on s'est prévalu du pouvoir coercitif de l'État à l'endroit d'un citoyen sera évidemment une question de fait dans chaque cas. Ce n'est pas une question en litige dans le présent pourvoi.

f 2. Quelle est la portée du droit de garder le silence?

Je suis d'accord avec mes collègues que le droit de garder le silence est un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'un individu ne peut donc pas être privé de son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne par une violation de ce droit.

h Je crois que le droit doit recevoir une interprétation [...] libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*: voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, le juge Dickson (maintenant Juge en chef), à la p. 344. Il ne convient donc pas qu'on le restreigne en le mettant en balance avec les intérêts de l'État ou en lui appliquant les considérations relatives à l'admissibilité de la preuve énoncées au par. 24(2) de la *Charte*.

Section 7 confers on an accused the right to life, liberty and security of the person. It then provides that the accused may not be deprived of that right except in accordance with the principles of fundamental justice. In other words, he or she may be deprived of the s. 7 right provided the deprivation is effected without offending fundamental justice. In deciding whether or not the authorities have offended fundamental justice or not it is, in my view, essential to focus on the treatment of the accused and not on the objective of the state. It would, in my view, be quite contrary to a purposive approach to the s. 7 right to inject justificatory considerations for putting limits upon it into the ascertainment of its scope or content.

I believe for the same reasons that it is inappropriate to merge the question whether statements elicited in violation of the s. 7 right should be admitted into evidence with the question whether the right has in fact been violated. The repute of the justice system is, in my view, relevant only to the former. It has no bearing on whether the right to silence has been violated contrary to the principles of fundamental justice.

3. Does the Doctrine of Waiver Apply to the Right to Silence?

McLachlin J. finds the doctrine of waiver inapplicable to the right to silence on the basis, as I understand it, that it is not an absolute right but must be qualified by considerations of the state interest and the repute of the justice system. It seems to me, however, that once it is determined that an individual has a choice, as my colleague states, to either remain silent or to speak to the authorities and he or she decides voluntarily and with full knowledge and appreciation of the consequences to speak to the authorities, then he or she must be taken to have waived (or given up) the right to silence. I see no reason why the doctrine of waiver should not apply to the right to silence as it does to other rights in the *Charter*.

L'article 7 accorde à un accusé le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Il dispose ensuite que l'accusé ne peut être privé de ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. En d'autres termes, il ne peut être privé du droit reconnu à l'art. 7 que si cette privation est réalisée sans violation de la justice fondamentale. Pour décider si les autorités ont violé la justice fondamentale, il est à mon avis essentiel de se concentrer sur le traitement de l'accusé et non sur l'objectif de l'État. Il serait tout à fait contraire à une conception, fondée sur l'objet visé, du droit reconnu à l'art. 7 que de faire intervenir des considérations justificatrices pour lui imposer des limites dans le processus de définition de sa portée ou de son contenu.

Pour les mêmes motifs, je crois qu'il ne convient pas de fusionner la question de savoir si des déclarations obtenues en violation du droit reconnu à l'art. 7 devraient être utilisées en preuve et celle de savoir si, dans les faits, le droit a été violé. À mon avis, la considération dont jouit le système judiciaire n'est pertinente qu'en ce qui concerne la première question. Elle n'a aucune incidence sur la question de savoir si le droit de garder le silence a été violé contrairement aux principes de justice fondamentale.

3. La théorie de la renonciation s'applique-t-elle au droit de garder le silence?

Le juge McLachlin conclut que la théorie de la renonciation ne s'applique pas au droit de garder le silence parce que, si je comprends bien, ce n'est pas un droit absolu, mais un droit qui doit être restreint par des considérations relatives à l'intérêt de l'État et à la considération dont jouit le système judiciaire. Il me semble cependant que, lorsqu'on a déterminé qu'un individu a le choix, comme le dit ma collègue, soit de garder le silence soit de parler aux autorités et qu'il décide de parler aux autorités volontairement et en parfaite connaissance des conséquences que cela comporte, on doit alors considérer qu'il a renoncé au droit de garder le silence (ou qu'il l'a abandonné). Je ne vois aucune raison pour laquelle la théorie de la renonciation ne devrait pas s'appliquer au droit de garder le silence comme elle s'applique à d'autres droits reconnus par la *Charte*.

For these reasons and for the reasons given by my colleague Sopinka J., I agree with his proposed disposition of the appeal.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—This appeal raises the vexing question whether jailhouse confessions induced by deception can withstand *Charter* scrutiny. For the reasons that follow, I am of the view that they cannot.

Hebert was charged with robbery contrary to s. 303 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 344). Prior to the commencement of trial, an application was made to the Supreme Court of the Yukon Territory in the nature of a *voir dire* to determine the admissibility of statements made by the accused while in custody: (1987), 3 Y.R. 88. Maddison J. determined the application on the basis of an agreed statement of facts, which reads as follows:

1. On January 11, 1987 at approximately 6:00 a.m., a male person wearing a ski mask entered the Klondike Inn and approached the front desk clerk, and told the clerk to give him the money. He then raised a claw hammer in the air in a threatening motion and again demanded the money. The clerk complied, and passed over to the culprit the sum of \$180.00, the contents of the till. The culprit then told the clerk to wait ten minutes before calling the police, and fled the scene on foot. He was last seen heading in the direction of 4th Avenue.
2. In the course of the investigation over the next several months, police received confident [sic] information from three informants that the person responsible for the robbery was the accused, Neil Gerald HEBERT.
3. On April 15, 1987, at 8:42 p.m., the accused was located by the police in the lounge area of the Taku Hotel in Whitehorse. He was placed under arrest, advised of his right to retain and instruct counsel without delay, and taken to the R.C.M.P. Detachment.
4. Once at the Detachment, HEBERT contacted counsel and obtained advice from counsel regarding his right to refuse to give a statement.
5. The police were aware that HEBERT had contacted counsel and of the identity of that counsel.

Pour ces motifs et pour les motifs exposés par mon collègue le juge Sopinka, je suis d'accord avec la façon dont il propose de statuer sur le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA—Ce pourvoi soulève la question controversée de savoir si des confessions obtenues en prison par supercherie peuvent résister à un examen fondé sur la *Charte*. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que non.

Hebert a été accusé d'avoir commis un vol qualifié contrairement à l'art. 303 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'art. 344). Avant le début du procès, une requête de la nature d'un voir-dire a été présentée en Cour suprême du territoire du Yukon pour déterminer l'admissibilité des déclarations faites par l'accusé alors qu'il était sous garde: (1987), 3 Y.R. 88. Le juge Maddison a statué sur la requête en se fondant sur l'exposé conjoint des faits qui se lit ainsi:

[TRADUCTION]

1. Le 11 janvier 1987, vers 6 h, un homme portant une cagoule de ski est entré au Klondike Inn et s'est approché du commis à la réception et lui a dit de lui donner l'argent. Il a ensuite brandi d'un geste menaçant un marteau à pied-de-biche et a demandé à nouveau l'argent. Le commis s'est exécuté et a remis à l'accusé la somme de 180 \$, le contenu de la caisse. L'accusé a ensuite dit au commis d'attendre dix minutes avant d'appeler la police et il s'est enfui des lieux à pied. Il se dirigeait vers la 4^e avenue la dernière fois qu'il a été vu.
2. Pendant l'enquête tenue au cours des mois suivants, les policiers ont été informés confidentiellement par trois indicateurs que la personne responsable du vol était l'accusé, Neil Gerald HEBERT.
3. Le 15 avril 1987, à 20 h 42, les policiers ont trouvé l'accusé dans le hall d'entrée du Taku Hotel à Whitehorse. Il a été mis en état d'arrestation, informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et amené au quartier de la GRC.
4. Une fois au quartier, HEBERT a communiqué avec son avocat qui l'a conseillé au sujet de son droit de refuser de faire une déclaration.
5. Les policiers savaient que HEBERT avait communiqué avec son avocat et ils connaissaient l'identité de cet avocat.

6. After exercising his right to contact counsel, HEBERT was taken into an interview room by Constable Mike Stewart. He was given the usual police caution, and then told that the police wanted to know why he had done it. He indicated that he did not wish to make a statement.

7. He was then placed in a cell with Corporal Daun Miller, disguised in plainclothes, and posing as a suspect under arrest by police. While in the cell, Corporal Miller engaged the accused in conversation, during which the accused made various incriminating statements which implicated himself in the robbery of January 11, 1987.

Maddison J. held that the deceit perpetrated by the police upon the accused "made a mockery of the accused's right to counsel" (p. 91), contrary to s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and, furthermore, that the police conduct breached the accused's right to remain silent, presumably (though not explicitly) on the footing that that right is now a component of the s. 7 *Charter* right not to be deprived of the right to life, liberty and security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice. Maddison J. held that the admission into evidence of the statements made by the accused to Corporal Miller could bring the administration of justice into disrepute, and the statements were therefore excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. The Crown offered no evidence, and the accused was acquitted.

The Crown appealed to the Court of Appeal for the Yukon Territory: (1988), 3 Y.R. 81, 29 B.C.L.R. (2d) 296, 43 C.C.C. (3d) 56. Anderson J.A., speaking for the court, held that the police conduct at issue violated neither the accused's right to counsel under s. 10(b) nor his rights under s. 7. Concerning s. 10(b) of the *Charter*, Anderson J.A. stated (at p. 62 C.C.C.):

The fact that by deceiving the accused the police are able to obtain admissions from the accused does not, in my opinion, constitute a breach of the solicitor-client relationship. No authority has been advanced for such a proposition and to so hold would be to extend the reach of the solicitor-client relationship beyond all reasonable limits. There is no correlation between the ethical rules

6. Après que HEBERT eut exercé son droit de communiquer avec un avocat, l'agent Mike Stewart l'a amené dans une salle d'interrogatoire. On lui a fait la mise en garde habituelle et on lui a dit ensuite que les policiers voulaient savoir pourquoi il avait fait cela. Il a indiqué qu'il ne voulait pas faire de déclaration.

7. Il a ensuite été placé dans une cellule avec le caporal Daun Miller, lequel était habillé en civil et prétendait être un suspect que les policiers avaient mis en état d'arrestation. Alors qu'il était dans la cellule, le caporal Miller a engagé la conversation avec l'accusé et celui-ci lui a fait diverses déclarations incriminantes qui l'impliquaient dans le vol du 11 janvier 1987.

Le juge Maddison a conclu que la supercherie utilisée par les policiers à l'égard de l'accusé [TRADUCTION] «a tourné en dérision le droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat» (p. 91), contrairement à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et, en outre, que la conduite des policiers avait violé le droit de l'accusé de garder le silence, présument (bien que non explicitement) en considérant que ce droit constitue maintenant un élément du droit, garanti à l'art. 7 de la *Charte*, de ne pas être privé du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale. Le juge Maddison a conclu que l'utilisation en preuve des déclarations faites par l'accusé au caporal Miller serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et il a donc écarté les déclarations en conformité avec le par. 24(2) de la *Charte*. Le ministère public n'a présenté aucune preuve et l'accusé a été acquitté.

Le ministère public a interjeté appel en Cour d'appel du Yukon: (1988), 3 Y.R. 81, 29 B.C.L.R. (2d) 296, 43 C.C.C. (3d) 56. Le juge Anderson a conclu, au nom de la cour, que la conduite policière en question n'avait violé ni le droit qu'a l'accusé à l'assistance d'un avocat en vertu de l'al. 10b), ni les droits que lui confère l'art. 7. Quant à l'al. 10b) de la *Charte*, le juge Anderson a affirmé (à la p. 62 C.C.C.):

[TRADUCTION] Le fait qu'en trompant l'accusé les policiers aient pu lui soutirer des aveux ne constitue pas, à mon avis, une violation de la relation entre un procureur et son client. Aucune source n'a été citée à l'appui de cette affirmation et conclure en ce sens serait étendre la portée de cette relation au-delà de toute limite raisonnable. Il n'y a pas de corrélation entre les règles d'éthi-

governing the conduct of opposing counsel in civil litigation and police investigations. It cannot be that if a lawyer advises the accused not to speak to anyone about his case, voluntary admission made by the client after the advice has been given are inadmissible in evidence.

The court below did not deal directly with the right to remain silent as a component of s. 7 of the *Charter*. Anderson J.A. took the view, however, that the deception employed by the police here was not so unfair as to be contrary to the "principles of fundamental justice", and, therefore, that there had been no violation of s. 7. Anderson J.A. expressly adopted the comments of Lamer J. in *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at pp. 696-97, to the effect that this sort of police conduct was reasonably necessary to the pursuit of shrewd and sophisticated criminals. The Crown's appeal was consequently allowed and a new trial ordered.

The accused's appeal, which comes to this Court as of right, raises two distinct issues regarding the introduction of an undercover police officer into an accused's environment after charge and during custody, for the purpose of eliciting a statement. First, does this ruse violate s. 7 of the *Charter*, in particular the constitutional right to remain silent embedded in s. 7, if such exists; and, second, given that the accused had been informed of his s. 10(b) right to counsel and had exercised it on arrest, does the police conduct complained of violate either s. 10(b), or a continuing right to counsel found in s. 7, if such exists? In light of the conclusion I have reached on the former issue, it will be unnecessary in this case to express a view on the latter.

The Right to Remain Silent and Section 7

Section 7 of the *Charter* reads as follows:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

The principal difficulty in any discussion of the right to remain silent, whether at the constitu-

que régissant la conduite des avocats de chaque partie dans les litiges de nature civile et les enquêtes policières. On ne peut affirmer que si un avocat conseille à l'accusé de ne parler de son cas à personne, un aveu volontaire fait par le client après avoir reçu ce conseil est inadmissible en preuve.

La Cour d'appel n'a pas traité directement du droit de garder le silence comme élément de l'art. 7 de la *Charte*. Le juge Anderson était cependant d'avis que la supercherie employée par les policiers en l'espèce n'était pas injuste au point d'être contraire aux «principes de justice fondamentale» et qu'il n'y avait donc pas eu violation de l'art. 7. Le juge Anderson a expressément fait siennes les observations du juge Lamer dans l'arrêt *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, aux pp. 696 et 697, selon lesquelles ce type de conduite policière était raisonnablement nécessaire dans la poursuite de criminels rusés et sophistiqués. L'appel interjeté par le ministère public a donc été accueilli et la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée.

Le pourvoi de l'accusé, interjeté de plein droit devant notre Cour, soulève deux questions distinctes quant à l'envoi d'un agent banalisé dans l'entourage d'un accusé, après son inculpation et pendant sa détention, en vue d'obtenir une déclaration. Premièrement, cette ruse viole-t-elle l'art. 7 de la *Charte*, en particulier le droit constitutionnel de garder le silence contenu à l'art. 7, s'il existe? Et deuxièmement, puisque l'accusé avait été informé de son droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10b) et l'avait exercé au moment de son arrestation, la conduite reprochée aux policiers viole-t-elle soit l'al. 10b) soit un droit continu à l'assistance d'un avocat contenu à l'art. 7, s'il existe? Compte tenu de ma conclusion quant à la première question, il ne sera pas nécessaire de me prononcer en l'espèce sur la deuxième.

Le droit de garder silence et l'article 7

L'article 7 de la *Charte* se lit ainsi:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

La principale difficulté que soulève toute analyse du droit de garder le silence, que ce soit sur le

tional or common law level, is the temptation to equate the right with the related privilege against self-incrimination. This distinction is discussed in my reasons for judgment in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425. It has been clear since the judgments of this Court in *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889; and *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763, that the privilege against self-incrimination has a very limited scope and applies only in the course of proceedings. As Dickson J. (as he then was) stated in *Marcoux*, at p. 768: "The privilege is the privilege of a witness not to answer a question which may incriminate him." This circumscription of the privilege accords with both its history and purpose: see *Cross on Evidence* (6th ed. 1985), at pp. 189-90. A privilege is an exclusionary rule of evidence which is appropriately asserted in court.

However, it cannot be denied that, apart altogether from the privilege, the right to remain silent—the right not to incriminate oneself with one's words—is an integral element of our accusatorial and adversarial system of criminal justice. As Cory J.A. (as he then was) noted in *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531 (Ont. C.A.), at p. 539: "The right to remain silent is a well-settled principle that has for generations been part of the basic tenets of our law." (See also *R. v. Hansen* (1988), 46 C.C.C. (3d) 504 (B.C.C.A.)) In a different context, Lamer J. pointed out in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 284, that the acquisition of a self-incriminatory admission from an accused following a *Charter* violation "strikes at one of the fundamental tenets of a fair trial, the right against self-incrimination". I take Lamer J.'s words to mean that the full range of an accused's right to stand mute in the face of an accusation by the state is not exhausted by reference to the privilege against self-incrimination, as that privilege has been defined by this Court. It follows, it seems to me, that the basic principle underlying the right to remain silent must be a "principle of fundamental justice" within the meaning of s. 7 of

plan constitutionnel ou en common law, est la tentation de l'assimiler au privilège connexe de ne pas s'incriminer. J'examine cette distinction dans les motifs que j'ai rédigés dans l'affaire *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425. Il est clair depuis les arrêts de notre Cour dans *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889, et *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763, que le privilège de ne pas s'incriminer a une portée très limitée et ne s'applique que dans le cadre du procès. Comme le juge Dickson (maintenant Juge en chef) l'affirme dans l'arrêt *Marcoux*, à la p. 768: «Le privilège est celui d'un témoin de ne pas répondre à une question qui peut l'incriminer.» Cette délimitation du privilège est conforme à son histoire et à son objet: voir *Cross on Evidence* (6^e éd. 1985), aux pp. 189 et 190. Un privilège est une règle d'exclusion de la preuve qui est invoquée à bon droit en cour.

Cependant, on ne peut nier que, abstraction faite complètement du privilège, le droit de garder le silence—le droit de ne pas s'incriminer—fait partie intégrante de notre système accusatoire et contradictoire de justice criminelle. Comme le juge Cory de la Cour d'appel (maintenant juge de notre Cour) l'a souligné dans l'arrêt *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531 (C.A. Ont.), à la p. 539: [TRADUCTION] «Le droit de garder le silence est un principe bien établi qui fait partie des préceptes fondamentaux de notre droit depuis des générations.» (Voir également l'arrêt *R. v. Hansen* (1988), 46 C.C.C. (3d) 504 (C.A.C.-B.)) Dans un contexte différent, le juge Lamer a souligné dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, à la p. 284, que l'obtention d'une déclaration incriminante d'un accusé à la suite d'une violation de la *Charte* «constitue [...] une attaque contre l'un des principes fondamentaux d'un procès équitable, savoir le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même». J'estime que les propos du juge Lamer signifient que le droit dans toute son étendue d'un accusé de garder le silence devant une accusation portée par l'État déborde le privilège de ne pas s'incriminer, comme l'a défini notre Cour. Il me semble qu'il s'ensuit que le principe fondamental qui sous-tend le droit de garder le silence doit être un «principe de justice fondamentale» au sens de

the *Charter*. In other words, the right to remain silent is truly a right.

I find evidence of the existence of this principle in the courts' historical solicitude for an accused's silence. It is settled law that silence in the face of an accusation by or in the presence of the police cannot serve as evidence against an accused: see, e.g., *R. v. Eden*, [1970] 3 C.C.C. 280 (Ont. C.A.), at p. 283; *R. v. Clarke* (1979), 33 N.S.R. (2d) 636 (C.A.), at p. 652; *R. v. Engel* (1981), 9 Man. R. (2d) 279 (C.A.), at p. 283; *R. v. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225 (Ont. C.A.), at p. 227; and *R. v. Minhas* (1986), 53 C.R. (3d) 128 (Ont. C.A.), at p. 143. This Court has consistently applied the English case of *R. v. Christie*, [1914] A.C. 545 (H.L.), in which Lord Atkinson stated, at p. 554:

... the rule of law undoubtedly is that a statement made in the presence of an accused person, even upon an occasion which should be expected reasonably to call for some explanation or denial from him, is not evidence against him of the facts stated save so far as he accepts the statement, so as to make it, in effect, his own.

In *Stein v. The King*, [1928] S.C.R. 553, at p. 556, this Court held, on the basis of *Christie*, that a trial judge had erred in failing to direct the jury that, "in the absence of any assent by the accused either by word or conduct to the correctness of the statements made in his presence, they had no evidentiary value whatever as against him and should be entirely disregarded." (Emphasis added.) Later, in *Chapdelaine v. The King*, [1935] S.C.R. 53, at pp. 56-57, Duff C.J. (Crockett and Cannon JJ. concurring), held that it would be desirable as a rule of practice in cases in which statements made in the accused's presence are sought to be adduced to require evidence of the accused's adoption of the statements to be led before the admission of the statements themselves.

If there is no independent right to remain silent, then it is difficult to imagine upon what foundation these rules, both of law and practice, purport to stand. Professor Ratushny, in his article entitled

l'art. 7 de la *Charte*. En d'autres termes, le droit de garder le silence est véritablement un droit.

Je trouve la preuve de l'existence de ce principe dans la sollicitude manifestée historiquement par les tribunaux à l'égard du silence d'un accusé. Il est incontestable que le fait de garder le silence face à une accusation portée par les policiers ou en présence de ceux-ci ne peut servir de preuve contre l'accusé: voir, par exemple, les arrêts *R. v. Eden*, [1970] 3 C.C.C. 280 (C.A. Ont.) à la p. 283, *R. v. Clarke* (1979), 33 N.S.R. (2d) 636 (C.A.), à la p. 652, *R. v. Engel* (1981), 9 Man. R. (2d) 279 (C.A.), à la p. 283, *R. v. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.), à la p. 227, et *R. v. Minhas* (1986), 53 C.R. (3d) 128 (C.A. Ont.), à la p. 143. Notre Cour a constamment appliqué l'arrêt anglais *R. v. Christie*, [1914] A.C. 545 (H.L.), dans lequel lord Atkinson affirme, à la p. 554:

[TRADUCTION] ... il est certain que la règle de droit porte qu'une déclaration faite en présence d'un accusé, même dans une situation où il serait raisonnable de s'attendre à ce que l'accusé apporte une certaine explication ou un démenti, n'est pas une preuve contre lui des faits exposés sauf dans la mesure où il reconnaît la déclaration de façon à la faire sienne en fait.

Dans l'arrêt *Stein v. The King*, [1928] R.C.S. 553, à la p. 556, notre Cour a conclu, à partir de l'arrêt *Christie*, que le juge du procès avait commis une erreur en omettant de dire au jury dans ses directives que [TRADUCTION] «en l'absence de tout consentement manifesté par l'accusé soit par des mots soit par sa conduite quant à l'exactitude des déclarations faites en sa présence, celles-ci n'ont absolument aucune valeur probante contre lui et devraient être totalelement ignorées». (Je souligne.) Plus tard, dans l'arrêt *Chapdelaine v. The King*, [1935] R.C.S. 53, aux pp. 56 et 57, le juge en chef Duff (aux motifs duquel ont souscrit les juges Crockett et Cannon) a conclu qu'il serait souhaitable, comme règle de pratique dans les cas où l'on cherche à produire des déclarations faites en présence de l'accusé, d'exiger la preuve que celui-ci les a faites avant de les admettre.

S'il n'existe aucun droit indépendant de garder le silence, alors il est difficile d'imaginer sur quel fondement ces règles de droit et de pratique prétendent s'appuyer. Dans son article intitulé «Is

“Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada?” (1973), 19 *McGill L.J.* 1, at p. 13, suggests that what may appear to be the operation of the so-called right to remain silent is just a peculiar instance of the adoptive admissions rule: the caution to the accused that he has the “right to remain silent” (which is administered, the argument goes, only to provide evidence of voluntariness for the purposes of the confession rule) vitiates any possible inference that the accused’s silence was an acknowledgment of guilt. I cannot accede to this contention, for two reasons. First, I reject the premise that the caution is simply a tool to provide evidence of voluntariness in the event that a confession is forthcoming. Such evidence may be a happy consequence of administering the caution, but it does not follow that that is the purpose of the caution, nor that the right to which the caution refers is illusory. In *Hall v. The Queen*, [1971] 1 All E.R. 322 (P.C.), an appeal from the courts of Jamaica to the Judicial Committee of the Privy Council, Lord Diplock, in a passage which I would respectfully adopt, stated at p. 324:

It is a clear and widely-known principle of the common law in Jamaica, as in England, that a person is entitled to refrain from answering a question put to him for the purpose of discovering whether he has committed a criminal offence. A fortiori he is under no obligation to comment when he is informed that someone else has accused him of an offence. It may be that in very exceptional circumstances an inference may be drawn from a failure to give an explanation or a disclaimer, but in their Lordships’ view silence alone on being informed by a police officer that someone else has made an accusation against him cannot give rise to an inference that the person to whom this information is communicated accepts the truth of the accusation . . . The caution merely serves to remind the accused of a right which he already possesses at common law. The fact that in a particular case he has not been reminded of it is no ground for inferring that his silence was not in exercise of that right, but was an acknowledgment of the truth of the accusation. [Emphasis added.]

Second, the inadmissibility of an accused’s silence goes well beyond the ordinary civil rule of evidence concerning adoptive admissions: the

There a Right Against Self-Incrimination in Canada?» (1973), 19 *McGill L.J.* 1, à la p. 13, le professeur Ratushny laisse entendre que ce qui peut sembler être l’application du prétendu droit de garder le silence constitue seulement un aspect particulier de la règle de l’aveu récongnitif: la mise en garde donnée à l’accusé qu’il a le [TRADUCTION] «droit de garder le silence» (et qui n’est donnée, d’après l’argument, que pour établir la preuve du caractère volontaire aux fins de la règle des confessions) écarte toute possibilité de conclure qu’en gardant le silence l’accusé reconnaissait sa culpabilité. Je ne puis accepter cette affirmation pour deux raisons. Premièrement, je rejette la prémisse que la mise en garde est simplement un moyen d’établir la preuve du caractère volontaire dans le cas où une confession est sur le point d’être faite. Cette preuve peut s’avérer une conséquence heureuse de la mise en garde, mais il ne s’ensuit pas qu’il s’agit là du but de la mise en garde, ni que le droit auquel elle se rapporte est illusoire. Dans l’arrêt *Hall v. The Queen*, [1971] 1 All E.R. 322 (C.P.), portant sur un appel des cours de la Jamaïque au Comité judiciaire du Conseil privé, lord Diplock, dans un extrait que je ferais mien en toute déférence, affirme, à la p. 324:

[TRADUCTION] C’est un principe clair et bien connu de la common law en Jamaïque, comme en Angleterre, qu’une personne a le droit de refuser de répondre à une question qui lui est posée aux fins de savoir si elle a commis une infraction criminelle. À plus forte raison, elle n’est pas tenue de s’exprimer lorsqu’elle apprend qu’un tiers l’a accusée d’une infraction. Il se peut qu’en des circonstances très exceptionnelles une conclusion puisse être tirée de l’omission d’apporter une explication ou un démenti, mais, à notre avis, le seul fait de garder le silence après avoir été avisée par un agent de police qu’un tiers a porté une accusation contre elle ne peut donner lieu à une conclusion que la personne à qui ce renseignement est transmis reconnaît la véracité de l’accusation [. . .] La mise en garde ne sert qu’à rappeler à l’accusé l’existence d’un droit qu’il possède déjà en common law. Le fait qu’on ne le lui ait pas rappelé dans un cas particulier ne permet pas de conclure qu’il ne l’exerçait pas en gardant le silence, mais qu’il reconnaissait la véracité de l’accusation. [Je souligne.]

Deuxièmement, l’inadmissibilité du silence de l’accusé va bien au-delà de la règle de preuve de droit civil ordinairement applicable aux aveux

silence of a civil party in the face of statements that cry out for an explanation gives rise to an inference of adoption: *Bessela v. Stern* (1877), 2 C.P.D. 265 (C.A.), at pp. 271-72; *MacKenzie v. Commer* (1973), 44 D.L.R. (3d) 473 (N.S.C.A.)^a As the cases referred to earlier indicate, the mere silence of a criminal accused in the presence of a person in authority is not capable in law of supporting an inference of consciousness of guilt. The essence of the *Christie* rule is that even if the circumstances of an accusation cry out for an explanation or denial, the accused's silence, without more, is not evidence against him: there must be "word or conduct, action or demeanour" pointing to an adoption of the statement by the accused.

It is sometimes argued in this connection that an accused's silence in the face of a police accusation is nothing more than a particular example of the liberty we all enjoy to do that which is not prohibited, embodied in the maxim *nulla poena sine lege*. Since the law does not positively require a response, silence is allowed: see *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88 (Ont. C.A.), at p. 94, *per* Martin J.A., citing Lamer J. in *Rothman*, *supra*, at p. 683. Professor Ratushny put the point colourfully in the following passage in his article, *supra*, at p. 11, in response to the argument that the absence of a legal sanction for failing to respond to a police officer's accusation indicates a right to remain silent:

It does, perhaps, but only in the same general sense that people are entitled not to do a lot of other things as well. There is no penalty in Canada for not participating in Dominion Day celebrations, for example, but no one speaks of a general right against compelled celebration.

True, but such a point would be interesting only if the failure to celebrate were inadmissible against an accused in circumstances in which it were relevant. This crucial difference between silence and the panoply of unregulated liberties empha-

recongnitifs: en matière civile, le silence d'une partie face à des déclarations qui exigent une explication donne lieu à une conclusion d'aveu récongnitif: *Bessela v. Stern* (1877), 2 C.P.D. 265 (C.A.), aux pp. 271 et 272; *MacKenzie v. Commer* (1973), 44 D.L.R. (3d) 473 (C.A.N.-É.)^a Comme l'indiquent les arrêts mentionnés antérieurement, le simple silence d'un accusé en matière criminelle en présence d'une personne en autorité ne permet pas en droit de conclure à l'existence d'un sentiment de culpabilité. L'essence de la règle de l'arrêt *Christie* est que même si les circonstances d'une accusation exigent une explication ou un démenti, le silence de l'accusé, sans plus, ne constitue pas une preuve contre lui: il doit y avoir [TRADUCTION] «des paroles ou une conduite, une action ou un comportement» qui indiquent que l'accusé fait sienne la déclaration.

On prétend parfois à cet égard que le silence d'un accusé face à une accusation portée par les policiers n'est rien de plus qu'un exemple particulier de la liberté que nous avons tous de faire ce qui n'est pas interdit, contenue dans la maxime *nulla poena sine lege*. Puisque le droit n'exige pas formellement de réponse, le silence est permis: voir l'arrêt *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88 (C.A. Ont.), à la p. 94, le juge Martin de la Cour d'appel citant le juge Lamer dans l'arrêt *Rothman*, précité, à la p. 683. Le professeur Ratushny en donne une explication originale dans l'extrait suivant de son article, précité, à la p. 11, en réponse à l'argument que l'absence d'une sanction légale applicable au refus de répondre à une accusation portée par un policier indique l'existence d'un droit de garder le silence:

[TRADUCTION] Peut-être en est-il ainsi, mais seulement dans le même sens général que les gens peuvent refuser de faire beaucoup d'autres choses également. Par exemple, il n'existe pas, au Canada, de peine applicable au refus de participer aux célébrations de la Fête du Canada, mais on ne parle pas d'un droit général contre les célébrations obligatoires.

Cela est vrai, mais cet argument ne serait intéressant que si le refus de célébrer était inadmissible contre un accusé dans des circonstances où il serait pertinent. Cette différence essentielle entre le silence et la panoplie des libertés non réglementées

sises the fundamental nature and special status of silence.

What, then, is the content of the residual right to remain silent as protected by s. 7 of the *Charter*? I take the view that the right is at least as broad under s. 7 as it is at common law. However, one must be mindful that certain rules of evidence combine to prevent the right from being fully protected at common law: namely, the rule in *R. v. St. Lawrence*, [1949] O.R. 215 (H.C.), that those portions of an inadmissible confession proven true by the acquisition of derivative evidence are rendered admissible; the rule in *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, at p. 293, that there is no discretion to exclude relevant evidence on the basis that it was improperly obtained unless its admissibility is tenuous, and its "probative force in relation to the main issue before the court is trifling"; and the confession rule itself, that a statement by an accused to a person in authority is admissible if it is shown to be voluntary within the meaning of *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599 (P.C.) It is important, therefore, not to confuse the content of the right to remain silent at common law with the efficacy of its enforcement. The enforcement mechanisms available to judges at common law do not compare to those granted by s. 24 of the *Charter*, particularly the power to exclude evidence pursuant to s. 24(2). Thus, it is no answer to a violation of the right to remain silent to say that the resulting confession, or the derivative evidence, would have been admitted at common law: we are not here applying the common law. Admissibility is now governed by s. 24(2) of the *Charter*. To define *Charter* rights only in accordance with the ultimate effectiveness of their common law and statutory antecedents would be to deny the supremacy of the Constitution. This Court has flatly refused to take such a narrow approach: see, e.g., the interpretation of the *Charter's* protection of the privilege against self-incrimination in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 369, *per* Lamer J.

fait ressortir la nature fondamentale et le statut spécial du silence.

Qu'en est-il alors du contenu du droit résiduaire de garder le silence que protège l'art. 7 de la *Charte*? J'estime que ce droit est au moins aussi général à l'art. 7 qu'il l'est en common law. Il faut cependant se rappeler que certaines règles de preuve se conjuguent pour empêcher ce droit de bénéficier d'une protection complète en common law: savoir, la règle de l'arrêt *R. v. St. Lawrence*, [1949] O.R. 215 (H.C.), selon laquelle les parties d'une confession inadmissible, dont l'exactitude a été établie par l'obtention d'une preuve dérivée, deviennent admissibles; la règle de l'arrêt *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272, à la p. 293, selon laquelle il n'existe pas de pouvoir discrétionnaire d'écartier un élément de preuve pertinent pour le motif qu'il a été obtenu de façon irrégulière, à moins que son admissibilité ne soit douteuse et que «la valeur probante à l'égard de la question fondamentale en litige [ne soit] insignifiante»; et la règle des confessions elle-même, selon laquelle une déclaration faite par un accusé à une personne en autorité est admissible s'il est établi qu'elle est volontaire au sens de l'arrêt *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599 (C.P.) Il est donc important de ne pas confondre le contenu du droit de garder le silence en common law avec l'efficacité de son application. Les mécanismes d'application dont disposent les juges en common law ne sont pas comparables à ceux prévus par l'art. 24 de la *Charte*, particulièrement le pouvoir d'écartier une preuve en application du par. 24(2). On ne règle donc pas le problème de la violation du droit de garder le silence en affirmant que la confession qui en résulte ou la preuve dérivée aurait été admise en common law: nous n'appliquons pas ici la common law. L'admissibilité est maintenant régie par le par. 24(2) de la *Charte*. Ne définir les droits reconnus par la *Charte* qu'en conformité avec l'efficacité ultime de ceux qui les ont précédés en common law ou dans les lois écrites serait nier la suprématie de la Constitution. Notre Cour a catégoriquement refusé d'adopter une interprétation aussi restrictive: voir, par exemple, l'interprétation de la protection conférée par la *Charte* au privilège de ne pas s'incriminer dans l'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, à la p. 369, le juge Lamer.

The threshold question in the present case is when the right arises. The right to remain silent has uniformly been recognized to arise upon arrest (see *Taggart v. R.* (1980), 13 C.R. (3d) 179 (Ont. C.A.), at p. 183; and *Eden, supra*, at p. 283), and upon charge (see *Symonds, supra*, at p. 227). Indeed, the gist of the adoptive admissions cases, and particularly the judgment of the Privy Council in *Hall, supra*, points to a positive right to remain silent during any allegation of criminality in the presence of a person in authority. There is, too, support for this point of engagement of the right in American jurisprudence. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), held that criminal suspects must be informed of the right to remain silent upon arrest or prior to custodial interrogation. American authorities are, of course, of limited usefulness in this area, because the American constitutional provisions that have been held relevant to the facts with which we are concerned are significantly different from the comparable *Charter* provisions. The leading American cases, which include *Mas-siah v. United States*, 377 U.S. 201 (1964); *United States v. Henry*, 447 U.S. 264 (1980); and *Kuhlmann v. Wilson*, 477 U.S. 436 (1986), have been decided on the basis of the Sixth Amendment ("In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right . . . to have the assistance of counsel for his defence"), which does not correspond directly to s. 10(b) of our *Charter*, much less to s. 7. However, I find some of the language in the American cases to be instructive, particularly concerning the element of compulsion that is inherent in any conversation with an accused while under detention. In *Henry, supra*, Burger C.J. stated for the majority of the court, at p. 274:

. . . the mere fact of custody imposes pressures on the accused; confinement may bring into play subtle influences that will make him particularly susceptible to the ploys of undercover Government agents.

Prior to arrest or detention, such pressures do not operate: see *Hoffa v. United States*, 385 U.S. 293 (1966).

La question préliminaire en l'espèce est de savoir quand le droit prend naissance. On a constamment reconnu que le droit de garder le silence prend naissance au moment de l'arrestation (voir les arrêts *Taggart v. R.* (1980), 13 C.R. (3d) 179 (C.A. Ont.), à la p. 183, et *Eden*, précité, à la p. 283), et au moment de l'inculpation (voir l'arrêt *Symonds*, précité, à la p. 227). En effet, les arrêts en matière d'aveux récongnitifs, et particulièrement l'arrêt *Hall*, précité, du Conseil privé, font essentiellement ressortir un droit absolu de garder le silence au cours de toute allégation d'acte criminel en présence d'une personne en autorité. Ce moment où le droit prend naissance trouve également appui en jurisprudence américaine. Dans l'arrêt *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), on a conclu que les personnes soupçonnées d'un crime doivent être informées du droit de garder le silence au moment de leur arrestation ou avant leur interrogatoire sous garde. La jurisprudence américaine a évidemment une utilité restreinte dans ce domaine, parce que les dispositions constitutionnelles américaines jugées pertinentes aux faits en l'espèce sont très différentes des dispositions comparables de la *Charte*. Les arrêts de principe américains, dont les arrêts *Mas-siah v. United States*, 377 U.S. 201 (1964), *United States v. Henry*, 447 U.S. 264 (1980), et *Kuhlmann v. Wilson*, 477 U.S. 436 (1986), ont tous été rendus en fonction du Sixième amendement ([TRADUCTION] «Dans toutes les poursuites criminelles, l'accusé aura droit [. . .] à l'assistance d'un avocat pour sa défense») qui ne correspond pas directement à l'al. 10b) de notre *Charte*, et encore moins à l'art. 7. Je trouve cependant intéressants certains extraits des décisions américaines, particulièrement ceux qui concernent l'élément de contrainte inhérent à toute conversation avec un accusé en détention. Dans l'arrêt *Henry*, précité, le juge en chef Burger a affirmé au nom de la cour à la majorité, à la p. 274:

[TRADUCTION] . . . la détention en elle-même crée une pression sur l'accusé; la détention peut avoir des influences subtiles qui rendront l'accusé particulièrement vulnérable aux ruses des agents banalisés du gouvernement.

Avant l'arrestation ou la détention, ces pressions ne se font pas sentir: voir l'arrêt *Hoffa v. United States*, 385 U.S. 293 (1966).

The right to remain silent, viewed purposively, must arise when the coercive power of the state is brought to bear against the individual—either formally (by arrest or charge) or informally (by detention or accusation)—on the basis that it is at this point that an adversary relationship comes to exist between the state and the individual. The right, from its earliest recognition, was designed to shield an accused from the unequal power of the prosecution, and it is only once the accused is pitted against the prosecution that the right can serve its purpose.

The right does not, however, avail against private individuals. This is consistent with the limitation of the right at common law to circumstances in which an accusation is made by or in the presence of a person in authority: see *Parkes v. The Queen*, [1976] 1 W.L.R. 1251 (P.C.); and it is, incidentally, also consistent with the inapplicability of the *Charter* to the relations between private individuals: see *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573. For these purposes, however, the term “person in authority” does not bear the same meaning as it does in the context of the confession rule, in which a police officer is a “person in authority” only if the accused subjectively believes him to be: *Rothman, supra*. If the right has engaged, police officers cannot prevent its availability against them by disguising themselves, any more than they can constitutionalize an unreasonable search or an arbitrary detention by disguising themselves.

Consequently, the relationship between when the right arises and against whom it avails is straightforward. Once the right attaches in accordance with the principles set out above, any communication between an accused and an agent of the state (including a suborned informer) is subject to the right and may proceed only if the accused waives the right; but communication between an accused and another private individual is not subject to the right. Conversely, before the right attaches, communication between an accused and either an agent of the state or another private individual is not subject to the right: see, e.g., *R. v.*

Le droit de garder le silence, considéré en fonction de l'objet qu'il vise, doit prendre naissance lorsque le pouvoir coercitif de l'État vient à être exercé contre l'individu—soit formellement (par l'arrestation ou l'inculpation) soit de façon informelle (par la détention ou l'accusation)—parce que c'est à ce moment qu'un rapport contradictoire naît entre l'État et l'individu. Le droit, depuis le moment où il a été reconnu pour la première fois, avait pour but de protéger un accusé du pouvoir inégal de la poursuite et ce n'est que lorsque l'accusé est confronté à la poursuite que ce droit peut répondre à son objectif.

Pendant, les particuliers ne peuvent l'invoquer entre eux. Cela est conforme à la restriction de common law que le droit ne s'applique que lorsqu'une accusation est portée par une personne en autorité ou en sa présence: voir l'arrêt *Parkes v. The Queen*, [1976] 1 W.L.R. 1251 (C.P.), et cela est d'ailleurs également conforme à l'inapplicabilité de la *Charte* aux rapports entre particuliers: voir l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573. À ces fins cependant, l'expression «personne en autorité» n'a pas le même sens que dans le contexte de la règle des confessions où un policier n'est une «personne en autorité» que si l'accusé le croit subjectivement: *Rothman*, précité. Si le droit a pris naissance, les policiers ne peuvent, en se déguisant, empêcher qu'il leur soit opposé, pas plus qu'ils ne peuvent, en se déguisant, rendre conforme à la Constitution une fouille ou une perquisition abusive ou une détention arbitraire.

Par conséquent, il y a un rapport direct entre le moment où le droit prend naissance et la personne contre qui il est opposable. Lorsque le droit s'applique conformément aux principes établis précédemment, toute communication entre un accusé et un fonctionnaire de l'État (y compris un indicateur suborné) est assujettie à ce droit et ne peut avoir lieu que si l'accusé y renonce, mais la communication entre un accusé et un autre particulier n'est pas assujettie au droit en question. Inversement, avant que le droit s'applique, les communications entre un accusé et un fonctionnaire de l'État ou un autre particulier ne sont pas assujetties au droit:

Hicks (1988), 42 C.C.C. (3d) 394 (Ont. C.A.), at p. 407; affirmed [1990] 1 S.C.R. 120.

It would be an error to conclude, though the Crown made this submission *in terrorem*, that the recognition of a constitutional right to remain silent in the present circumstances signals the end of the acquisition of confessions by undercover police officers. Prior to the time that an adversary relationship exists between the state and the individual, the right to remain silent has not attached and undercover police work may proceed unhindered. So, for example, the use of a wire on a police informant in a conversation between the informant and an uncharged suspect, as described in *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652, at pp. 668-69, would not implicate the constitutional right to remain silent. Furthermore, even after charge and during detention, the right to remain silent would not be violated by the passive surveillance of a conversation between an accused and another (genuine) prisoner by an undercover officer, or an electronic device: see *R. v. Smith, Wilson and Quesnelle*, Ont. S.C., November 5, 1987, unreported, in which Reid J. drew this distinction. (Though, it should be noted that in cases of electronic "participant surveillance" different constitutional issues arise pursuant to s. 8 of the *Charter*: see *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30.)

It is not necessary in the present case, however, to trace out every implication of the constitutional right to remain silent. For the purposes of the circumstances of this case, it is sufficient to observe that the right extends at least as far as the common law right. It must be left for subsequent cases to determine whether the constitutional right extends further. The interchange under consideration in the present case occurred between the appellant and a police officer after the appellant was charged and while he was in custody. According to the agreed facts, the police officer "engaged the accused in conversation". If there is any set of circumstances in which the right attaches, this is it.

voir l'arrêt *R. v. Hicks* (1988), 42 C.C.C. (3d) 394 (C.A. Ont.), à la p. 407, confirmé par [1990] 1 R.C.S. 120.

a Ce serait une erreur de conclure, bien que le ministère public ait présenté cette thèse *in terrorem*, que la reconnaissance d'un droit constitutionnel de garder le silence dans les circonstances actuelles laisse présager la fin de l'obtention de confessions par des agents de police banalisés. Avant la naissance d'un rapport contradictoire entre l'État et le particulier, le droit de garder le silence ne s'applique pas et le travail des agents de police banalisés peut se dérouler librement. Ainsi, par exemple, l'emploi par un indicateur de la police d'un microphone au cours d'une conversation entre cet indicateur et un suspect non inculqué, comme dans le cas de l'arrêt *R. c. Thatcher*, d [1987] 1 R.C.S. 652, aux pp. 668 et 669, ne ferait pas intervenir le droit constitutionnel de garder le silence. En outre, même après l'inculpation et pendant la détention, le droit de garder le silence ne serait pas violé si la conversation entre l'accusé et e un autre (véritable) détenu était surveillée passivement par un agent banalisé ou au moyen d'un appareil électronique: voir l'arrêt *R. v. Smith, Wilson and Quesnelle*, C.S. Ont., le 5 novembre 1987, inédit, dans lequel le juge Reid a fait cette distinction. (Bien qu'il convienne de noter que, dans les cas de «surveillance participative» électronique, des questions constitutionnelles différentes se posent conformément à l'art. 8 de la *Charte*: voir l'arrêt *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30.) g

Il n'est cependant pas nécessaire en l'espèce d'énumérer toutes les incidences du droit constitutionnel de garder le silence. Dans les circonstances de l'espèce, il suffit de faire observer que le droit a h une portée au moins aussi large que le droit de common law. Il faudra attendre une autre occasion pour déterminer si le droit constitutionnel va plus loin. L'échange de propos qui fait l'objet du présent litige a eu lieu entre un policier et l'appelant i après son inculpation et pendant sa détention. Selon l'exposé conjoint des faits, l'agent de police «a engagé la conversation avec l'accusé». S'il existe j une situation où le droit s'applique, c'est bien celle-ci.

A question remains whether the appellant, by speaking to the disguised Corporal Miller, waived his right to remain silent.

Waiver

This Court has, at every opportunity, taken a stern view of the requirements for waiver of a constitutional right. The oft-cited statement of principle on this subject was made by my colleague Wilson J. in her judgment in *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, at pp. 394-95, concerning a violation of the right to counsel:

Given the concern for fair treatment of an accused person which underlies such constitutional civil liberties as the right to counsel in s. 10(b) of the *Charter*, it is evident that any alleged waiver of this right by an accused must be carefully considered and that the accused's awareness of the consequences of what he or she was saying is crucial. Indeed, this Court stated with respect to the waiver of statutory procedural guarantees in *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41, at p. 49, that any waiver "... is dependent upon it being clear and unequivocal that the person is waiving the procedural safeguard and is doing so with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect and of the effect the waiver will have on those rights in the process". [Emphasis in original.]

The American courts have come to a similar view concerning waiver of the Sixth Amendment right to counsel. In *Henry, supra*, a case very near to the facts of the case at bar, the United States Supreme Court held, at p. 273, that "the concept of a knowing and voluntary waiver of Sixth Amendment rights does not apply in the context of communications with an undisclosed undercover informant acting for the Government". (See also the American cases cited by Wilson J. in *Clarkson, supra*, at p. 395.)

I would respectfully adopt the *Clarkson* standard as appropriate in relation to waiver of the right to remain silent. The right to remain silent is, as much as the right to counsel, predicated on the fair treatment of an accused in the criminal process.

Il reste cependant à savoir si l'appelant, en parlant au caporal Miller déguisé, a renoncé à son droit de garder le silence.

La renonciation

Chaque fois qu'elle en a eu l'occasion, notre Cour a interprété strictement les conditions applicables à la renonciation à un droit constitutionnel. La déclaration de principe souvent citée en la matière a été faite par ma collègue le juge Wilson dans ses motifs de l'arrêt *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, aux pp. 394 et 395, au sujet de la violation du droit à l'assistance d'un avocat:

Vu le souci de traiter équitablement une personne accusée, lequel sous-tend les libertés civiles garanties par la Constitution comme le droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10(b) de la *Charte*, il est évident qu'il faut examiner avec soin toute allégation de renonciation à ce droit par un accusé et que la connaissance par l'accusé des conséquences de sa déclaration est déterminante. En réalité, dans l'arrêt *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, à la p. 49, cette Cour a dit, à l'égard de la renonciation à une garantie légale en matière de procédure, que pour qu'une renonciation soit valide, «il faut qu'il soit bien clair que la personne renonce au moyen de procédure conçu pour sa protection et qu'elle le fait en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger et de l'effet de la renonciation sur ces droits au cours de la procédure». [Souligné dans l'original.]

Les tribunaux américains sont parvenus à une conclusion semblable au sujet de la renonciation au droit à l'assistance d'un avocat prévu dans le Sixième amendement. Dans l'arrêt *Henry*, précité, une affaire dont les faits sont très semblables à ceux de l'espèce, la Cour suprême des États-Unis a conclu, à la p. 273, que [TRADUCTION] «l'idée d'une renonciation consciente et volontaire aux droits reconnus par le Sixième amendement ne s'applique pas dans le contexte des communications avec un indicateur banalisé agissant pour le compte du gouvernement». (Voir également la jurisprudence américaine citée par le juge Wilson dans l'arrêt *Clarkson*, précité, à la p. 395.)

En toute déférence, j'adopterais le critère de l'arrêt *Clarkson* parce qu'il est approprié en matière de renonciation au droit de garder le silence. Le droit de garder le silence est, tout autant que le droit à l'assistance d'un avocat,

Indeed, in an important respect, the right to remain silent is more fundamental. The principal effect in many cases of granting the right to counsel is that the accused is informed of the right to remain silent: *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, at pp. 1242-43, *per* Lamer J. It follows, in my view, that any waiver of the right to remain silent must, similar to a waiver of the right to counsel, pass an "awareness of the consequences" test.

This Court has applied the *Clarkson* standard in relation to several different *Charter* rights: see, e.g., *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1686 (s. 11(b)); and *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at pp. 1315-16 (s. 11(f)). In my opinion, to now hold that something less than informed waiver can suffice to deprive an accused of the right to remain silent would be inconsistent with this Court's previous position on waiver of these other equally important *Charter* rights, and could signal an erosion of the high standard we have required for waiver of the right to counsel itself. This right is, as pointed out by my colleague, similar to the right to remain silent in that each involves making a choice. Accordingly, this course does not appeal to me, either in principle or as a matter of policy.

It is patent that the deliberate deception practised here prevented (indeed, was designed to prevent) the appellant from being aware of the consequences of his actions, and that it operated to vitiate any waiver that might have been forthcoming otherwise. In the circumstances, there could be no waiver, and the appellant's right to remain silent, as embodied in s. 7 of the *Charter*, was violated.

Section 1

Section 1 of the *Charter* reads as follows:

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

fondé sur le traitement équitable d'un accusé en matière criminelle. D'ailleurs, sous un aspect important, le droit de garder le silence est plus fondamental. Dans de nombreux cas, le principal effet du droit à l'assistance d'un avocat est que l'accusé est informé du droit de garder le silence: *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, aux pp. 1242 et 1243, le juge Lamer. À mon avis, il s'ensuit que toute renonciation au droit de garder le silence doit, comme dans le cas d'une renonciation au droit à l'assistance d'un avocat, respecter un critère de la «connaissance des conséquences».

Notre Cour a appliqué le critère de l'arrêt *Clarkson* à l'égard de plusieurs droits différents reconnus par la *Charte*: voir, par exemple, les arrêts *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, à la p. 1686 (al. 11b)), et *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, aux pp. 1315 et 1316 (al. 11f)). À mon avis, affirmer maintenant que quelque chose de moins qu'une renonciation éclairée peut suffire à priver un accusé du droit de garder le silence serait incompatible avec la position antérieure de notre Cour au sujet de la renonciation à ces autres droits tout aussi importants de la *Charte* et pourrait indiquer une érosion de la norme sévère que nous avons exigée pour renoncer au droit à l'assistance d'un avocat. Comme l'a souligné ma collègue, ce droit est semblable au droit de garder le silence en ce que chacun comporte un choix. Par conséquent, cette façon de voir ne me paraît pas judicieuse ni en principe ni à titre de question de politique.

Il est manifeste que la supercherie utilisée délibérément en l'espèce a empêché (et avait d'ailleurs pour but d'empêcher) l'appelant de connaître les conséquences de ses actes et qu'elle a eu pour effet d'entacher de nullité toute renonciation qui aurait pu se produire par ailleurs. Dans les circonstances, il ne pouvait y avoir de renonciation et le droit de l'appelant de garder le silence, tel qu'il est reconnu à l'art. 7 de la *Charte*, a été violé.

i L'article premier

L'article premier de la *Charte* se lit ainsi:

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

In *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 621, Estey J., speaking for the majority (Beetz, Chouinard, Wilson J.J. concurring, and Lamer J. concurring on this point), stated: "The limit on the respondent's right to consult counsel was imposed by the conduct of the police officers and not by Parliament". More recently, in *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640, at pp. 650-51, Le Dain J., speaking for the Court, reiterated the view he had expressed previously in *Therens*, at p. 645 (McIntyre J. concurring, and Dickson C.J. concurring on this point), as follows:

The limit will be prescribed by law within the meaning of s. 1 if it is expressly provided for by statute or regulation, or results by necessary implication from the terms of a statute or regulation or from its operating requirements. The limit may also result from the application of a common law rule.

The police conduct that constituted the *Charter* violation in the present case was a police initiative, and was not the execution or necessary implication of a statutory or regulatory duty, and was not the result of the application of a common law rule. The use of undercover officers in these circumstances is certainly legal, in the sense that it is not proscribed by law; but it does not follow that this tactic is prescribed by law. The word "prescribe" connotes a mandate for specific action, not merely permission for that which is not prohibited. For these reasons, it cannot be said that the limiting effect on the appellant's s. 7 rights was "prescribed by law", and it is therefore unnecessary to consider the application of s. 1 to the facts of this case.

Section 24(2)

The only question remaining is whether the evidence of the incriminating statements made by the appellant to Corporal Miller ought to be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, which reads as follows:

24. ...

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner

Dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 621, le juge Estey affirme, au nom de la majorité (les juges Beetz, Chouinard et Wilson souscrivant à ses motifs, et le juge Lamer y souscrivant sur ce point): «La restriction du droit de l'intimé de consulter son avocat a été imposée par la conduite des policiers et non par le Parlement.» Plus récemment, dans l'arrêt *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, aux pp. 650 et 651, le juge Le Dain a réitéré, au nom de la Cour, l'opinion qu'il avait exprimée antérieurement dans l'arrêt *Therens*, à la p. 645 (le juge McIntyre souscrivant à ses motifs, et le juge en chef Dickson y souscrivant sur ce point), de la façon suivante:

Une restriction est prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions d'application. La restriction peut aussi résulter de l'application d'une règle de *common law*.

La conduite des policiers qui constituait une violation de la *Charte* en l'espèce était une initiative policière et ne résultait ni ne découlait nécessairement d'une obligation légale ou réglementaire, pas plus qu'elle ne résultait de l'application d'une règle de *common law*. L'emploi d'agents banalisés dans ces circonstances est certainement légal, en ce sens qu'il n'est pas interdit par une règle de droit; mais il ne s'ensuit pas que cette ruse est prescrite par une règle de droit. Le terme «prescrire» signifie un mandat d'action précise, et non simplement une permission de faire ce qui n'est pas interdit. Pour ces motifs, on ne peut affirmer que l'effet limitant les droits de l'appelant en vertu de l'art. 7 était prescrit par une règle de droit et il n'est donc pas nécessaire d'examiner l'application de l'article premier aux faits en l'espèce.

Le paragraphe 24(2)

La seule question qu'il reste à trancher est de savoir si la preuve des déclarations incriminantes faites par l'appelant au caporal Miller doit être écartée conformément au par. 24(2) de la *Charte*, qui se lit ainsi:

24. ...

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont

that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

This Court's leading precedent on the interpretation and application of s. 24(2) is the judgment of Lamer J., speaking for the majority, in *Collins, supra*. In that case, Lamer J. set out three groups of factors to consider in the determination whether the admission of impugned evidence could bring the administration of justice into disrepute. These were:

- (1) factors concerning the effect of admission of the evidence on the fairness of the trial;
- (2) factors concerning the seriousness of the *Charter* violation; and
- (3) factors concerning the effect of exclusion of the evidence on the reputation of the administration of justice.

In respect of the first group of factors, or the "trial fairness" rationale for the exclusion of evidence, Lamer J. said this, at pp. 284-85:

The trial is a key part of the administration of justice, and the fairness of Canadian trials is a major source of the repute of the system and is now a right guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. If the admission of the evidence in some way affects the fairness of the trial, then the admission of the evidence would tend to bring the administration of justice into disrepute and, subject to a consideration of the other factors, the evidence generally should be excluded. [Emphasis in original.]

... the situation is very different with respect to cases where, after a violation of the *Charter*, the accused is conscripted against himself through a confession or other evidence emanating from him. The use of such evidence would render the trial unfair, for it did not exist prior to the violation and it strikes at one of the fundamental tenets of a fair trial, the right against self-incrimination. Such evidence will generally arise in the context of an infringement of the right to counsel. Our decisions in *Therens, supra*, and *Clarkson v. The Queen [supra]*, are illustrative of this. The use of self-incriminating evidence obtained following a denial of the right to counsel will generally go to the very fairness

été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

L'arrêt de principe de notre Cour concernant l'interprétation et l'application du par. 24(2) est l'opinion exprimée par le juge Lamer, au nom de la majorité, dans l'arrêt *Collins*, précité. Dans cet arrêt, le juge Lamer a établi trois groupes de facteurs à considérer pour déterminer si l'utilisation d'une preuve contestée est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Ces groupes de facteurs portent sur:

- (1) l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès;
- (2) la gravité de la violation de la *Charte*;
- (3) l'effet de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice.

En ce qui concerne le premier groupe de facteurs, ou «l'équité du procès» qui justifie qu'on écarte la preuve, le juge Lamer dit ceci, aux pp. 284 et 285:

Le procès joue un rôle clé dans l'administration de la justice et l'équité des procès au Canada est une source majeure de la considération dont jouit le système et constitue actuellement un droit garanti par l'al. 11d) de la *Charte*. Si l'utilisation de la preuve portait atteinte de quelque façon à l'équité du procès, alors celle-ci tendrait à déconsidérer l'administration de la justice et, sous réserve de la considération des autres facteurs, la preuve devrait généralement être écartée. [Souligné dans l'original.]

... Il en est [...] bien autrement des cas où, à la suite d'une violation de la *Charte*, l'accusé est conscript contre lui-même au moyen d'une confession ou d'autres preuves émanant de lui. Puisque ces éléments de preuve n'existaient pas avant la violation, leur utilisation rendrait le procès inéquitable et constituerait une attaque contre l'un des principes fondamentaux d'un procès équitable, savoir le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même. Ce genre de preuve se trouvera généralement dans le contexte d'une violation du droit à l'assistance d'un avocat. C'est ce qu'illustrent nos arrêts *Therens*, précité, et *Clarkson c. La Reine* [précité]. L'utilisation d'une preuve auto-incriminante obtenue dans le contexte

of the trial and should generally be excluded. [Emphasis added.]

Lamer J. reiterated these points, speaking for the Court, in *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, at p. 16.

In my view, the evidence sought to be adduced in the present case falls squarely within that species of evidence referred to by Lamer J. which, if admitted, would render the trial unfair. In this respect, violations of the right to counsel and the right to remain silent generate an identical sort of evidence: self-incriminatory statements that would not have been made but for the violation. The admission of such evidence is unfair because it is representative of a model of criminal justice fundamentally at odds with that enshrined in the *Charter*. The accused is effectively stripped of the presumption of innocence (because he has damned himself in the eyes of the trier of fact), and he has thus relieved the Crown of the burden of proving the case. Furthermore, the accused is placed in the invidious position of having to take the stand, contrary to the privilege against self-incrimination, in order to disclaim the confession. All of these knock-on effects amply demonstrate the unfairness inherent in the admission of an unconstitutionally acquired confession.

As Lamer J. pointed out in *Collins*, any impingement on trial fairness strikes at the heart of the reputation of the administration of justice. But the Crown has submitted in the present case that the good faith of the police officers who arranged for the deception of the appellant, relying on the authority of *Rothman, supra*, is a significant factor in favour of receiving the evidence. For myself, I fail to see how the good faith or otherwise of the investigating officers can cure, so to speak, an unfair trial. This Court's cases on s. 24(2) point clearly, in my opinion, to the conclusion that where impugned evidence falls afoul of the first set of factors set out by Lamer J. in *Collins* (trial fairness), the admissibility of such evidence cannot be saved by resort to the second set of factors (the seriousness of the violation). These two sets of factors are alternative grounds

de la négation du droit à l'assistance d'un avocat compromettra généralement le caractère équitable du procès même et elle doit en général être écartée. [Je souligne.]

Le juge Lamer a repris ces considérations, au nom de la Cour, dans l'arrêt *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, à la p. 16.

À mon avis, la preuve que l'on tente de produire en l'espèce relève incontestablement de ces genres d'éléments de preuve mentionnés par le juge Lamer qui, s'ils étaient admis, rendraient le procès inéquitable. À cet égard, les violations du droit à l'assistance d'un avocat et du droit de garder le silence produisent un type de preuve identique: des déclarations incriminantes qui n'auraient pas été faites n'eût été la violation. L'utilisation de cette preuve est inéquitable parce qu'elle fait appel à un modèle de justice criminelle fondamentalement incompatible avec celui qui est consacré dans la *Charte*. Dans les faits, l'accusé est privé de la présomption d'innocence (parce qu'il s'est condamné lui-même aux yeux du juge des faits) et il a donc libéré le ministère public du fardeau de prouver l'infraction. En outre, l'accusé se trouve dans la situation inconfortable où il a à témoigner, contrairement au privilège de ne pas s'incriminer, pour démentir la confession. Toutes ces réactions en chaîne démontrent amplement l'injustice inhérente à l'utilisation d'une confession obtenue de façon inconstitutionnelle.

Comme le juge Lamer l'a souligné dans l'arrêt *Collins*, toute entorse à l'équité du procès porte atteinte au cœur même de la considération dont jouit l'administration de la justice. Mais le ministère public a soutenu en l'espèce que la bonne foi des policiers qui ont dupé l'appellant, en se fondant sur l'arrêt *Rothman*, précité, est un facteur important en faveur de l'utilisation de la preuve. Quant à moi, je ne vois pas comment la bonne foi des policiers enquêteurs peut, disons, remédier à un procès inéquitable. À mon avis, la jurisprudence de notre Cour sur le par. 24(2) permet de conclure clairement que lorsque la preuve contestée se heurte à la première série de facteurs énoncés par le juge Lamer dans l'arrêt *Collins* (l'équité du procès), l'admissibilité de cette preuve ne peut être sauvegardée par un recours à la deuxième série de facteurs (la gravité de la violation). Ces deux

for the exclusion of evidence, and not alternative grounds for the admission of evidence. It seems odd indeed to assert that evidence the admission of which would render a trial unfair ought to be admitted because the police officer thought he was doing his job. From the accused's perspective (whose trial is *ex hypothesi* proceeding unfairly), it makes little difference that the police officer has a clean conscience in the execution of his duty. This, no doubt, accounts for the language of exclusion in this Court's cases on the issue which seems to contemplate a direct progression from (a) the admission of such evidence, to (b) an adverse effect on the fairness of the trial, to (c) the disrepute of the administration of justice. For example, in *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138, Wilson J. stated, at p. 160:

In my view, the admission of the appellant's inculpatory statement would adversely affect the fairness of the trial and bring the administration of justice into disrepute. The fairness of the trial would be adversely affected since the admission of the statement would infringe on the appellant's right against self-incrimination, a right which could have been protected had the appellant had an opportunity to consult counsel.

I must conclude that the admission of evidence of the statements elicited by Corporal Miller would bring the administration of justice into disrepute, and that the evidence must therefore be excluded pursuant to s. 24(2).

Accordingly, the appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal for the Yukon Territory is reversed, and the appellant's acquittal is restored.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: O'Brien & Horembala, Whitehorse; Greenspan, Rosenberg, Toronto.

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

séries de facteurs sont des moyens facultatifs d'écarter la preuve et non des moyens facultatifs d'admettre la preuve. Il semble d'ailleurs étrange d'affirmer que la preuve dont l'utilisation rendrait le procès inéquitable devrait être admise parce que le policier croyait faire son travail. Du point de vue de l'accusé (dont le procès se déroule par hypothèse de façon inéquitable), cela ne change rien que l'agent de police ait la conscience en paix dans l'exécution de ses fonctions. Cela justifie certainement les propos en faveur de l'exclusion, tenus dans la jurisprudence de notre Cour sur la question, qui semblent envisager une progression directe de a) l'utilisation de cette preuve à b) un effet préjudiciable sur l'équité du procès, à c) la déconsidération de l'administration de la justice. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138, le juge Wilson affirme, à la p. 160:

À mon avis, l'utilisation de la déclaration incriminante de l'appelante nuirait à l'équité du procès et déconsidérerait l'administration de la justice. Il y aurait atteinte à l'équité du procès puisque l'utilisation de la déclaration violerait le droit de l'appelante de ne pas s'incriminer, lequel droit aurait pu être protégé si l'appelante avait eu la possibilité de consulter un avocat.

Je dois conclure que l'utilisation de la preuve des déclarations obtenues par le caporal Miller est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et que cette preuve doit donc être écartée conformément au par. 24(2).

Par conséquent, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel du territoire du Yukon est infirmé et l'acquittement de l'appelant est rétabli.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: O'Brien & Horembala, Whitehorse; Greenspan, Rosenberg, Toronto.

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

Mackintosh Computers Ltd., Compagnie d'Électronique Repco Ltée/Repco Electronics Co. Ltd., Maison des Semiconducteurs Ltée/House of Semiconductors Ltd., Chico Levy and Nat Levy Appelants

v.

Apple Computer, Inc. Respondent

and between

115778 Canada Inc., carrying on business under the firm name and style of Microcom, James Begg and 131375 Canada Inc. Appelants

v.

Apple Computer, Inc. Respondent

INDEXED AS: APPLE COMPUTER, INC. v. MACKINTOSH COMPUTERS LTD.; APPLE COMPUTER, INC. v. 115778 CANADA INC.

File Nos.: 20643, 20644.

1990: February 26; 1990: June 21.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Copyright — Infringement — Computer programs — Silicon chips — Computer manufacturer holding registered copyright in operating system programs etched into silicon chips — Whether computer programs embodied in silicon chips continue to be protected by copyright — Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30, s. 3(1).

The respondent holds a registered copyright in two operating system programs for the Apple II+ computer, which it manufactures. These programs were originally written in assembly language, and then converted into hexadecimal code. Finally, the programs were etched into a silicon chip. By the use of a process known as "burning" the appellants copied the programs embodied in the respondent's silicon chips. The respondent successfully sued the appellants for copyright infringement. The trial judge reviewed in detail the complex and

Mackintosh Computers Ltd., Compagnie d'Électronique Repco Ltée/Repco Electronics Co. Ltd., Maison des Semiconducteurs Ltée/House of Semiconductors Ltd., Chico Levy et Nat Levy Appelants

c.

Apple Computer, Inc. Intimée

et entre

115778 Canada Inc., faisant affaires sous la raison sociale de Microcom, James Begg et 131375 Canada Inc. Appelants

c.

Apple Computer, Inc. Intimée

RÉPERTORIÉ: APPLE COMPUTER, INC. *c.* MACKINTOSH COMPUTERS LTD.; APPLE COMPUTER, INC. *c.* 115778 CANADA INC.

e N^{os} du greffe: 20643, 20644.

1990: 26 février; 1990: 21 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit d'auteur — Violation — Programmes d'ordinateur — Microplaquettes électroniques — Fabricant d'ordinateurs titulaire d'un droit d'auteur enregistré sur des programmes d'un système d'exploitation gravés sur des microplaquettes électroniques — Les programmes d'ordinateur incorporés dans des microplaquettes électroniques continuent-ils d'être protégés par le droit d'auteur? — Loi sur le droit d'auteur, S.R.C. 1970, ch. C-30, art. 3(1).

L'intimée est titulaire d'un droit d'auteur enregistré sur deux programmes du système d'exploitation de l'ordinateur Apple II+ qu'elle fabrique. Ces programmes ont d'abord été écrits en langage d'assemblage, puis convertis en code hexadécimal. Enfin, les programmes ont été gravés sur une microplaquette électronique. Grâce à un procédé de programmation de mémoire morte, les appelants ont copié les programmes incorporés dans les microplaquettes de l'intimée. L'intimée a eu gain de cause dans une action en violation de son droit

conflicting expert evidence and concluded that the programs embedded in the silicon chip should be regarded as software rather than hardware. She found that the circuitry in the chip was both a translation and an exact reproduction of the assembly language program, and was therefore protected by copyright under s. 3(1) of the *Copyright Act*. The Federal Court of Appeal dismissed the appellants' appeal. This appeal is to determine whether a computer program, originating in copyrightable written form, continues to be protected by copyright when it is replicated in the circuitry of a silicon chip.

Held: The appeal should be dismissed.

The programs embedded in the silicon chip are a reproduction of the programs in assembly language and as such are protected by copyright under s. 3(1) of the *Copyright Act*. These programs constitute a form of expression that is conceptually and functionally unique and cannot be regarded as a merger of idea and expression. The Australian decision in *Computer Edge Pty. Ltd. v. Apple Computer, Inc.*, which characterizes the program embedded in the silicon chip in a manner which accords with the electrical processes that underlie its operation, should not be applied in Canada. Rather, the appropriate approach is to view the silicon chip program as embodying a set of instructions in machine code which are designed to move information and perform other specified tasks. The silicon chip should be viewed as a static object encoded with written instructions rather than as constituting a dynamic interchange of electrical impulses. It follows that the program embodied in the silicon chip is properly subject to protection by copyright and the unauthorized copying of that program constitutes a violation of copyright.

Cases Cited

Not followed: *Computer Edge Pty. Ltd. v. Apple Computer, Inc.* (1986), 65 A.L.R. 33.

Statutes and Regulations Cited

Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30, s. 3(1).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1988] 1 F.C. 673, 44 D.L.R. (4th) 74,

d'auteur. Le juge de première instance a soigneusement examiné les témoignages complexes et contradictoires des experts et a conclu que les programmes incorporés dans les microplaquettes devaient être considérés comme du logiciel plutôt que du matériel. Elle a conclu que les circuits de la microplaquette électronique étaient à la fois une traduction et une reproduction exacte du programme en langage d'assemblage et qu'ils faisaient donc l'objet d'un droit d'auteur en vertu du par. 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*. La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel interjeté par les appelants. Le présent pourvoi vise à déterminer si un programme d'ordinateur, dont la source écrite est susceptible de droit d'auteur, continue d'être protégé par le droit d'auteur quand il est reproduit dans les circuits d'une microplaquette électronique.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les programmes incorporés dans les microplaquettes électroniques constituent une reproduction des programmes en langage d'assemblage et sont protégés sous cette forme par un droit d'auteur en vertu du par. 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Ces programmes constituent une forme d'expression unique dans sa conception et sa fonction et ils ne peuvent être considérés comme la fusion de l'idée et de son expression. L'arrêt australien *Computer Edge Pty. Ltd. v. Apple Computer, Inc.*, qui caractérise le programme incorporé dans la microplaquette électronique d'une manière qui l'assimile aux procédés électriques qui régissent son fonctionnement ne devrait pas être suivi au Canada. Il faut plutôt considérer les programmes sous forme de microplaquettes électroniques comme la réalisation d'un ensemble d'instructions en langage machine qui ont pour fonction de transmettre des données et d'accomplir d'autres opérations précises. Il faut considérer les microplaquettes électroniques comme des objets statiques qui portent des instructions écrites sous forme de codes plutôt qu'y voir un processus d'échange dynamique d'impulsions électriques. En conséquence, le programme incorporé dans les microplaquettes électroniques est protégé par le droit d'auteur et sa reproduction non autorisée est une violation du droit d'auteur.

Jurisprudence

Arrêt non suivi: *Computer Edge Pty. Ltd. v. Apple Computer, Inc.* (1986), 65 A.L.R. 33.

Lois et règlements cités

Loi sur le droit d'auteur, S.R.C. 1970, ch. C-30, art. 3(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1988] 1 C.F. 673, 44 D.L.R. (4th) 74,

81 N.R. 3, 18 C.P.R. (3d) 129, 16 C.I.P.R. 15, affirming a judgment of the Trial Division, [1987] 1 F.C. 173, 28 D.L.R. (4th) 178, 3 F.T.R. 118, 10 C.P.R. (3d) 1, 8 C.I.P.R. 153, allowing the respondent's action for copyright infringement. Appeal dismissed.

Robert H. C. MacFarlane, for the appellants.

Alfred Schorr, Ivor Hughes and Joseph Etigson, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CORY J.—The issue raised in this appeal is whether a computer program, originating in copy-rightable written form, continues to be protected by copyright when it is replicated in the circuitry of a silicon chip.

Factual Background

For the purposes of these reasons, a very brief summary of the facts will suffice.

The respondent, Apple Computer, Inc., is a manufacturer of computers and related products, including the Apple II+ computer. The appellants are manufacturers and vendors of Apple II+ "clones", that is to say, machines which can run the same programs as Apple II+ computers.

The respondent has held a registered copyright in two computer programs known as Autostart ROM and Applesoft since October 8, 1982. These programs are operating system programs for the Apple II+ computer. Without these programs or their equivalents, it is impossible to operate "applications" programs such as word processing, database or spreadsheets that are designed to run on the Apple II+ computer.

The Autostart ROM and Applesoft programs were originally written in a code of letters, symbols and figures known as assembly language. They were then converted into a form known as hexadecimal code, a shorthand version of the binary code of "0"s and "1"s representing the series of "on" and "off" instructions by which a computer is operated. The hexadecimal code is a substantial

81 N.R. 3, 18 C.P.R. (3d) 129, 16 C.I.P.R. 15, qui a confirmé la décision de la Section de première instance, [1987] 1 C.F. 173, 28 D.L.R. (4th) 178, 3 F.T.R. 118, 10 C.P.R. (3d) 1, 8 C.I.P.R. 153, qui accueillait l'action de l'intimée en violation de droit d'auteur. Pourvoi rejeté.

Robert H. C. MacFarlane, pour les appelants.

Alfred Schorr, Ivor Hughes et Joseph Etigson, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY—La question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si un programme d'ordinateur, dont la source écrite est susceptible de droit d'auteur, continue d'être protégé par le droit d'auteur quand il est reproduit dans les circuits d'une microplaquette électronique.

Les faits

Pour les fins des présents motifs, un très bref résumé des faits suffira.

L'intimée, Apple Computer, Inc., fabrique des ordinateurs et des produits connexes, dont l'ordinateur Apple II+. Les appelants sont des fabricants et des distributeurs de «clones» du Apple II+, c'est-à-dire des ordinateurs qui peuvent exécuter les mêmes programmes que l'Apple II+.

L'intimée est titulaire, depuis le 8 octobre 1982, d'un droit d'auteur enregistré sur deux programmes connus sous les noms d'Autostart ROM et d'Applesoft. Ce sont des programmes du système d'exploitation de l'ordinateur Apple II+. Sans ces programmes ou leurs équivalents, il est impossible d'exécuter les programmes d'application, comme les programmes de traitement de texte, de bases de données ou de chiffriers, conçus pour être utilisés sur l'ordinateur Apple II+.

Les programmes Autostart ROM et Applesoft ont d'abord été écrits en un code composé de lettres, de signes et de chiffres, appelé langage d'assemblage. Ils ont ensuite été convertis en un code appelé code hexadécimal, qui est une notation abrégée du code binaire composé de 0 et de 1 correspondant aux états «ouvert» et «fermé» des instructions qui font fonctionner l'ordinateur. Le

reproduction of the programs as written in the assembly language. Finally, these programs were etched into the glass of a silicon chip, creating a machine-readable pattern of "on" and "off" transistors which exactly duplicates the written binary code.

The individualized nature of a computer program was emphasized at trial by experts for both the appellants and the respondent. The trial judge observed that Professor Forbes J. Burkowski, who testified on behalf of the appellants, compared the possibility of two programmers creating identical programs without copying to the likelihood of a monkey sitting at a typewriter producing a Shakespearean sonnet. She noted that Professor James W. Graham, testifying on behalf of the respondent, stated that it would take four months for him, with the help of two students, to write programs to serve the same purpose as those in issue in this case.

By the use of a process known as "burning" the appellants copied the Autostart ROM and Applesoft programs embodied in the respondent's silicon chips. Subsequently, the respondent sued the appellants for copyright infringement, seeking an injunction, an accounting of profits and delivery up of the infringing materials containing copies or virtual copies of these programs.

The appellants admitted that the written assembly language versions of the programs are copyrightable and that the respondent owns the copyright in these programs. However, they argued that since they had copied only the silicon chip, and not the assembly program, they had not infringed the respondent's copyright.

The Decision at Trial

At all levels the arguments of the parties turned on the interpretation of s. 3(1) of the *Copyright Act*, R.S.C. 1970, c. C-30, the relevant sections of which provide:

3. (1) For the purposes of this Act, "copyright" means the sole right to produce or reproduce the work or

code hexadécimal reproduit en substance le programme écrit en langage d'assemblage. Enfin, ces programmes ont été gravés sur une microplaquette au silicium produisant une configuration des états «ouvert» et «fermé», lisible par l'appareil et dédoublant exactement ce qui est écrit en code binaire.

Les experts qui ont témoigné en première instance pour les appelants et l'intimée ont insisté sur l'individualité d'un programme d'ordinateur. Le juge de première instance a souligné que le professeur Forbes J. Burkowski, qui a témoigné pour les appelants, avait comparé la probabilité que, sans copier, deux programmeurs écrivent deux programmes identiques à la probabilité qu'un singe dactylographie un sonnet digne de Shakespeare. Le juge a signalé que le professeur James W. Graham, qui a témoigné pour l'intimée, a affirmé qu'il lui faudrait quatre mois de travail, avec l'aide de deux étudiants, pour écrire des programmes qui rempliraient les mêmes fins que les programmes en cause en l'espèce.

Grâce à un procédé de programmation de mémoire morte, les appelants ont copié les programmes Autostart ROM et Applesoft réalisés dans les microplaquettes de l'intimée. Par la suite, l'intimée a poursuivi les appelants pour violation de droit d'auteur et a demandé une injonction, une reddition de compte des profits et la remise des pièces comportant des copies ou des copies virtuelles de ces programmes.

Les appelants reconnaissent que les versions des programmes écrites en langage d'assemblage font valablement l'objet d'un droit d'auteur dont l'intimée est titulaire. Cependant, ils soutiennent que, puisqu'ils ont copié seulement les microplaquettes, et non les programmes en langage d'assemblage, ils n'ont pas porté atteinte au droit d'auteur de l'intimée.

La décision de première instance

Devant toutes les juridictions inférieures, les arguments des parties ont porté sur l'interprétation du par. 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*, S.R.C. 1970, ch. C-30, dont voici les dispositions pertinentes:

3. (1) Pour les fins de la présente loi, le «droit d'auteur» désigne le droit exclusif de produire ou de repro-

any substantial part thereof in any material form whatever . . . and includes the sole right

(a) to produce, reproduce, perform or publish any translation of the work;

(d) in the case of a literary, dramatic, or musical work, to make any record, perforated roll, cinematograph film, or other contrivance by means of which the work may be mechanically performed or delivered;

The reasons of Reed J. ([1987] 1 F.C. 173) are exemplary. She very carefully considered and reviewed in detail the complex and conflicting expert evidence. She accepted the testimony given on behalf of the respondent and concluded that the programs embedded in the silicon chip should be regarded as software rather than hardware. She found that the circuitry in the silicon chip was both a translation and an exact reproduction of the assembly language program. As a result of this finding, she held that the circuitry of the silicon chip was protected by copyright under s. 3(1) of the *Copyright Act*. She also noted that the computer program in chip form might be protected under s. 3(1)(d), which protects the copyright holder's right to make any contrivance by means of which the work may be mechanically performed or delivered. In addition, she rejected the appellants' contentions that the program embodied in the silicon chip represented a merger of idea and expression that could not be copyrighted or that it was a subject that was more appropriately regulated under patent law. In the result, Reed J. granted the injunction, ordered an accounting of profits and directed the appellants to deliver up all devices containing the program or copies of it.

The Federal Court of Appeal

The appellants' appeal to the Federal Court of Appeal was unanimously dismissed in three concurring judgments: [1988] 1 F.C. 673. Mahoney J. held that the programs embodied in the silicon

duire une œuvre, ou une partie importante de celle-ci, sous une forme matérielle quelconque, [...] ce droit comprend, en outre, le droit exclusif

a) de produire, reproduire, représenter ou publier une traduction de l'œuvre;

d) s'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique ou musicale, de confectionner toute empreinte, tout rouleau perforé, film cinématographique ou autres organes quelconques à l'aide desquels l'œuvre pourra être exécutée ou représentée ou débitée mécaniquement;

Les motifs du juge Reed ([1987] 1 C.F. 173) sont exemplaires. Elle a soigneusement examiné et analysé en détail les témoignages complexes et contradictoires des experts. Elle a accepté les dépositions faites pour le compte de l'intimée et conclu que les programmes incorporés dans les microplaquettes électroniques doivent être considérés comme du logiciel plutôt que du matériel. Elle a conclu que les circuits de la microplaquette électronique étaient à la fois une traduction et une reproduction exacte du programme en langage d'assemblage. En raison de cette conclusion, elle a statué que les circuits de la microplaquette électronique faisaient l'objet d'un droit d'auteur en vertu du par. 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Elle a aussi signalé qu'un programme d'ordinateur sous forme de microplaquette électronique pouvait faire l'objet d'une protection en vertu de l'al. 3(1)d), lequel protège le droit du titulaire de fabriquer tout organe permettant de représenter ou débiter l'œuvre mécaniquement. De plus, elle a rejeté la prétention des appelants que le programme incorporé dans la microplaquette électronique représentait une fusion de l'idée et de son expression qui ne pouvait faire l'objet d'un droit d'auteur et celle que la réglementation du programme relevait plutôt du droit des brevets. En définitive, le juge Reed a accordé l'injonction, ordonné une reddition de compte des profits et ordonné aux appelants de rendre toutes les pièces qui comportaient le programme ou une copie de celui-ci.

Arrêt de la Cour d'appel fédérale

La Cour d'appel fédérale, avec des motifs concordants des trois juges, a rejeté à l'unanimité l'appel interjeté par les appelants: [1988] 1 C.F. 673. Le juge Mahoney a statué que les program-

chips were reproductions rather than translations. Hugessen J. agreed that the silicon chips could not be translations, which he defined in the traditional sense as “the turning of something from one human language into another” (p. 691). However, he held that the *Copyright Act* gave the respondent the sole right to produce the means of reproducing a work and that the appellants had violated this right in copying the silicon chips. MacGuigan J. held that the silicon chips were either translations or reproductions and in either form were protected under s. 3(1).

Neither Mahoney nor MacGuigan JJ. found it necessary to resolve the issue as to whether the programs in the silicon chip form could also be regarded as contrivances pursuant to s. 3(1)(d) while Hugessen J. was of the opinion that the programs embedded in the chips could not be regarded as contrivances.

In their argument before the Federal Court of Appeal, the appellants relied in part on the decision of the High Court of Australia in *Computer Edge Pty. Ltd. v. Apple Computer, Inc.* (1986), 65 A.L.R. 33, released one week after Reed J.’s decision. In a virtually identical factual situation, the Australian High Court held that there had been no copyright infringement. A majority of the Australian court portrayed the silicon chip as a dynamic “sequence of electrical impulses” that could not be the subject of copyright. MacGuigan J., whose conclusions on this point were adopted by Mahoney J., declined to follow the Australian approach. He noted that the Australian decision reflected the differences which exist between Australian and Canadian copyright legislation. Further, he observed that it was contrary to Reed J.’s conclusion that the programs in chip form should be regarded as software rather than hardware, that

mes incorporés dans les microplaquettes étaient des reproductions plutôt que des traductions. Le juge Hugessen était aussi d’avis que les microplaquettes électroniques ne pouvaient être des traductions, qu’il a définies selon le sens traditionnel de «transposition dans une langue de quelque chose énoncé dans une autre langue» (p. 691). Cependant, il a conclu que la *Loi sur le droit d’auteur* donnait à l’intimée le droit exclusif de confectionner tout moyen de reproduire l’œuvre et que les appelants avaient enfreint ce droit en copiant les microplaquettes électroniques. Le juge MacGuigan a statué que les microplaquettes électroniques étaient soit des traductions soit des reproductions et que, sous l’une ou l’autre forme, elles étaient protégées en vertu du par. 3(1).

Ni le juge Mahoney, ni le juge MacGuigan n’ont jugé nécessaire de déterminer si les programmes sous forme de microplaquettes électroniques pouvaient également être considérés comme des organes au sens de l’al. 3(1)d), alors que le juge Hugessen était d’avis que les programmes inscrits sous forme de microplaquettes ne pouvaient être considérés comme des organes.

Dans leurs plaidoiries devant la Cour d’appel fédérale, les appelants ont étayé leur argumentation en partie sur l’arrêt de la High Court d’Australie *Computer Edge Pty. Ltd. v. Apple Computer, Inc.* (1986), 65 A.L.R. 33, rendu une semaine après la décision du juge Reed. Dans des circonstances presque identiques, la High Court d’Australie a conclu qu’il n’y avait pas eu atteinte au droit d’auteur. La cour australienne, à la majorité, a considéré les microplaquettes électroniques comme [TRADUCTION] «une séquence dynamique d’impulsions électriques» qui ne pouvait pas faire l’objet d’un droit d’auteur. Le juge MacGuigan a refusé d’adopter le point de vue de la cour australienne et le juge Mahoney a partagé son avis sur ce point. Il a souligné que cet arrêt traduit les différences qui existent entre les législations australienne et canadienne en matière de droit d’auteur. Il signale de plus que cette conclusion est contraire à celle du juge Reed selon laquelle il faut considérer les programmes sous forme de microplaquettes comme du logiciel plutôt que comme du matériel c.-à-d. comme une expression pouvant faire l’objet

is, copyrightable expression rather than electrical impulses. As he stated at p. 708:

In my view it is not necessary for this Court to decide whether, seen in a dynamic or process approach, the ROM chips are the subject of copyright. All that is necessary in the cases at bar is to note that such an approach is inconsistent with the findings of the Trial Judge, which were not successfully challenged.

Disposition

I agree with the conclusion reached by the trial judge and the Court of Appeal that the programs embodied in the silicon chip are protected under the *Copyright Act*. Indeed, there is little I can or would wish to add to Reed J.'s excellent reasons.

Like Reed J. and for the same reasons that were expressed by her, I am of the opinion that the programs embedded in the silicon chip are a reproduction of the programs in assembly language and as such are protected by copyright under s. 3(1) of the *Copyright Act*. In addition, I agree with her that these programs constitute a form of expression that is conceptually and functionally unique and cannot be regarded as a merger of idea and expression. Since the programs contained in the silicon chip are therefore protected under the Act, it is unnecessary for me to determine whether the silicon chips can be regarded as a translation under s. 3(1)(a) or a contrivance under s. 3(1)(d).

Finally, like MacGuigan J., I do not believe that the Australian *Computer Edge* decision should be applied in Canada. That decision characterizes the program embedded in the silicon chip in a manner which accords with the electrical processes that underlie its operation. Rather, the appropriate approach is to view the silicon chip program as embodying a set of instructions in machine code which are designed to move information and perform other specified tasks. I agree with MacGuigan J. that the silicon chip should be viewed as a static object encoded with written instructions

d'un droit d'auteur plutôt que des impulsions électriques. Voici ce qu'il dit à la p. 708:

J'estime qu'il n'est point nécessaire pour cette Cour de décider si, considérées sous un aspect dynamique ou selon la procédure dont elles assurent l'application, les microplaquettes ROM sont protégées par le droit d'auteur. Pour les fins des affaires en l'espèce, il est uniquement nécessaire de noter que le point de vue qui précède est incompatible avec les conclusions du juge de première instance, qui n'ont pas été contestées avec succès.

Dispositif

Je souscris à la conclusion à laquelle le juge de première instance et la Cour d'appel sont parvenues que les programmes incorporés dans les microplaquettes électroniques sont protégés en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*. En réalité, je ne puis ni ne voudrais ajouter grand chose aux excellents motifs du juge Reed.

Comme le juge Reed, et pour les mêmes motifs, je suis d'avis que les programmes incorporés dans les microplaquettes électroniques constituent une reproduction des programmes en langage d'assemblage et sont protégés sous cette forme par un droit d'auteur en vertu du par. 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Je suis aussi de son avis que ces programmes constituent une forme d'expression unique dans sa conception et sa fonction et qu'ils ne peuvent être considérés comme la fusion de l'idée et de son expression. Puisque les programmes contenus dans les microplaquettes électroniques sont donc protégés en vertu de la Loi, il est inutile que je décide si les microplaquettes électroniques peuvent être considérées comme une traduction au sens de l'al. 3(1)a) ou un organe au sens de l'al. 3(1)d).

Enfin, comme le juge MacGuigan, je ne crois pas que l'arrêt australien *Computer Edge* doive être suivi au Canada. Cet arrêt caractérise le programme incorporé dans une microplaquette électronique d'une manière qui l'assimile aux procédés électriques qui régissent son fonctionnement. Il faut plutôt considérer les programmes sous forme de microplaquettes électroniques comme la réalisation d'un ensemble d'instructions en langage machine qui ont pour fonction de transmettre des données et d'accomplir d'autres opérations précises. Je suis de l'avis du juge MacGuigan qu'il faut

rather than as constituting a dynamic interchange of electrical impulses. It follows that the program embodied in the silicon chip is properly subject to protection by copyright and the unauthorized copying of that program constitutes a violation of copyright.

Accordingly, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Fitzsimmons, MacFarlane, Toronto.

Solicitors for the respondent: Hughes, Etigson, Concord, Ontario.

considérer les microplaquettes électroniques comme des objets statiques qui portent des instructions écrites sous forme de codes plutôt qu'y voir un processus d'échange dynamique d'impulsions électriques. Par conséquent, le programme incorporé dans les microplaquettes électroniques est protégé par le droit d'auteur et sa reproduction non autorisée est une violation du droit d'auteur.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants: Fitzsimmons, MacFarlane, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Hughes, Etigson, Concord, Ontario.

The Minister of Employment and Immigration and the Secretary of State for External Affairs *Appellants*

v.

Debora Bhatnager *Respondent*

INDEXED AS: BHATNAGER v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION)

File No.: 20771.

1990: March 19; 1990: June 21.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Contempt of court — Ministers of Crown failing to comply with Federal Court's order requiring production of file within specified time — Order served on Ministers' solicitor but not on Ministers personally — Whether Ministers can be held liable in contempt — Whether Ministers vicariously liable — Federal Court Rules, C.R.C. 1978, c. 663, Rules 308, 311, 355.

The appellants were found guilty by the Federal Court of Appeal of contempt of court for disobeying an order of the Trial Division requiring them to direct their officials to produce a file by a specified date. The order was made in open court in the presence of counsel for the appellants and, a few days later, the formal order was served on the appellants' solicitor. There was no evidence, however, that the order was served personally on the Ministers, or that they were informed of its existence. In this Court, the appellants contended that since there was no evidence that they had been informed of the existence of the order, they could not be held liable in contempt for disobedience of the order. The onus of proof was on the party alleging contempt, and that onus had not been discharged. The respondent, on the other hand, contended that service of the order on the appellants' solicitor gave rise to a rebuttable presumption of actual knowledge, or at least shifted the evidentiary burden to the appellants. Since they led no evidence concerning their knowledge or lack of knowledge, the presumption created by service operated to fix them with knowledge. This appeal is to determine (1) whether acceptance of service of the order by the solicitor for the appellants is sufficient knowledge of the order on their part to found liability in contempt; and (2)

Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration et le secrétaire d'État aux Affaires extérieures *Appellants*

^a c.

Debora Bhatnager *Intimée*

RÉPERTORIÉ: BHATNAGER c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION)

^b N° du greffe: 20771.

1990: 19 mars; 1990: 21 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

^d *Outrage au tribunal — Défaut de ministres de la Couronne de se conformer à une ordonnance de la Cour fédérale exigeant la production d'un dossier dans un délai précis — Ordonnance signifiée au procureur des ministres mais pas aux ministres eux-mêmes — Les ministres peuvent-ils être tenus responsables pour outrage au tribunal? — Les ministres sont-ils responsables du fait d'autrui? — Règles de la Cour fédérale, C.R.C. 1978, ch. 663, Règles 308, 311, 355.*

^e Les appelants ont été déclarés coupables d'outrage au tribunal par la Cour d'appel fédérale pour avoir désobéi à une ordonnance de la Section de première instance exigeant qu'ils ordonnent à leurs fonctionnaires de produire un dossier avant une date précise. L'ordonnance a été rendue à l'audience en présence de l'avocat des appelants et, quelques jours plus tard, l'ordonnance formelle a été signifiée au procureur des appelants. Toutefois, rien n'indique que l'ordonnance ait été signifiée à personne aux ministres ou qu'ils aient été informés de son existence. Devant notre Cour, les appelants ont soutenu que, étant donné que rien dans la preuve n'indiquait qu'ils avaient été informés de l'existence de l'ordonnance, ils ne pouvaient pas être déclarés coupables d'outrage au tribunal pour avoir désobéi à l'ordonnance. La partie qui allègue l'outrage au tribunal était tenue d'en faire la preuve et ne s'est pas acquittée de ce fardeau. Par ailleurs, l'intimée a soutenu que la signification de l'ordonnance au procureur des appelants donnait lieu à une présomption simple de connaissance réelle ou du moins déplaçait le fardeau de la preuve pour l'imposer aux appelants. Étant donné que les appelants n'ont présenté aucun élément de preuve concernant la connaissance ou l'absence de connaissance, la présomption créée par la signification joue pour leur attribuer la

whether the doctrine of vicarious liability applies in proceedings for contempt of court brought against individuals.

Held: The appeal should be allowed.

An allegation of contempt of court is criminal (or at least quasi-criminal) in character. It is necessary, therefore, that the constituent elements of contempt be proved by the party alleging contempt beyond a reasonable doubt. In this case, the appellants cannot, at common law, be held liable in contempt since there was no evidence that they had knowledge of the order alleged to have been breached. The common law has always required personal service or actual personal knowledge of the court order as a precondition to liability in contempt.

The service of the order upon the appellants' solicitor did not fix the appellants with actual knowledge of the order. While a finding of knowledge on the part of the client may in some circumstances be inferred from the fact that the solicitor was informed, in order to infer such knowledge in the case of ministers of the Crown, who administer large departments and are involved in a multiplicity of proceedings, there must be circumstances which reveal a special reason for bringing the order to their attention. Inference of knowledge will always be available where facts capable of supporting the inference are proved.

Further, the *Federal Court Rules*, which permit service of an order of the court on a party's solicitor of record, cannot be interpreted so as to fix the appellants with knowledge of the order for the purposes of grounding a finding of contempt. These Rules define what is effective service for the purposes of the expeditious conduct of litigation in the Federal Court and do not purport to detract from the elements necessary to establish contempt. The principle of imputation of knowledge should not apply in the criminal or quasi-criminal context of a contempt prosecution in the absence of express legislative language to the contrary. The *Federal Court Rules* do not contain such language.

Finally, the appellants cannot be held liable for contempt of court under the doctrine of vicarious liability or

connaissance. Le présent pourvoi a pour but de déterminer (1) si l'acceptation de la signification de l'ordonnance par le procureur des appelants constitue à leur égard une connaissance suffisante de l'ordonnance pour justifier une conclusion d'outrage au tribunal; et (2) si la doctrine de la responsabilité du fait d'autrui s'applique dans des procédures en matière d'outrage au tribunal engagées contre des personnes.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Une allégation d'outrage au tribunal a une dimension criminelle (ou du moins quasi criminelle). Par conséquent, il est nécessaire que les éléments constitutifs de l'outrage soient démontrés hors de tout doute raisonnable par la partie qui allègue l'outrage au tribunal. En l'espèce, les appelants ne peuvent, en common law, être tenus responsables d'outrage au tribunal étant donné qu'aucun élément de preuve n'indique qu'ils ont eu connaissance de l'ordonnance dont on allègue la violation. La common law a toujours exigé la signification à personne ou la connaissance personnelle réelle de l'ordonnance d'un tribunal comme condition préalable à la responsabilité pour outrage au tribunal.

La signification de l'ordonnance au procureur des appelants ne permet pas de leur attribuer une connaissance réelle de l'ordonnance. Dans certaines circonstances, le fait que le procureur en ait été informé permet d'inférer que le client a la connaissance requise, mais pour inférer la connaissance dans le cas de ministres de la Couronne, qui gèrent des grands ministères et qui sont engagés dans un grand nombre de procédures, il doit exister des circonstances qui indiquent une raison spéciale pour avoir porté l'ordonnance à leur attention. On peut toujours inférer la connaissance lorsque les faits permettant d'appuyer cette inférence sont prouvés.

En outre, les *Règles de la Cour fédérale* qui permettent la signification d'une ordonnance de la cour au procureur d'une partie inscrit au dossier ne peuvent non plus être interprétées de manière à attribuer aux appelants la connaissance de l'ordonnance pour fonder une déclaration d'outrage au tribunal. Ces règles définissent les modes de signification aux fins du règlement rapide des litiges soumis à la Cour fédérale et ne visent pas à écarter les éléments nécessaires pour établir l'outrage au tribunal. Le principe d'attribution de la connaissance ne devrait pas s'appliquer dans le contexte pénal ou quasi pénal d'une poursuite pour outrage au tribunal en l'absence de texte législatif expressément contraire. Les *Règles de la Cour fédérale* ne contiennent pas ce genre de texte.

Finalement, les appelants ne peuvent être tenus responsables d'outrage au tribunal en vertu de la doctrine

the sub-doctrines of delegation and identification. First, given the premise that liability in contempt is essentially criminal liability, vicarious liability has no application to contempt proceedings as such liability is unknown to criminal law. Second, the principle of delegation, according to which an individual may be held liable for the acts of his delegate, applies only to cases in which the delegator is under a specific statutory duty that has been contravened by the delegate. The appellants were under no analogous duty in this case. Third, the theory of identification, according to which a corporation may be held criminally liable for the acts of the directing mind of the corporation, is inapplicable to natural persons.

Cases Cited

Referred to: *Poje v. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 S.C.R. 516; *In re Bramblevale Ltd.*, [1970] Ch. 128; *Kimpton v. Eve* (1813), 2 V. & B. 349, 35 E.R. 352; *Ex parte Langley* (1879), 13 Ch. D. 110; *Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. v. Cutter (Canada), Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 388; *Avery v. Andrews* (1882), 51 L.J. Ch. 414; *Re Gordon MacKay & Co. and Dominion Rubber Co.*, [1946] 3 D.L.R. 422; *Bank of British North America v. St. John & Quebec R. Co.* (1920), 52 D.L.R. 557 (N.B.C.A.), aff'd (1921), 62 S.C.R. 346; *Re Botiuk and Collision* (1979), 26 O.R. (2d) 580; *Re National Trust Co. and Bouckhuys* (1987), 61 O.R. (2d) 640; *Allen v. Whitehead*, [1930] 1 K.B. 211; *Canadian Dredge & Dock Co. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 662; *R. v. Stevanovich* (1983), 7 C.C.C. (3d) 307; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Burt*, [1988] 1 W.W.R. 385.

Statutes and Regulations Cited

Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10 [now R.S.C., 1985, c. F-7], ss. 46, 52.
Federal Court Rules, C.R.C. 1978, c. 663, Rules 308, 311(1), (2), 355(2), (4).

Authors Cited

Mewett, Alan W. and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1988] 1 F.C. 171, 46 D.L.R. (4th) 1, 82 N.R. 360, 30 Admin. L.R. 104, reversing a judgment of the Trial Division, [1986] 2 F.C. 3, 24 D.L.R. (4th) 111, 2 F.T.R. 18. Appeal allowed.

de la responsabilité du fait d'autrui ou des sous-doctrines de la délégation et de l'identification. Premièrement, compte tenu de la prémisse que la responsabilité en matière d'outrage au tribunal est essentiellement une responsabilité criminelle, la responsabilité du fait d'autrui ne s'applique pas aux procédures en matière d'outrage au tribunal car ce type de responsabilité est inconnue en droit criminel. Deuxièmement, le principe de la délégation, selon lequel une personne peut être tenue responsable des actes de son délégué ne s'applique que dans les cas où la personne qui délègue est assujettie à une obligation légale précise qui a été violée par le délégué. En l'espèce, les appelants n'étaient pas assujettis à une obligation analogue. Troisièmement, la théorie de l'identification, selon laquelle une société peut être tenue responsable au criminel des actes de son âme dirigeante, ne s'applique pas à des personnes physiques.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Poje v. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 R.C.S. 516; *In re Bramblevale Ltd.*, [1970] Ch. 128; *Kimpton v. Eve* (1813), 2 V. & B. 349, 35 E.R. 352; *Ex parte Langley* (1879), 13 Ch. D. 110; *Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. v. Cutter (Canada), Ltd.*, [1983] 2 R.C.S. 388; *Avery v. Andrews* (1882), 51 L.J. Ch. 414; *Re Gordon MacKay & Co. and Dominion Rubber Co.*, [1946] 3 D.L.R. 422; *Bank of British North America v. St. John & Quebec R. Co.* (1920), 52 D.L.R. 557 (C.A.N.-B.), conf. (1921), 62 R.C.S. 346; *Re Botiuk and Collision* (1979), 26 O.R. (2d) 580; *Re National Trust Co. and Bouckhuys* (1987), 61 O.R. (2d) 640; *Allen v. Whitehead*, [1930] 1 K.B. 211; *Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662; *R. v. Stevanovich* (1983), 7 C.C.C. (3d) 307; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. v. Burt*, [1988] 1 W.W.R. 385.

Lois et règlements cités

Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10 [maintenant L.R.C. (1985), ch. F-7], art. 46, 52.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C. 1978, ch. 663, Règles 308, 311(1), (2), 355(2), (4).

Doctrine citée

Mewett, Alan W. and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1988] 1 C.F. 171, 46 D.L.R. (4th) 1, 82 N.R. 360, 30 Admin. L.R. 104, qui a infirmé un jugement de la Section de première instance, [1986] 2 C.F. 3, 24 D.L.R. (4th) 111, 2 F.T.R. 18. Pourvoi accueilli.

Harold Veale, Q.C., and Eric Bowie, Q.C., for the appellants.

Clayton Ruby and Michael Code, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—This appeal is from the decision of the Federal Court of Appeal which reversed the judgment of the Trial Division and found the appellant Ministers guilty of contempt of court for disobeying an order of the Federal Court. The principal issue is whether acceptance of service of the order by the solicitor for the Ministers is sufficient knowledge of the order on their part to found liability in contempt.

The Facts

The respondent Bhatnager, a Canadian citizen living in Canada, filed a notice of motion in the Federal Court of Canada on June 5, 1985, seeking a writ of mandamus to compel the appellant Minister of Employment and Immigration to order her officers to process the application for permanent residence in Canada of the respondent's husband, an Indian citizen living in India. There had, to that time, been a delay of almost five years in the processing of the respondent's husband's application.

Prior to the hearing of the respondent's motion, an affidavit of Mr. Lou Ditosto, an immigration officer, was filed on behalf of the Minister. On July 11, 1985, in the course of cross-examination on that affidavit, counsel for the Minister agreed to produce the Ministry's New Delhi file concerning Mr. Bhatnager's application for admission, for the purposes of cross-examination. The hearing of the respondent's mandamus application was adjourned to September 3, 1985.

Several telexes were sent by Ministry officials to the New Delhi office requesting the file, but over a month passed with no sign of it. The respondent brought two motions: first, for an order that the Secretary of State for External Affairs be added as a party respondent to her application for man-

Harold Veale, c.r., et Eric Bowie, c.r., pour les appellants.

Clayton Ruby et Michael Code, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA—Le présent pourvoi vise l'arrêt de la Cour d'appel fédérale qui a infirmé le jugement de la Section de première instance et déclaré les ministres appelants coupables d'outrage au tribunal pour avoir désobéi à une ordonnance de la Cour fédérale. La principale question est de savoir si l'acceptation de la signification de l'ordonnance par l'avocat des ministres constitue à leur égard une connaissance suffisante de l'ordonnance pour justifier une conclusion d'outrage au tribunal.

Les faits

L'intimée Bhatnager, une citoyenne canadienne vivant au Canada, a déposé un avis de requête devant la Cour fédérale du Canada le 5 juin 1985, en vue d'obtenir un bref de *mandamus* pour enjoindre le ministre de l'Emploi et de l'Immigration, appelante, d'ordonner à ses préposés de traiter la demande de résidence permanente au Canada de son mari, un citoyen indien vivant en Inde. Il y avait eu, à ce moment-là, un retard de près de cinq ans dans le traitement de la demande du mari de l'intimée.

Avant l'audition de la requête de l'intimée, l'affidavit d'un agent d'immigration, M. Lou Ditosto, a été déposé au nom du ministre. Le 11 juillet 1985, au cours du contre-interrogatoire sur cet affidavit, l'avocat du ministre a accepté de produire le dossier du ministère à New Delhi concernant la demande d'admission de M. Bhatnager, aux fins du contre-interrogatoire. L'audition de la demande de *mandamus* de l'intimée a été reportée au 3 septembre 1985.

Les fonctionnaires du ministère ont envoyé plusieurs télex au bureau de New Delhi pour demander le dossier, mais après plus d'un mois ils ne l'avaient pas reçu. L'intimée a présenté deux requêtes: la première, en vue d'obtenir une ordonnance ajoutant le secrétaire d'État aux Affaires

damus, because overseas visa officers are his employees; and second, for an order for production of the New Delhi file. Associate Chief Justice Jerome of the Federal Court, Trial Division, acceded to both motions, and issued an order on August 15, 1985, in open court, and in the presence of counsel for the appellants. The relevant part of the formal order reads as follows:

... THAT the [appellants] direct their officials to produce the file or a copy of the file relating to the [respondent], Debora Bhatnager and her husband, Ajay Kant Bhatnager, from the Canadian High Commission in New Delhi, India, to Lou Ditosto, an Immigration Officer of the [appellants], so that the [respondent] may complete cross examination on the affidavits filed herein, forthwith and in time for the scheduled hearing of this matter of September 3, 1985.

On August 20, 1985, a copy of the order of August 15 was served on the appellants' solicitor by the respondent's solicitor. There is, however, no evidence that the order was served on either of the appellants, or that they were ever informed of its existence.

On August 26, 1985, counsel for the parties agreed to continue the cross-examination of the appellants' representative on August 29, on the assumption that the file or a copy of it would be available by that date. Counsel for the respondent received what purported to be a copy of the file on August 27, but in the course of the cross-examination it was discovered that several relevant documents were missing. In the meantime, the original file had arrived in Ottawa by diplomatic bag, on August 28. For some reasons which were not explained in evidence, the file did not arrive in Toronto until the morning of Friday, August 30, 1985—the last business day before the hearing of the respondent's application for mandamus.

The respondent's application for mandamus was heard by Strayer J. commencing on September 3, 1985. During the hearing of the application, counsel for the respondent argued that a show cause order ought to issue against the appellants in relation to their alleged failure to comply with the

extérieures comme partie intimée dans sa demande de *mandamus*, parce que les agents des visas à l'étranger sont ses employés; et la deuxième, en vue d'obtenir une ordonnance de production du dossier de New Delhi. Le juge en chef adjoint Jerome de la Cour fédérale, Section de première instance, a fait droit aux deux requêtes et a rendu une ordonnance le 15 août 1985, à l'audience, en présence de l'avocat des appelants. Voici la partie pertinente de l'ordonnance formelle:

[TRADUCTION] ... QUE les [appelants] ordonnent à leurs fonctionnaires de remettre à Lou Ditosto, un agent d'immigration des [appelants], l'original ou une copie du dossier concernant [l'intimée], Debora Bhatnager, et son mari, Ajay Kant Bhatnager, qui se trouve en la possession du Haut-Commissariat du Canada à New Delhi (Inde), afin de permettre à [l'intimée] de compléter son contre-interrogatoire sur les affidavits déposés en l'espèce, et ce, sans délai et à temps pour l'audition de cette affaire prévue pour le 3 septembre 1985.

Le 20 août 1985, une copie de l'ordonnance du 15 août a été signifiée au procureur des appelants par le procureur de l'intimée. Toutefois, rien n'indique que l'ordonnance ait été signifiée à l'un ou l'autre des appelants ou qu'ils aient été informés de son existence.

Le 26 août 1985, les avocats des parties ont convenu de poursuivre le contre-interrogatoire du représentant des appelants le 29 août, présumant que le dossier ou une copie de celui-ci serait disponible à cette date. L'avocat de l'intimée a reçu le 27 août ce qui était censé être une copie du dossier mais, au cours du contre-interrogatoire, on a découvert qu'il manquait plusieurs documents pertinents. Entre-temps, le 28 août, l'original du dossier était arrivé à Ottawa par valise diplomatique. Pour certaines raisons qui n'ont pas été expliquées dans la preuve, le dossier n'est arrivé à Toronto que dans la matinée du vendredi 30 août 1985—le dernier jour ouvrable avant l'audition de la demande de *mandamus* de l'intimée.

Le 3 septembre 1985, le juge Strayer a commencé l'audition de la demande de *mandamus* de l'intimée. Au cours de l'audience, l'avocat de l'intimée a soutenu qu'il y avait lieu de prononcer une ordonnance contre les appelants pour qu'ils justifient leur défaut de se conformer à l'ordonnance

order of August 15. Strayer J. agreed, and the show cause order issued on October 4, 1985. Shortly thereafter, Strayer J. granted the order of mandamus with reasons dated October 15, 1985. The show cause hearing commenced on December 5, 1985, and in reasons dated December 20, 1985, Strayer J. held that the allegations of contempt against the appellants had not been made out.

The Judgments Below

Strayer J. ([1986] 2 F.C. 3) held first that, in his view, the spirit of the order of August 15 had not been obeyed by the responsible officials in the two departments involved. He was of the view that the order required that effective directions be given to ensure that the file arrive in Toronto at least by the beginning of the week preceding September 3, 1985.

On the question of the appellants' personal responsibility for the failure to comply with the August 15 order, Strayer J. held that the common law requires actual personal knowledge of the order. Such knowledge could be proved by evidence of personal service or of the acquisition of knowledge by some other means. There was nothing in this case showing that the appellants ever had personal knowledge of the order and therefore they could not be personally responsible for having failed to carry out the order. Strayer J. rejected the argument that the provisions in the *Federal Court Rules*, C.R.C. 1978, c. 663, that permit service of an order of the court on a party's solicitor of record operate to fix a party with knowledge of the order for the purposes of grounding a finding of contempt.

Strayer J. concluded by rejecting the present respondent's arguments that the appellants are vicariously liable for the contempt of court committed by their employees. Strayer J. took the view that no analogy could be drawn between the appellants and a "corporation sole", and that the more appropriate analogy was the situation of a minister

du 15 août. Le juge Strayer a accepté et l'ordonnance de justification a été rendue le 4 octobre 1985. Peu après, le juge Strayer a prononcé l'ordonnance de *mandamus* dont les motifs sont datés du 15 octobre 1985. L'audience de justification a commencé le 5 décembre 1985 et, dans ses motifs datés du 20 décembre 1985, le juge Strayer a conclu que les allégations d'outrage au tribunal visant les appelants n'avaient pas été prouvées.

Les jugements des juridictions inférieures

Le juge Strayer ([1986] 2 C.F. 3) a conclu d'abord que, à son avis, les fonctionnaires responsables des deux ministères visés n'avaient pas respecté l'esprit de l'ordonnance du 15 août. Il a exprimé l'avis que l'ordonnance exigeait que des directives précises soient données pour assurer que le dossier parvienne à Toronto au plus tard au début de la semaine précédant le 3 septembre 1985.

Quant à la question de la responsabilité personnelle des appelants à l'égard du défaut de se conformer à l'ordonnance du 15 août, le juge Strayer a conclu que la common law exige une connaissance personnelle réelle de l'ordonnance. Une telle connaissance pourrait être démontrée par la preuve de la signification à personne ou par la preuve que l'ordonnance a été portée à leur attention d'une autre façon. Rien dans cette affaire ne démontrait que les appelants avaient eu personnellement connaissance de l'ordonnance et, par conséquent, ils ne pouvaient être tenus personnellement responsables de ne pas avoir respecté l'ordonnance. Le juge Strayer a rejeté l'argument que les dispositions des *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C. 1978, ch. 663, qui autorisent la signification d'une ordonnance de la cour au procureur inscrit au dossier, suffisent pour établir qu'une partie a eu connaissance de l'ordonnance, en vue d'appuyer une déclaration d'outrage au tribunal.

Le juge Strayer a conclu en rejetant les arguments de la présente intimée que les appelants sont responsables du fait d'autrui pour l'outrage au tribunal commis par leurs employés. Le juge Strayer a adopté la position qu'aucune analogie ne pouvait être faite entre les appelants et une «personne morale d'un seul membre», et que l'analogie

of the Crown whose employee commits a tort: such a minister is not vicariously liable for the tort.

The Federal Court of Appeal unanimously allowed the present respondent's appeal from the judgment of Strayer J.: [1988] 1 F.C. 171. Urie J., speaking for the court, held that Strayer J. had erred in considering common law principles on the requirements for a finding of contempt in the face of clear provisions in the *Federal Court Rules*. Urie J. took the view that the Rules are "a comprehensive code for the manner in which notice of court orders is to be effected". Urie J. stated, at p. 185:

On the evidence there can be no doubt that those Rules were fully complied with in this case so that both the pronouncement of the order in open court in the presence of the duly authorized representative of the [appellants], and its subsequent service on him, constituted notice to them as surely as if they had been personally present and served therewith.

Urie J. proceeded to consider whether the allegation of contempt had been substantiated. Exercising the power granted by s. 52 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10 (now R.S.C., 1985, c. F-7), to the Federal Court of Appeal to render the decision which the Trial Division ought to have given, the court held that Strayer J.'s findings of fact amply established that the acts for which the appellants were to be held responsible were contumacious in character.

The matter was remitted to Strayer J. for the assessment of penalty. In an order dated March 30, 1988, Strayer J. imposed no penalty upon the appellants apart from an award of costs to the respondent on a solicitor and client basis.

The Issues

The parties have raised the following issues:

1. Whether the appellants can be found guilty of contempt of court based on their alleged failure to comply with the Associate Chief Justice's

qui conviendrait le mieux serait la situation d'un ministre de la Couronne dont le préposé a commis un délit: dans ce cas le ministre n'est pas responsable du fait de son préposé.

^a La Cour d'appel fédérale, à l'unanimité, a accueilli l'appel de l'intimée en l'espèce contre le jugement du juge Strayer: [1988] 1 C.F. 171. Le juge Urie, au nom de la cour, a conclu que le juge Strayer avait commis une erreur en s'inspirant des principes de common law sur les exigences relatives à une conclusion d'outrage au tribunal alors que les dispositions des *Règles de la Cour fédérale* étaient claires. Le juge Urie estime que les Règles constituent «un code complet des modalités propres à la notification des ordonnances de la Cour» et dit à la p. 185:

^b Selon la preuve, il ne fait aucun doute qu'il a été entièrement satisfait en l'espèce aux Règles concernées, de sorte que le prononcé de l'ordonnance en séance publique en présence du représentant dûment autorisé des [appellants], et sa signification postérieure à ce dernier, constituaient un avis donné aux intimés tout autant que s'ils avaient été personnellement présents et que l'ordonnance leur avait été signifiée.

^c Le juge Urie a ensuite examiné la question de savoir si l'allégation d'outrage au tribunal avait été démontrée. Exerçant le pouvoir que lui accorde l'art. 52 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10 (maintenant L.R.C. (1985), ch. F-7), de rendre la décision que la Section de première instance aurait dû rendre, la Cour d'appel fédérale a jugé que les conclusions de fait du juge Strayer établissaient d'une manière suffisante que les actes dont les ministres devaient être responsables tenaient de la désobéissance.

^d L'affaire a été renvoyée devant le juge Strayer pour qu'il détermine la peine. Dans une ordonnance datée du 30 mars 1988, le juge Strayer n'a pas imposé de peine aux appelants, sauf l'attribution des dépens à l'intimée sur la base procureur-client.

Les questions en litige

Les parties ont soulevé les questions suivantes:

1. Les appelants peuvent-ils être déclarés coupables d'outrage au tribunal sur le fondement du défaut allégué de se conformer à l'ordonnance

order where there is no evidence that they had actual knowledge of the order but the order was served on the solicitor for the appellants.

2. Whether the *Federal Court Rules* are to be interpreted so as to fix the appellants with personal knowledge of the order of the Associate Chief Justice by reason of service of it on the solicitor for the appellants.
3. Whether the doctrine of vicarious liability applies in proceedings for contempt of court brought against an individual, and whether the appellant Ministers of the Crown are vicariously liable for the contumacious conduct of their officials.
4. Whether the principle of vicarious liability, or, in the event of an affirmative answer to issue 2, the *Federal Court Rules* are inconsistent with ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

I find that it is necessary to deal only with issues 1, 2 and 3.

Actual Knowledge

It is well to remember at the outset that an allegation of contempt of court is a matter of criminal (or at least quasi-criminal) dimension: see *Poje v. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 S.C.R. 516, per Kellock J., at pp. 517-18; and *In re Bramblevale Ltd.*, [1970] Ch. 128 (C.A.), per Lord Denning, M.R., at p. 137. In the present case, a finding of guilt could have subjected the appellants to a fine of as much as \$5,000 and the possibility of imprisonment to a maximum of one year: see Rule 355(2). It is necessary, therefore, that the constituent elements of contempt be proved against the appellants, and proved beyond a reasonable doubt.

The element at issue in the present case is the common law requirement of knowledge of the order alleged to have been breached. The appellants contend that since there was no evidence that

du Juge en chef adjoint lorsqu'aucun élément de preuve n'indique qu'ils avaient réellement eu connaissance de l'ordonnance mais que l'ordonnance a été signifiée au procureur des appelants?

a

2. Les *Règles de la Cour fédérale* doivent-elles être interprétées de manière à attribuer aux appelants une connaissance personnelle de l'ordonnance du Juge en chef adjoint en raison de sa signification au procureur des appelants?
3. La doctrine de la responsabilité du fait d'autrui s'applique-t-elle dans des procédures en matière d'outrage au tribunal engagées contre une personne, et les ministres de la Couronne appelants sont-ils responsables du fait d'autrui à l'égard des actes de désobéissance de leurs fonctionnaires?
4. Le principe de la responsabilité du fait d'autrui ou, dans le cas d'une réponse affirmative à la question 2, les *Règles de la Cour fédérale* sont-ils incompatibles avec l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

d

e

À mon avis, seules les questions 1, 2 et 3 demandent à être examinées.

f La connaissance réelle

Tout d'abord, il convient de se rappeler qu'une allégation d'outrage au tribunal a une dimension criminelle (ou du moins quasi criminelle): voir *Poje v. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 R.C.S. 516, le juge Kellock, aux pp. 517 et 518; et *In re Bramblevale Ltd.*, [1970] Ch. 128 (C.A.), le maître des rôles, lord Denning, à la p. 137. En l'espèce, une déclaration de culpabilité aurait pu assujettir les appelants à une amende d'au plus 5 000 \$ et à la possibilité d'une peine d'emprisonnement maximale d'un an: voir la Règle 355(2). Par conséquent, il est nécessaire que les éléments constitutifs de l'outrage soient démontrés contre les appelants et soient prouvés hors de tout doute raisonnable.

i

Le litige porte sur l'exigence de common law de la connaissance de l'ordonnance dont on allègue la violation. Les appelants soutiennent que, vu l'absence de preuve qu'ils ont été informés de l'exis-

j

they had been informed of the existence or content of the order of August 15, they could not, as a matter of law, be held liable in contempt for disobedience of the order. The onus of proof is on the party alleging contempt, and that onus has not been discharged. The respondent, on the other hand, contends that service of the order on the appellants' solicitor gives rise to a rebuttable presumption of actual knowledge, or at least shifts the evidentiary burden to the appellants—on the footing that the natural inference to be drawn from service on a party's solicitor is that the solicitor will have informed the party of the order. The appellants led no evidence concerning their knowledge or lack of knowledge, and so, the argument goes, the presumption created by service operates to fix them with knowledge.

On the cases, there can be no doubt that the common law has always required personal service or actual personal knowledge of a court order as a precondition to liability in contempt. Almost two centuries ago, in *Kimpton v. Eve* (1813), 2 V. & B. 349, 35 E.R. 352, Lord Chancellor Eldon held that a party could not be held liable in contempt in the face of uncontradicted evidence that he or she had no knowledge of the order. In *Ex parte Langley* (1879), 13 Ch. D. 110 (C.A.), Thesiger L.J. stated the principle as follows, at p. 119:

... the question in each case, and depending upon the particular circumstances of the case, must be, was there or was there not such a notice given to the person who is charged with contempt of Court that you can infer from the facts that he had notice in fact of the order which had been made? And, in a matter of this kind, bearing in mind that the liberty of the subject is to be affected, I think that those who assert that there was such a notice ought to prove it beyond reasonable doubt.

More recently, this Court adverted to the knowledge requirement in contempt in *Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. v. Cutter (Canada), Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 388, per Dickson J. (as he then was), at pp. 396-97.

tence ou du contenu de l'ordonnance du 15 août, ils ne peuvent pas, en droit, être déclarés coupables d'outrage au tribunal pour avoir désobéi à l'ordonnance. La partie qui allègue l'outrage au tribunal est tenue d'en faire la preuve et, en l'espèce, ne s'est pas acquittée de ce fardeau. Par ailleurs, l'intimée soutient que la signification de l'ordonnance au procureur des appelants donne lieu à une présomption simple de connaissance réelle ou du moins déplace le fardeau de la preuve pour l'imposer aux appelants—pour la raison qu'on peut naturellement déduire de la signification au procureur d'une partie que celui-ci aura informé son client de l'ordonnance. Les appelants n'ont présenté aucun élément de preuve sur le point de savoir s'ils ont eu connaissance ou non de l'ordonnance et, selon l'argument, la présomption créée par la signification joue donc pour leur en attribuer la connaissance.

D'après la jurisprudence, il n'y a aucun doute que la common law a toujours exigé la signification à personne ou la connaissance personnelle réelle de l'ordonnance d'un tribunal comme condition préalable à la responsabilité pour outrage au tribunal. Il y a près de deux siècles, dans l'arrêt *Kimpton v. Eve* (1813), 2 V. & B. 349, 35 E.R. 352, le lord chancelier Eldon a conclu qu'une partie ne pouvait être tenue responsable d'outrage au tribunal compte tenu de la preuve non contestée qu'elle n'avait jamais eu connaissance de l'ordonnance. Dans l'arrêt *Ex parte Langley* (1879), 13 Ch. D. 110 (C.A.), le lord juge Thesiger a énoncé le principe suivant à la p. 119:

[TRADUCTION] ... la question dans chaque cas, et selon les circonstances particulières de l'affaire, doit être: y a-t-il eu un avis donné à la personne accusée d'outrage au tribunal qui permette de déduire des faits qu'elle a effectivement reçu un avis de l'ordonnance qui avait été rendue? Et dans une affaire de ce genre, compte tenu du fait qu'il peut y avoir atteinte à la liberté de la personne, je suis d'avis que ceux qui affirment qu'il y a eu un tel avis sont tenus de le démontrer hors de tout doute raisonnable.

Plus récemment, notre Cour a examiné l'exigence en matière de connaissance, relativement à l'outrage au tribunal, dans l'arrêt *Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. c. Cutter (Canada), Ltd.*, [1983] 2 R.C.S. 388, le juge Dickson (maintenant Juge en chef), aux pp. 396 et 397.

This lengthy history of a strict requirement at common law that the party alleging contempt must prove actual knowledge on the part of the alleged contemnor is inconsistent with the submission that a rebuttable presumption arises in every case upon service of the order on the solicitor. In my opinion, a finding of knowledge on the part of the client may in some circumstances be inferred from the fact that the solicitor was informed. Indeed, in the ordinary case in which a party is involved in isolated pieces of litigation, the inference may readily be drawn. In the case of Ministers of the Crown who administer large departments and are involved in a multiplicity of proceedings, it would be extraordinary if orders were brought, routinely, to their attention. In order to infer knowledge in such a case, there must be circumstances which reveal a special reason for bringing the order to the attention of the Minister. Knowledge is in most cases (including criminal cases) proved circumstantially, and in contempt cases the inference of knowledge will always be available where facts capable of supporting the inference are proved: see *Avery v. Andrews* (1882), 51 L.J. Ch. 414.

This does not mean that Ministers will be able to hide behind their lawyers so as to flout orders of the court. Any instructions to the effect that the Minister is to be kept ignorant may attract liability on the basis of the doctrine of wilful blindness. Furthermore, the fact that a Minister cannot be confident in any given case that the inference will not be drawn will serve as a sufficient incentive to see to it that officials are impressed with the importance of complying with court orders.

Applying the foregoing to this case, it is plain that Strayer J. did not infer knowledge on the part of the Ministers in the circumstances; nor did the Court of Appeal. Indeed, for reasons which I shall address shortly, Urie J. imputed the requisite knowledge to the appellants in such a way that even conclusive proof of an absence of knowledge on their part would not have availed. There is, therefore, no finding of fact on the record that the appellants had knowledge of the order of August

Cette longue histoire d'une exigence stricte en common law imposant à la partie qui allègue l'outrage de démontrer la connaissance réelle de la part de l'auteur de l'outrage allégué est incompatible avec l'argument selon lequel une présomption simple résulte automatiquement de la signification de l'ordonnance au procureur. À mon avis, dans certaines circonstances, le fait que le procureur en ait été informé permet d'inférer que le client en a eu connaissance. En fait, cette inférence est normale dans le cas ordinaire d'une partie engagée dans des litiges isolés. Dans le cas de ministres de la Couronne qui dirigent de grands ministères et qui sont engagés dans un grand nombre de procédures, il serait extraordinaire que des ordonnances soient portées systématiquement à leur attention. Pour inférer la connaissance dans un tel cas, il doit exister des circonstances qui indiquent une raison spéciale pour porter l'ordonnance à l'attention du ministre. Dans la plupart des cas (y compris les affaires pénales), la connaissance est démontrée de façon circonstancielle et, dans les affaires d'outrage au tribunal, on peut toujours inférer la connaissance lorsque les faits permettant d'appuyer cette inférence sont prouvés: voir *Avery v. Andrews* (1882), 51 L.J. Ch. 414.

Cela ne veut pas dire que les ministres pourront se cacher derrière leurs avocats pour échapper aux ordonnances de la cour. Toute directive ayant pour effet de garder le ministre dans l'ignorance peut entraîner la responsabilité sur le fondement de la doctrine de l'aveuglement volontaire. Qui plus est, le fait qu'un ministre ne puisse jamais être assuré qu'on n'arrivera pas à cette conclusion devrait suffire à l'inciter à faire en sorte que les fonctionnaires comprennent bien l'importance de se conformer aux ordonnances des tribunaux.

Si l'on applique ce qui précède à l'espèce, il est évident que le juge Strayer n'a pas conclu que, dans les circonstances, les ministres avaient eu connaissance de l'ordonnance; la Cour d'appel non plus. En fait, pour des motifs que j'examinerai ci-après, le juge Urie a imputé aux appelants la connaissance nécessaire d'une manière telle que même une preuve concluante de l'absence de connaissance de leur part n'aurait servi à rien. Par conséquent, il n'y a au dossier aucune conclusion

15. Neither is one warranted. Accordingly, at common law they cannot be held liable in contempt.

The Federal Court Rules

The relevant portions of the *Federal Court Rules* read as follows:

Rule 308. A document that by virtue of these Rules is required to be served on any person need not be served personally unless the document is one that, by a provision of these Rules or by order of the Court, is expressly required to be so served.

Rule 311. (1) Service of a document, not being a document that is required to be served personally, may be effected

(a) by leaving a copy of the document at the address for service of the person to be served;

(2) For the purposes of paragraph (1) if, at the time when service is effected, the person on whom a document is to be served has no "address for service", as that expression is defined by Rule 2(1), his address for service shall be deemed to be one of the following:

(a) in any case, the business address of the attorney or solicitor, if any, who is acting for him in the proceeding in connection with which service of the document in question is to be effected;

The respondent, supporting Urie J.'s judgment, claims that these rules provide a comprehensive code for effecting notice of court orders. Urie J. held that the service of the order on the appellants' counsel created a "presumption of proper notice" that could be rebutted only if the appellants led evidence to show that their counsel acted without authority in accepting service. The appellants reject this interpretation of the Rules and, taking the matter one step further, argue that if the Rules were interpreted to have this effect they would be *ultra vires* the rule-making power granted to the judges of the Federal Court by s. 46 of the *Federal Court Act*.

de fait que les appelants ont eu connaissance de l'ordonnance du 15 août et une telle conclusion ne serait pas justifiée. Par conséquent, en common law, ils ne peuvent être tenus responsables d'outrage au tribunal.

Les Règles de la Cour fédérale

Voici les dispositions pertinentes des *Règles de la Cour fédérale*:

Règle 308. Lorsque les présentes Règles exigent de signifier un document à une personne, il n'est nécessaire de le faire par voie de signification à personne que si une disposition des présentes Règles ou une ordonnance de la Cour exige expressément ce mode de signification pour ce genre de document.

Règle 311. (1) La signification d'un document, autre qu'un document pour lequel la signification à personne est requise, peut se faire

a) en laissant une copie du document à l'adresse aux fins de signification de la personne à laquelle il doit être signifié;

(2) Aux fins de l'alinéa (1), si, au moment où la signification est faite, la personne à laquelle le document doit être signifié n'a pas d'«adresse aux fins de signification», au sens de la définition que donne à cette expression la Règle 2(1), son adresse aux fins de signification est censée être l'une des suivantes:

a) dans n'importe quel cas, l'adresse professionnelle du procureur ou *solicitor* qui, le cas échéant, agit pour le compte de cette personne dans la procédure au sujet de laquelle la signification du document en question doit être faite;

L'intimée, à l'appui des motifs du juge Urie, soutient que ces règles fournissent un code complet des modalités propres à la notification des ordonnances de la cour. Le juge Urie a conclu que la signification de l'ordonnance à l'avocat des appelants a créé une «présomption de notification valable» qui ne pouvait être réfutée que si les appelants pouvaient établir que leur avocat n'était pas habilité à accepter la signification. Les appelants rejettent cette interprétation des Règles et, poussant la question un peu plus loin, soutiennent que, si les Règles devaient être interprétées de manière à avoir un tel effet, elles excéderaient le pouvoir des juges de la Cour fédérale d'établir des règles qui est conféré par l'art. 46 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

With respect to Urie J., I cannot interpret the *Federal Court Rules* as having the effect he ascribed to them, apart altogether from any *Charter* considerations that might have come into play if I had held otherwise. While it is true that there are provisions in the Rules for personal service (e.g. Rule 355(4)), it does not follow that the permission in Rule 308 to effect service other than personally is determinative of the issue of knowledge in a contempt of court proceeding. The relevant Rules define what is effective service for the purposes of the expeditious conduct of litigation in the Federal Court, but they do not purport to detract from the elements necessary to establish contempt. It seems to me that a crucial requirement for the proof of a serious offence such as contempt of court could not be implicitly abrogated by a provision in subordinate legislation; such an alteration of the general law would require explicit language. As Hogg J.A. stated in *Re Gordon MacKay & Co. and Dominion Rubber Co.*, [1946] 3 D.L.R. 422 (Ont. C.A.), at p. 425:

The common law rights of the subject are not to be taken away or affected except only to such extent as may be necessary to give effect to the intention of Parliament when clearly expressed or when such result must follow by necessary implication, and if the rights of persons are encroached upon, this intention must be made manifest by the language of the statute, if not by express words then by clear implication and beyond reasonable doubt.

It cannot be doubted that the knowledge of a solicitor is the knowledge of the client for some purposes, particularly in civil cases in which an individual's knowledge of the status of a commercial transaction is at issue: see *Bank of British North America v. St. John & Quebec R. Co.* (1920), 52 D.L.R. 557 (N.B.C.A.), aff'd (1921), 62 S.C.R. 346; *Re Botiuk and Collision* (1979), 26 O.R. (2d) 580 (C.A.), per Wilson J.A. (as she then was), at p. 589; and *Re National Trust Co. and Bouckhuys* (1987), 61 O.R. (2d) 640 (C.A.), per Cory J.A. (as he then was), at pp. 643-44. While this principle of imputation of knowledge is

Avec égards pour l'opinion du juge Urie, je ne peux interpréter les *Règles de la Cour fédérale* comme ayant l'effet qu'il leur attribue, indépendamment de toutes considérations fondées sur la *Charte* qui pourraient s'appliquer si ma conclusion était différente. Bien qu'il soit vrai qu'il existe dans les Règles des dispositions prévoyant la signification à personne (par exemple, la Règle 355(4)) cela ne veut pas dire que la permission à la Règle 308 de la signification autre que la signification à personne est déterminante quant à la question de la connaissance en matière d'outrage au tribunal. Les Règles pertinentes définissent les modes de signification aux fins du règlement rapide des litiges soumis à la Cour fédérale, mais elles ne visent pas à écarter les éléments nécessaires pour établir l'outrage au tribunal. J'estime qu'une exigence importante pour la preuve d'une infraction grave comme l'outrage au tribunal ne peut être implicitement abrogée par une disposition réglementaire; une telle modification du droit général exigerait un texte explicite. Comme le juge Hogg l'a dit dans l'arrêt *Re Gordon MacKay & Co. and Dominion Rubber Co.*, [1946] 3 D.L.R. 422 (C.A. Ont.), à la p. 425:

[TRADUCTION] Les droits que la common law reconnaît aux citoyens ne doivent pas être retirés ou modifiés sauf dans la mesure qui peut être nécessaire pour donner suite à l'intention du législateur lorsqu'elle est exprimée clairement ou lorsque ces résultats doivent nécessairement en découler; et, s'il y a atteinte aux droits des personnes, cette intention doit être rendue manifeste par le texte de la loi, sinon par une disposition expresse, du moins de façon tacite mais claire et hors de tout doute raisonnable.

On ne peut douter que ce qui est porté à la connaissance d'un procureur est porté à la connaissance du client pour certaines fins, particulièrement dans les affaires civiles soulevant la question de savoir si une personne avait connaissance du statut d'une opération commerciale: voir *Bank of British North America v. St. John & Quebec R. Co.* (1920), 52 D.L.R. 557 (C.A.N.-B.), confirmé par (1921), 62 R.C.S. 346; *Re Botiuk and Collision* (1979), 26 O.R. (2d) 580 (C.A.), le juge Wilson (maintenant juge de notre Cour), à la p. 589; et *Re National Trust Co. and Bouckhuys* (1987), 61 O.R. (2d) 640 (C.A.), le juge Cory

a necessary feature of our adversary system of civil litigation, in which representation by counsel is the rule rather than the exception, it ought not to apply in the criminal or quasi-criminal context of a contempt prosecution in the absence of express legislative language to the contrary. As the *Federal Court Rules* do not contain such language, it is unnecessary to deal with the argument that the Rules are *ultra vires*.

Vicarious Liability

Counsel for the respondent presented this Court with elaborate arguments in support of the proposition that the appellants ought to be held liable in contempt in the absence of knowledge of the breached order, on the basis of some form of vicarious liability, variously referred to as the principle of delegation and the theory of identification. Counsel sought to analogize the appellants to licensees and corporations in relation to which these principles have been applied in the past: see, e.g. *Allen v. Whitehead*, [1930] 1 K.B. 211; and *Canadian Dredge & Dock Co. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 662.

Given the premise that liability in contempt is essentially criminal liability, the respondent's main hurdle on this issue is that, in general, vicarious liability is unknown to the criminal law. As Estey J. stated in *Canadian Dredge & Dock Co.*, at p. 692:

In the criminal law, a natural person is responsible only for those crimes in which he is the primary actor either actually or by express or implied authorization. There is no vicarious liability in the pure sense in the case of the natural person.

However, the respondent, while conceding that the doctrine of *respondeat superior* does not apply, urges that either or both of the sub-doctrines of delegation and identification ought to ground the appellants' liability in contempt. There are, to my

(maintenant juge de notre Cour), aux pp. 643 et 644. Bien que ce principe d'attribution de la connaissance soit une caractéristique nécessaire de notre système contradictoire de procès civils, dans lequel la représentation par un avocat est la règle plutôt que l'exception, il ne devrait pas s'appliquer dans le contexte pénal ou quasi pénal d'une poursuite pour outrage au tribunal en l'absence de texte législatif expressément contraire. Étant donné que les *Règles de la Cour fédérale* ne contiennent pas ce genre de texte, il n'est pas nécessaire de traiter de l'argument selon lequel les Règles sont *ultra vires*.

c Responsabilité du fait d'autrui

L'avocat de l'intimée a présenté à notre Cour des arguments complexes pour soutenir la responsabilité des appelants pour outrage au tribunal même s'ils n'avaient pas eu connaissance de l'ordonnance à laquelle il avait été désobéi, en invoquant une certaine forme de responsabilité du fait d'autrui, désignée de façon diverse comme le principe de la délégation et la théorie de l'identification. L'avocat a cherché à comparer les appelants à des titulaires de permis et à des sociétés à l'égard desquelles ces principes avaient été appliqués dans le passé. Voir par exemple, *Allen v. Whitehead*, [1930] 1 K.B. 211; et *Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662.

Compte tenu de la prémisse que la responsabilité en matière d'outrage au tribunal est essentiellement une responsabilité criminelle, le principal obstacle que rencontre l'intimée à cet égard tient à ce que, en général, la responsabilité du fait d'autrui est inconnue en droit criminel. Comme le juge Estey l'a dit dans l'arrêt *Canadian Dredge & Dock Co.*, à la p. 692:

En droit criminel, une personne physique répond seulement des crimes dont elle est l'auteur principal, soit parce qu'elle les a commis elle-même, soit parce qu'elle a expressément ou implicitement autorisé leur perpétration. Dans le cas de la personne physique il n'existe pas, à proprement parler, de responsabilité du fait d'autrui.

Toutefois, l'intimée, tout en admettant que la doctrine *respondeat superior* ne s'applique pas, soutient que l'une ou l'autre des sous-doctrines de la délégation et de l'identification, ou les deux, devraient constituer la base de la condamnation

mind, at least two fatal objections to the respondent's position on this issue.

First, the principle of delegation, according to which an individual may be held criminally liable for the acts of his or her delegate, has long been understood to apply, if at all, to cases in which the delegator is under a specific statutory duty that has been contravened by the delegate: see A. W. Mewett and M. Manning, *Criminal Law* (2nd ed. 1985), at p. 64; *Allen, supra, per* Lord Hewart C.J., at p. 220; and *R. v. Stevanovich* (1983), 7 C.C.C. (3d) 307 (Ont. C.A.), *per* Dubin J.A. (as he then was), at p. 315. It is not necessary to express a view on the correctness of this apparent departure from the general rule against vicarious liability in the criminal law, since it is sufficient to observe that in the circumstances of the present case the appellants are under no analogous duty.

Second, the theory of identification, according to which a corporation may be held criminally liable for the acts of the directing mind of the corporation, is uniquely inapplicable to natural persons. As Estey J. explained in *Canadian Dredge & Dock Co.*, at p. 693, the theory of identification "is a court-adopted principle put in place for the purpose of including the corporation in the pattern of criminal law in a rational relationship to that of the natural person." Since a corporate entity cannot have a mind of its own, it was necessary to select some responsible official (the directing mind) whose mind was identified as that of the corporation. To now apply the theory of identification to natural persons would be to turn the principle on its head. It would be, in my view, a manifestly unjust application to an individual of simple vicarious liability under another name.

In light of these conclusions, it is unnecessary to consider whether a contrary interpretation of the *Federal Court Rules* or a finding of vicarious criminal liability would constitute a violation of ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; though it seems clear that any argument in favour of such liability would have

des appelants pour outrage au tribunal. À mon avis, il y a au moins deux objections fatales à la position de l'intimée sur cette question.

Premièrement, il est admis depuis longtemps que le principe de la délégation, selon lequel une personne peut être tenue responsable au criminel des actes de son délégué, s'applique tout au plus dans des cas où la personne qui délègue est assujettie à une obligation légale précise qui a été violée par le délégué: voir A. W. Mewett et M. Manning, *Criminal Law* (2^e éd. 1985), à la p. 64; *Allen*, précité, le lord juge en chef Hewart, à la p. 220; et *R. v. Stevanovich* (1983), 7 C.C.C. (3d) 307 (C.A. Ont.), le juge Dubin (maintenant Juge en chef), à la p. 315. Il n'est pas nécessaire d'exprimer une opinion sur la justesse de cette dérogation apparente à la règle générale qui exclut la responsabilité du fait d'autrui en droit criminel, puisqu'il suffit de faire remarquer que, dans les circonstances de l'espèce, les appelants ne sont pas assujettis à une obligation analogue.

Deuxièmement, la théorie de l'identification, selon laquelle une société peut être tenue responsable au criminel des actes de son âme dirigeante, ne s'applique pas, exceptionnellement, à des personnes physiques. Comme l'a expliqué le juge Estey dans l'arrêt *Canadian Dredge & Dock Co.*, à la p. 693, la théorie de l'identification «a été conçue par les tribunaux afin qu'il y ait un rapport rationnel entre la responsabilité criminelle d'une personne morale et celle d'une personne physique». Étant donné qu'une personne morale est dénuée d'esprit, il était nécessaire de choisir certains dirigeants responsables (l'âme dirigeante) dont l'esprit était identifié à celui de la société. Appliquer maintenant la théorie de l'identification à des personnes physiques reviendrait à inverser le principe. À mon avis, ce serait une application manifestement injuste à une personne d'une simple responsabilité du fait d'autrui déguisée.

Compte tenu de ces conclusions, il n'est pas nécessaire de se demander si une interprétation contraire des *Règles de la Cour fédérale* ou une conclusion de responsabilité criminelle du fait d'autrui constituerait une violation de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cependant, il semble clair qu'un argu-

grave difficulty overcoming the decision of this Court in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486. (See also *R. v. Burt*, [1988] 1 W.W.R. 385 (Sask. C.A.), *per* Bayda C.J.S.)

Disposition

In view of the foregoing, the appellants ought not to have been found liable in contempt. I would, therefore, allow the appeal and restore the decision of Strayer J. of December 20, 1985. In accordance with the terms upon which leave was granted, the respondent shall have her costs throughout on a solicitor and client basis.

Appeal allowed.

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

Solicitors for the respondent: Ruby & Edwardh, Toronto.

ment en faveur d'une telle responsabilité aurait beaucoup de difficultés à passer le test de l'arrêt de notre Cour sur le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486. (Voir également *R. v. Burt*, [1988] 1 W.W.R. 385 (C.A. Sask.), le juge en chef Bayda.)

Dispositif

Compte tenu de ce qui précède, les appelants n'auraient pas dû être déclarés coupables d'outrage au tribunal. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la décision du juge Strayer du 20 décembre 1985. Conformément aux modalités en vertu desquelles l'autorisation a été accordée, l'intimée a droit à ses dépens dans toutes les cours sur la base procureur-client.

Pourvoi accueilli.

Procureur des appelants: John C. Tait, Ottawa.

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

The Royal College of Dental Surgeons of Ontario and the Discipline Committee of the Royal College of Dental Surgeons of Ontario
Appellants

v.

Howard Rocket, D.D.S., and Brian Price, D.D.S. *Respondents*

and

The Attorney General of Quebec *Intervener*

INDEXED AS: ROCKET v. ROYAL COLLEGE OF DENTAL SURGEONS OF ONTARIO

File No.: 21019.

1990: March 22; 1990: June 21.

Present: Dickson C.J. and Lamer, Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Profession restricting members' advertising — Whether or not restrictions an infringement of freedom of expression — If so, whether or not restrictions justified — Regulation 447 of the Health Disciplines Act, R.R.O. 1980, ss. 37(39), (40) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).

Appellants were dentists who participated in an advertising campaign. As a result, they were charged with violating two subsections of Regulation 447 made pursuant to the *Health Disciplines Act*—s. 37(39) which explicitly restricts dentists' advertising and s. 37(40) which was a general professional misconduct provision. They brought these proceedings challenging the constitutionality of s. 37(39) and seeking a declaration that s. 37(40) was inapplicable. The Divisional Court dismissed the applications and the decision with respect to s. 37(39) was appealed to the Court of Appeal and subsequently reversed. The Court of Appeal found that s. 37(39) infringed the guarantee of free expression under s. 2(b) of the *Charter* and could not be justified under s. 1. The constitutional questions before this Court queried whether or not s. 37(39) of the Regulation offends the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the

Le Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario et le comité de discipline du Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario *Appellants*

^a

c.

Howard Rocket, D.D.S., et Brian Price, D.D.S. *Intimés*

^b et

Le procureur général du Québec *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: ROCKET c. COLLÈGE ROYAL DES CHIRURGIENS DENTISTES D'ONTARIO

^c

N° du greffe: 21019.

1990: 22 mars; 1990: 21 juin.

^d Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier et McLachlin.

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

^e *Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Restriction par un corps professionnel de la publicité faite par ses membres — Les restrictions portent-elles atteinte à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, les restrictions sont-elles justifiées? — Le règlement 447 de la Loi sur les sciences de la santé, R.R.O. 1980, art. 37(39), (40) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2(b).*

^f Les appelants sont des dentistes qui ont participé à une campagne publicitaire. Par suite de cette participation, ils ont été accusés d'avoir enfreint deux dispositions du règlement 447 pris en application de la *Loi sur les sciences de la santé*—le par. 37(39) qui limite explicitement la publicité pour les dentistes et le par. 37(40) qui est une disposition générale traitant de l'inconduite professionnelle. Ils ont engagé les présentes procédures en vue de contester la constitutionnalité du par. 37(39) et d'obtenir un jugement déclaratoire portant que le par. 37(40) est inapplicable. La Cour divisionnaire a rejeté les demandes et un appel a été interjeté devant la Cour d'appel contre la décision relative au par. 37(39) qui a, par la suite, été infirmée. La Cour d'appel a conclu que le par. 37(39) portait atteinte à la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte* et qu'il ne pouvait être justifié aux termes de l'article premier. Les questions constitutionnelles dont est saisie notre Cour sont de savoir si le par. 37(39) du Règlement porte atteinte à la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte* et, dans l'affirmative, s'il peut néanmoins être justifié en

Charter, and if so, whether or not it was nevertheless justified under s. 1 of the *Charter*. A further question arose as to what remedy this Court should grant should s. 37(39) be found to violate the *Charter*.

Held: The appeal should be dismissed.

The freedom of expression protected by s. 2(b) of the *Charter* includes commercial speech such as advertising, even though the *Charter* was not intended to protect economic interests, because advertising aims to convey a meaning and hence involves more than economics. The advertising which was regulated by s. 37(39) did not take an offensive or prohibited form so as to be excluded from the protection of s. 2(b).

Section 37(39) of the Regulation prohibits legitimate forms of expression and so infringes s. 2(b) of the *Charter*. The provision effectively bans usual and acceptable forms of advertising—radio, television and even the newspapers apart from an announcement upon commencement or change of location of practice—even though nothing in their use should deprive an otherwise legitimate expression of the protection afforded by s. 2(b). The provision also infringes s. 2(b) in that it purposefully limits the content of the advertising.

Two opposing factors—that advertising is only to increase profit and that it plays an important role in consumer choice—are usually present in varying degrees in commercial advertising. Here, the element of consumer choice is significant. Consumers of dental services would be highly vulnerable if advertising were unregulated. The practice of dentistry, like other professions, calls for so much exercise of subjective personal judgment that claims about the quality of different dentists may be inherently incapable of verification. Furthermore, the choice of a dentist is a relatively important one.

Section 37(39) of the Regulation could not be justified under s. 1 of the *Charter*.

The objective of the Regulation is sufficiently important to override a *Charter* right and s. 37(39) is rationally connected to this objective. The provinces have a legitimate interest in regulating professional advertising in order to maintain a high standard of professionalism (as opposed to commercialism) and to protect the public from irresponsible and misleading advertising. A distinction can be drawn between restrictions on information about standardized products and restrictions on claims that are inherently not susceptible of verification. Professional regulation of advertising is clearly justified

vertu de l'article premier de la *Charte*. Une autre question a été soulevée quant à savoir quel redressement notre Cour devrait accorder si on concluait que le par. 37(39) viole la *Charte*.

a Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La liberté d'expression protégée par l'al. 2b) de la *Charte* comprend le discours commercial comme la publicité, même si la *Charte* n'était pas destinée à protéger des intérêts économiques, parce que la publicité vise à transmettre une signification et englobe donc plus que les intérêts économiques. La publicité qui était réglementée par le par. 37(39) n'adoptait pas de forme offensante ou interdite de manière à être exclue de la protection de l'al. 2b).

Le paragraphe 37(39) du Règlement interdit des formes d'expression légitimes et viole ainsi l'al. 2b) de la *Charte*. La disposition interdit effectivement des formes usuelles et acceptables de publicité—à la radio, à la télévision et même dans les journaux à l'exception d'une annonce de l'inauguration du cabinet ou du changement de lieu de celui-ci—même s'il n'y a rien dans leur utilisation qui devrait priver une expression par ailleurs légitime de la protection accordée par l'al. 2b). La disposition viole également l'al. 2b) en limitant délibérément le contenu de la publicité.

Deux facteurs opposés, savoir que la publicité n'est destinée qu'à augmenter le bénéfice et qu'elle joue un rôle important dans le choix du consommateur—sont habituellement présents à divers degrés dans la publicité commerciale. En l'espèce, l'élément du choix du consommateur est important. Les consommateurs de services dentaires seraient très vulnérables si la publicité n'était pas réglementée. La pratique de l'art dentaire, comme toute autre profession, exige tellement d'exercice de jugement personnel subjectif que les prétentions concernant la qualité de différents dentistes peuvent être impossibles à vérifier en soi. De plus, le choix d'un dentiste est relativement important.

Le paragraphe 37(39) du Règlement ne saurait être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*.

L'objectif du Règlement est suffisamment important pour supprimer un droit garanti par la *Charte* et le par. 37(39) a un lien rationnel avec cet objectif. Les provinces ont un intérêt légitime dans la réglementation de la publicité professionnelle pour ce qui est de maintenir une norme élevée de professionnalisme (par opposition au mercantilisme) et de protéger le public contre la publicité irresponsable et trompeuse. Une distinction peut être établie entre les restrictions sur les renseignements relatifs aux produits normalisés et celles sur les prétentions qui, en soi, ne peuvent être vérifiées. La

in circumstances where a claim is not inherently susceptible of verification.

The means used to achieve the legislative objective does not impair the freedom as little as possible. Section 37(39) is very broadly drafted in that it starts with an absolute prohibition on all advertising and then sets out exceptions to that prohibition. The effect of the legislative measure, furthermore, is not proportionate to the objective. The aims of promoting professionalism and preventing irresponsible and misleading advertising on matters not susceptible of verification do not require the exclusion of much of the speech which is prohibited by s. 37(39). Useful information is restricted without justification.

The impugned section should be struck. Overly broad legislation, if left in force, may prevent people from engaging in lawful activities simply because the prohibition is still "on the books". The section is drafted in such a way that it cannot be amended by striking out those portions which are overly broad. Because the section is cast in the form of limited exclusions to a general prohibition, the Court would be required to supply further exceptions. The profession and legislators, however, are in the best position to determine the precise content and wording of such further exceptions as may be required. It is not impossible to draft regulations which prohibit advertising which is unverifiable and unprofessional while permitting advertising which serves a legitimate purpose in providing the public with relevant information.

Professional bodies have a heavy duty to adopt appropriate regulations which do not unduly restrict the freedom of expression of their members. The importance of promoting professionalism and preventing irresponsible and misleading advertising, however, outweighs the protection of any commercial interests of professionals.

Cases Cited

Applied: *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; **referred to:** *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 16 D.L.R. (4th) 489; *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52 (1942); *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U.S. 748 (1976); *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557 (1980); *Bates v. State Bar of*

réglementation de la publicité professionnelle est clairement justifiée dans les circonstances où une prétention n'est pas en soi susceptible d'être vérifiée.

Les moyens utilisés pour atteindre l'objectif législatif ne portent pas atteinte le moins possible à la liberté. Le paragraphe 37(39) est rédigé de façon très large en ce qu'il débute par une interdiction absolue de toute publicité pour ensuite énoncer des exceptions à cette interdiction. En outre, l'effet de la mesure législative n'est pas proportionné à son objectif. Les buts de la promotion du professionnalisme et de la prévention de la publicité irresponsable et trompeuse sur des questions qui ne sont pas susceptibles d'être vérifiées n'exigent pas l'exclusion d'une grande partie du discours qui est interdit par le par. 37(39). Des renseignements utiles sont exclus sans justification.

La disposition contestée devrait être annulée. Le danger de maintenir en vigueur une mesure législative trop générale est qu'elle peut empêcher des personnes de s'engager dans des activités licites du simple fait que l'interdiction est toujours en vigueur. La disposition est rédigée de manière à ne pouvoir être modifiée par la suppression des parties qui ont une portée trop générale. Parce que l'article est rédigé sous forme d'exceptions limitées à une interdiction générale, la Cour serait tenue d'ajouter d'autres exceptions. Cependant, ce sont les corps professionnel et le législateur qui sont les mieux placés pour déterminer la teneur et la formulation précises des exceptions qu'il peut être nécessaire d'ajouter. Il n'est pas impossible de rédiger des règlements qui interdisent la publicité qui ne peut être vérifiée et qui n'est pas professionnelle tout en autorisant la publicité qui sert un but légitime en transmettant au public des renseignements pertinents.

Il incombe aux corps professionnels à titre de devoir impératif d'adopter des règlements appropriés qui ne restreignent pas indûment la liberté d'expression de leurs membres. Toutefois, l'importance de promouvoir le professionnalisme et de prévenir la publicité irresponsable et trompeuse l'emporte sur la protection de tout intérêt commercial des professionnels.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; **arrêts mentionnés:** *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 16 D.L.R. (4th) 489; *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52 (1942); *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U.S. 748 (1976); *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557 (1980); *Bates*

Arizona, 433 U.S. 350 (1977); *Semler v. Oregon State Board of Dental Examiners*, 294 U.S. 608 (1935); *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).
Constitution Act, 1982, s. 52(1), (2).
R.R.O. 1980, Reg. 447, s. 37(39), (40).
United States Constitution, First Amendment.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1988), 64 O.R. (2d) 353, 49 D.L.R. (4th) 641, 36 C.R.R. 241, allowing in part an appeal from a judgment of the Divisional Court dismissing an application for declaratory relief. Appeal dismissed.

R. E. Shibley, Q.C., and *H. Travassos*, for the appellants.

Martin Teplitsky, Q.C., for the respondents.

Jean Bouchard and *Marise Visocchi*, for the interveners.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J.—The issue in this case is whether restrictions on advertising imposed by the College of Dental Surgeons on its members infringe the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The Background

Dr. Howard Rocket and Dr. Brian Price are dentists practising their profession in Ontario. They were prominently featured in an advertisement published in a number of Canadian magazines and newspapers under the heading “New Faces of the Canadian Establishment”. Alongside photographs of the two dentists the following text appeared:

Drs. Howard Rocket and Brian Price, Founders, Tridont Dental Centres, at the Holiday Inn, Toronto Downtown.

They work 12 hour days, including weekends and together log some 300,000 kilometres in business travel

v. State Bar of Arizona, 433 U.S. 350 (1977); *Semler v. Oregon State Board of Dental Examiners*, 294 U.S. 608 (1935); *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).
Constitution des États-Unis, Premier amendement.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1), (2).
R.R.O. 1980, Règ. 447, art. 37(39), (40).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (1988), 64 O.R. (2d) 353, 49 D.L.R. (4th) 641, 36 C.R.R. 241, qui a accueilli en partie l’appel d’un jugement de la Cour divisionnaire qui avait rejeté une demande de jugement déclaratoire. Pourvoi rejeté.

R. E. Shibley, c.r., et *H. Travassos*, pour les appellants.

Martin Teplitsky, c.r., pour les intimés.

Jean Bouchard et *Marise Visocchi*, pour l’intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—La question soulevée en l’espèce est de savoir si les restrictions en matière de publicité imposées par le Collège des chirurgiens dentistes à ses membres porte atteinte à la liberté d’expression garantie à l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Historique

Les docteurs Howard Rocket et Brian Price sont des dentistes qui exercent leur profession en Ontario. Ils ont été mis en évidence dans une annonce publiée dans un certain nombre de magazines et de journaux canadiens sous le titre [TRADUCTION] «Les nouveaux visages de l’élite canadienne». Le texte suivant accompagnait la photo des deux dentistes:

[TRADUCTION] Les docteurs Howard Rocket et Brian Price, fondateurs des Tridont Dental Centres au Holiday Inn du centre-ville de Toronto.

Ils travaillent 12 heures par jour, y compris les fins de semaine et, ensemble, ils parcourent environ 300 000

a year. In 1979, Dr. Rocket and Dr. Price foresaw the future of dentistry in the concept of delivering dental services from shopping malls, to make it more convenient and accessible for the public. They formed Tridont Dental Centres and in 1980 opened their first outlet in a Toronto suburb. The response from the public was overwhelming. By 1985 Tridont had grown from a staff of three to a staff of fifteen hundred, becoming North America's largest storefront dentistry group. Today they have over 70 outlets in Canada and the United States, a figure expected to increase by more than 20 each year.

Success like this occurs when business people recognize a need for change and respond to it. Holiday Inn is recognizing and responding to their changing needs. That's why when Drs. Howard Rocket and Brian Price travel on business they stay at a Holiday Inn hotel.

—Holiday Inn—A Better Place to be.

As a result of their participation in this advertising campaign, Dr. Rocket and Dr. Price were charged with violating s. 37(39) and (40) of Regulation 447, R.R.O. 1980, made pursuant to the *Health Disciplines Act*. They brought these proceedings challenging the constitutionality of s. 37(39), a provision that explicitly restricts dentists' advertising, and seeking a declaration that s. 37(40), the Regulation's general professional misconduct provision, was inapplicable.

Statutory Provisions

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provides:

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

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

kilomètres par année au cours de leurs voyages d'affaires. En 1979, les D^{rs} Rocket et Price ont eu une vision de l'avenir de l'art dentaire qui se traduisait par la prestation de services dentaires dans des centres commerciaux pour qu'ils soient plus commodes et plus accessibles pour le public. Ils ont formé les Tridont Dental Centres et en 1980, ont ouvert leur premier établissement dans une banlieue de Toronto. Le public a répondu avec enthousiasme. En 1985, le personnel de Tridont était passé de trois à quinze cents personnes, devenant le plus important groupe dentaire populaire en Amérique du Nord. Aujourd'hui, ils comptent plus de 70 établissements au Canada et aux États-Unis, auxquels plus de 20 nouveaux établissements devraient s'ajouter chaque année.

Un tel succès se réalise lorsque des gens d'affaires identifient un besoin et y répondent. Holiday Inn reconnaît leurs besoins changeants et y répond. C'est pourquoi au cours de leurs voyages d'affaires les D^{rs} Howard Rocket et Brian Price descendent à un hôtel Holiday Inn.

—Holiday Inn—l'endroit du mieux-être.

Par suite de leur participation à cette campagne publicitaire, les D^{rs} Rocket et Price ont été accusés d'avoir enfreint les par. 37(39) et (40) du règlement 447, R.R.O. 1980, pris en application de la *Loi sur les sciences de la santé*. Ils ont engagé les présentes procédures en vue de contester la constitutionnalité du par. 37(39), une disposition qui limite explicitement la publicité pour les dentistes, et d'obtenir un jugement déclaratoire portant que le par. 37(40), la disposition générale du Règlement traitant de l'inconduite professionnelle, est inapplicable.

Les dispositions législatives

Charte canadienne des droits et libertés

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

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

Constitution Act, 1982

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

- (2) The Constitution of Canada includes
- (a) the *Canada Act 1982*, including this Act;
 - (b) the Acts and orders referred to in the schedule; and
 - (c) any amendment to any Act or order referred to in paragraph (a) or (b).

Doctors Rocket and Price are charged with professional misconduct under s. 37(39) and (40) of Regulation 447 made pursuant to the *Health Disciplines Act*. Section 37(39) classifies as professional misconduct all advertising not expressly permitted by the subsection. It restricts not only the means and manner of advertising, but the content, which is limited to the name, address and telephone number (and on business cards, the office hours) of the dentist. Section 37(40) is general, prohibiting any conduct which would reasonably be regarded as "disgraceful, dishonourable or unprofessional". Section 37(39) and (40) reads as follows:

37. For the purposes of Part II of the Act, "professional misconduct" means:

39. publishing, displaying, distributing or using or permitting, directly or indirectly, the publishing, display, distribution or use of any advertisement related to the practice of dentistry by a member, or a member associating with or being employed by any person, other than,
- i. professional cards that contain only the name of the member, a vocational designation, the member's address, academic degrees, telephone number and office hours,
 - ii. an announcement upon commencing practice or changing the geographical location of a member's practice that,
 - A. does not exceed two standard newspaper columns in width and five cen-

Loi constitutionnelle de 1982

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

- (2) La Constitution du Canada comprend:
- a) la *Loi de 1982 sur le Canada*, y compris la présente loi;
 - b) les textes législatifs et les décrets figurant à l'annexe;
 - c) les modifications des textes législatifs et des décrets mentionnés aux alinéas a) ou b).

Les docteurs Rocket et Price sont accusés d'inconduite professionnelle en vertu des par. 37(39) et (40) du règlement 447 pris en application de la *Loi sur les sciences de la santé*. Le paragraphe 37(39) qualifie d'inconduite professionnelle toute publicité qui n'y est pas expressément autorisée. Il limite non seulement les moyens et la manière de faire de la publicité, mais le contenu qui est restreint aux nom, adresse et numéro de téléphone (et sur les cartes professionnelles, aux heures de bureau) du dentiste. Le paragraphe 37(40) est général, interdisant toute conduite qui serait raisonnablement considérée comme [TRADUCTION] «disgracieuse, déshonorante ou non professionnelle». Voici le texte des par. 37(39) et (40):

[TRADUCTION] 37. Aux fins de la partie II de la Loi, l'expression «inconduite professionnelle» s'entend:

39. de la publication, de l'affichage, de la distribution ou de l'utilisation ou de l'autorisation directe ou indirecte de publication, d'affichage, de distribution ou d'utilisation de toute publicité relative à la pratique de l'art dentaire par un membre, ou un membre associé à une personne ou au service de celle-ci, autre que
- i. les cartes professionnelles qui contiennent seulement le nom du membre, son titre professionnel, son adresse, ses diplômes, son numéro de téléphone et ses heures de bureau,
 - ii. une annonce lors de l'inauguration d'un cabinet ou du changement du lieu géographique du cabinet d'un membre, qui
 - A. ne dépasse pas deux colonnes normales de journal de largeur et cinq centimè-

- | | | |
|---|---|---|
| <p>timetres in depth including the margins,</p> <p>B. does not contain references to qualifications, procedures or equipment, and</p> <p>C. does not appear more than three times in a newspaper or periodical in respect of the commencement of the practice or of a change in the geographical location of the practice,</p> <p>iii. appointment cards that do not contain more than the information contained in a professional card and the time and date of the appointment or appointments,</p> <p>iv. reminder notices to patients;</p> <p>v. announcement cards that do not state more than the information contained in a professional card and an announcement of the commencement of the practice of the member, a change of location or a new association in practice,</p> <p>vi. not more than two exterior signs stating a member's name and his vocational designation, on the premises where the member practises but,</p> <p style="padding-left: 20px;">A. only one sign may be a suspended sign,</p> <p style="padding-left: 20px;">B. only one sign may be illuminated and shall not be of an intermittent or neon type,</p> <p style="padding-left: 20px;">C. the letters used in a sign shall not exceed ten centimetres in height,</p> <p style="padding-left: 20px;">D. words designating office hours may be added to an entrance sign in unilluminated letters not more than five centimetres in height,</p> <p style="padding-left: 20px;">E. where an entrance is difficult to find, the words "Entrance on" may be added to the sign,</p> <p>vii. door plates and listings on building directories on the premises where the member is engaged in the practice of dentistry in letters not exceeding 2.5 centimetres in height,</p> <p>viii. a telephone directory listing,</p> <p style="padding-left: 20px;">A. in the white pages that,</p> <p style="padding-left: 40px;">1. is of dark or light type,</p> | <p style="text-align: right;"><i>a</i></p> <p style="text-align: right;"><i>b</i></p> <p style="text-align: right;"><i>c</i></p> <p style="text-align: right;"><i>d</i></p> <p style="text-align: right;"><i>e</i></p> <p style="text-align: right;"><i>f</i></p> <p style="text-align: right;"><i>g</i></p> <p style="text-align: right;"><i>h</i></p> <p style="text-align: right;"><i>i</i></p> <p style="text-align: right;"><i>j</i></p> | <p>tres de profondeur y compris les marges,</p> <p>B. ne mentionne pas les qualités, les procédures ou le matériel, et</p> <p>C. ne paraît pas plus de trois fois dans un journal ou dans un périodique en ce qui a trait à l'inauguration du cabinet ou au changement du lieu géographique du cabinet,</p> <p>iii. les cartes de rendez-vous qui ne contiennent rien de plus que les renseignements inscrits sur une carte professionnelle ainsi que l'heure et la date du ou des rendez-vous,</p> <p>iv. les rappels aux patients;</p> <p>v. les faire-part qui ne contiennent pas plus que les renseignements inscrits sur une carte professionnelle et une annonce de l'inauguration du cabinet d'un membre, du changement du lieu ou d'une nouvelle association dans un cabinet,</p> <p>vi. au plus deux enseignes extérieures indiquant le nom du membre ainsi que son titre professionnel dans les lieux où il exerce mais,</p> <p style="padding-left: 20px;">A. une seule enseigne peut être suspendue,</p> <p style="padding-left: 20px;">B. une seule enseigne peut être éclairée, les lumières clignotantes ou le néon étant exclus,</p> <p style="padding-left: 20px;">C. les lettres utilisées sur une enseigne ne doivent pas excéder dix centimètres de hauteur,</p> <p style="padding-left: 20px;">D. les mots qui indiquent les heures de bureau peuvent être ajoutés au panneau d'entrée au moyen de lettres non lumineuses n'excédant pas cinq centimètres de hauteur,</p> <p style="padding-left: 20px;">E. lorsqu'une entrée est difficile à trouver, les mots «entrer par» peuvent être ajoutés sur l'enseigne,</p> <p>vii. les inscriptions sur les portes et sur les panneaux d'orientation des immeubles dans les lieux où le membre exerce sa profession ne peuvent contenir des lettres ayant plus de 2,5 centimètres de hauteur,</p> <p>viii. une inscription dans un annuaire téléphonique,</p> <p style="padding-left: 20px;">A. dans les pages blanches,</p> <p style="padding-left: 40px;">1. en caractères gras ou pâles,</p> |
|---|---|---|

- | | | |
|--|--|--|
| <p>2. where a member is a certified specialist, may indicate the specialty designation,</p> <p>3. does not list office hours, and</p> <p>4. is only an alphabetical listing according to the member's surname, and</p> <p>B. in the yellow pages that,</p> <p>1. is only of light type,</p> <p>2. where the member is a certified specialist, may indicate the specialty designation,</p> <p>3. does not list office hours, and</p> <p>4. is listed only in the telephone listing for the geographical area in which the member is engaged in the practice of dentistry; and</p> <p>40. conduct or an act relevant to the practice of dentistry that, having regard to all the circumstances, would reasonably be regarded by members as disgraceful, dishonourable or unprofessional.</p> | <p>a</p> <p>b</p> <p>c</p> <p>d</p> <p>e</p> | <p>2. lorsqu'un membre est un spécialiste agréé, il peut indiquer sa spécialité,</p> <p>3. ne doit pas indiquer les heures de bureau, et</p> <p>4. constitue seulement une inscription alphabétique selon le nom de famille du membre et</p> <p>B. dans les pages jaunes,</p> <p>1. seulement en caractères pâles,</p> <p>2. lorsque le membre est un spécialiste agréé, il peut indiquer sa spécialité,</p> <p>3. n'indique pas les heures de bureau, et</p> <p>4. est inscrit seulement dans l'annuaire téléphonique de la région géographique dans laquelle le membre exerce sa profession; et</p> <p>40. de la conduite ou de l'action relative à la pratique de l'art dentaire qui, compte tenu de toutes les circonstances, serait raisonnablement considérée par les membres comme disgracieuse, déshonorante ou non professionnelle.</p> |
|--|--|--|

Judgments

The Divisional Court dismissed the applications of Dr. Rocket and Dr. Price on the basis of its previous decision in *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 16 D.L.R. (4th) 489.

The majority in the Court of Appeal (1988), 64 O.R. (2d) 353, reversed the decision of the Divisional Court with respect to one of the impugned provisions. Cory J.A. (as he then was), Goodman J.A. concurring, held that commercial messages are protected by s. 2(b) of the *Charter*, and found that s. 37(39) infringed the guarantee of free expression under s. 2(b) of the *Charter*. Turning to the question of whether this limitation on free expression could be justified under s. 1 of the *Charter*, he concluded that s. 37(39) failed the s. 1 test because it was an overbroad, catching expression which clearly should be protected under s. 2(b) in view of the right of free expression and the public interest in obtaining information. At the same time, he declined to grant a declaration that

Les jugements

La Cour divisionnaire a rejeté les demandes des D^{rs} Rocket et Price en se fondant sur sa décision précédente dans l'affaire *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 16 D.L.R. (4th) 489.

La Cour d'appel à la majorité (1988), 64 O.R. (2d) 353, a infirmé la décision de la Cour divisionnaire relativement à l'une des dispositions contestées. Le juge Cory (tel était alors son titre) avec l'appui du juge Goodman, a statué que les messages commerciaux sont protégés par l'al. 2b) de la *Charte* et a conclu que le par. 37(39) portait atteinte à la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte*. Quant à la question de savoir si cette restriction imposée à la liberté d'expression pourrait être justifiée aux termes de l'article premier de la *Charte*, il a conclu que le par. 37(39) ne satisfaisait pas au critère de l'article premier parce qu'il était trop large, englobant une expression qui, de toute évidence, devait être protégée en vertu de l'al. 2b) compte tenu du droit à la liberté d'expres-

s. 37(40) (professional misconduct) could not be applied to the conduct of the dentists.

Dubin A.C.J.O., dissenting on the issue of the constitutionality of s. 37(39), emphasized the duty and importance of the College's regulating and disciplining its members in the public interest. In his view, the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter* does not extend to violations of regulations concerned with maintaining the ethics of a profession. It is not for the courts to pass minute judgment on this or that aspect of the regulations which a professional body adopts pursuant to its duty to maintain appropriate professional standards and ethics. Dubin A.C.J.O. went on to state that in any event the remedy would not be to strike out the section in its entirety, but rather to refuse to enforce those parts of it which might be overbroad.

Leave to appeal to this Court was granted. The respondents did not cross-appeal the refusal of the Court of Appeal to grant a declaration that the general misconduct provision, s. 37(40), could not be applied to the conduct of the dentists in this case.

The Issues

The issues may be simply stated: (1) does s. 37(39) of the Regulation offend the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter*, and (2) if so, is s. 37(39) nevertheless justified as a reasonable limit in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

The two issues are reflected in the constitutional questions stated by the Chief Justice of this Court on June 2, 1989:

1. Does s. 37(39) of Ontario Regulation 447 of R.R.O. 1980, (as amended, by Ontario Regulation 720/83), made pursuant to the *Health Disciplines Act*, R.S.O. 1980, c. 196 (the "Regulations"), regulating advertising by members of The Royal College of Dental Surgeons of Ontario, infringe or deny the rights and

sion et de l'intérêt qu'a le public à obtenir des renseignements. En même temps, il a refusé de rendre un jugement déclaratoire portant que le par. 37(40) (l'inconduite professionnelle) ne pouvait s'appliquer à la conduite des dentistes.

Le juge en chef adjoint Dubin de l'Ontario, dissident sur la question de la constitutionnalité du par. 37(39), a mis l'accent sur le devoir qu'a le Collège de régir et de discipliner ses membres dans l'intérêt du public, et sur l'importance qu'il le fasse. À son avis, la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte* ne vise pas la violation de règles de déontologie. Il n'appartient pas aux tribunaux de rendre des jugements détaillés sur un aspect en particulier des règlements qu'un corps professionnel adopte conformément à son devoir de maintenir des normes professionnelles et déontologiques appropriées. Le juge Dubin a ensuite dit que de toute façon, le redressement ne serait pas d'annuler l'article en entier, mais plutôt de refuser d'appliquer les parties qui pourraient avoir une portée trop générale.

L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée. Les intimés n'ont pas formé de pourvoi incident contre le refus de la Cour d'appel d'accorder un jugement déclaratoire portant que la disposition générale en matière d'inconduite, le par. 37(40), ne pouvait s'appliquer à la conduite des dentistes en l'espèce.

Les questions en litige

Les questions peuvent être énoncées simplement: (1) Le paragraphe 37(39) du Règlement porte-t-il atteinte à la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte*? Et (2) dans l'affirmative, le par. 37(39) est-il néanmoins justifié à titre de limite raisonnable dans une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte*?

Ces deux questions se reflètent dans les questions constitutionnelles énoncées par le Juge en chef de notre Cour le 2 juin 1989:

1. Le paragraphe 37(39) du Règlement 447 de l'Ontario, R.R.O. 1980 (modifié par le Règlement 720/83 de l'Ontario), pris en application de la *Loi sur les sciences de la santé*, L.R.O. 1980, ch. 196 (le «Règlement»), et régissant la publicité par les membres du Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario,

freedoms guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the "Charter")?

2. If s. 37(39) of the Regulations infringes or denies the rights and freedoms guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*, can s. 37(39) be justified by s. 1 of the *Charter*?

If section 37(39) of the Regulation is found to violate the *Charter*, the further question arises of what remedy this Court should grant.

Analysis

I. The Regulation of Professional Advertising and Freedom of Expression—General Considerations

This case poses a conflict between two values recognized in our society—the need to regulate the scope of professional advertising on the one hand and the value of free expression on the other.

The first question is whether the protection conferred by s. 2(b) applies to commercial speech, such as advertising. The argument against applying s. 2(b) to commercial speech rests on the proposition that the *Charter* was not intended to protect economic interests. This argument has been rejected by this Court on the ground that advertising involves more than economics. In *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, where the issue was the constitutionality of a provincial law restricting the language of advertising, the Court noted advertising's intrinsic value as expression, the protection afforded to the recipients of advertising as well as the advertisers, and the importance of fostering informed economic choices to individual fulfillment and autonomy. Hence in *Ford* and subsequently in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, commercial advertising was held to be protected by s. 2(b) of the *Charter*.

Although it has been clearly held that commercial expression does not fall outside of the ambit of s. 2(b), the fact that expression is commercial is not necessarily without constitutional significance.

porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la «*Charte*»)?

2. Si le paragraphe 37(39) du Règlement porte atteinte aux droits et libertés garantis par l'al. 2b) de la *Charte*, peut-il être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*?

Si l'on conclut que le par. 37(39) du Règlement viole la *Charte*, il faudra alors se demander quel redressement notre Cour devrait accorder.

Analyse

I. La réglementation de la publicité professionnelle et la liberté d'expression—considérations générales

L'espèce soulève la question du conflit entre deux valeurs reconnues dans notre société—la nécessité de réglementer la portée de la publicité professionnelle, d'une part, et l'importance de la liberté d'expression, d'autre part.

La première question est de savoir si la protection accordée par l'al. 2b) s'applique au discours commercial comme la publicité. L'argument invoqué contre l'application de l'al. 2b) au discours commercial s'appuie sur la proposition selon laquelle la *Charte* n'était pas destinée à protéger des intérêts économiques. Notre Cour a rejeté cet argument pour le motif que la publicité englobe plus que les intérêts économiques. Dans l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, où l'on a soulevé la question de la constitutionnalité d'une loi provinciale limitant la langue de la publicité, la Cour a souligné la valeur intrinsèque de la publicité comme forme d'expression, la protection accordée aux personnes visées par la publicité de même qu'aux annonceurs et l'importance de favoriser des choix économiques éclairés pour l'autonomie et l'épanouissement personnels des particuliers. C'est ainsi que dans l'arrêt *Ford* et, par la suite, dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, on a conclu que la publicité commerciale était protégée par l'al. 2b) de la *Charte*.

Bien qu'il ait été clairement établi que l'expression commerciale n'échappe pas à la portée de l'al. 2b), le fait que l'expression soit commerciale n'est pas nécessairement sans importance du point de

Regulation of advertising may offend the guarantee of free expression in s. 2(b) of the *Charter*, but this does not end the inquiry. The further question of whether the infringement can be justified under s. 1 of the *Charter* must be considered. It is at this stage that the competing values—the value of the limitation and the value of free expression—are weighed in the context of the case. Part of the context, in the case of regulation of advertising, is the fact that the expression at issue is wholly within the commercial sphere.

This approach to the treatment of commercial speech under the *Charter* may be compared with its treatment under the First Amendment to the Constitution of the United States. Since the American Constitution does not contain the equivalent of s. 1 of the Canadian *Charter*, courts there have historically drawn distinctions between categories of speech at the stage of determining if there is an infringement of the First Amendment. For many years commercial speech was considered to be beyond the scope of the First Amendment protection: see, e.g., *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52 (1942). More recently, the scope of First Amendment protection has been broadened to include categories of speech that were formerly excluded. In *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U.S. 748 (1976), it was accepted that First Amendment protection could be extended to advertisements.

Some elements of the “categorical” approach survive, however, in that the protection granted to commercial speech is limited, both from the point of view of content and remedy. First, the courts have developed a test for regulation of commercial speech which is less rigorous than for other speech. In order to justify a restriction on commercial speech, the state must establish that: (1) the restriction serves a substantial interest; (2) the regulatory measure directly advances that interest; and, (3) the restriction is no broader than necessary to advance that interest—*Central Hudson*

vue constitutionnel. La réglementation de la publicité peut porter atteinte à la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte* mais cela ne met pas fin à l'examen. La question supplémentaire de savoir si la violation peut être justifiée aux termes de l'article premier de la *Charte* doit être examinée. C'est à ce stade que les valeurs concurrentes—celles de la restriction et de la liberté d'expression—sont évaluées dans le contexte de l'espèce. Une partie du contexte, dans le cas de la réglementation de la publicité, est le fait que l'expression visée relève entièrement du domaine commercial.

Cette façon d'aborder le traitement du discours commercial aux termes de la *Charte* peut être comparée avec son traitement aux termes du Premier amendement de la Constitution des États-Unis. Étant donné que la Constitution américaine ne contient pas l'équivalent de l'article premier de la *Charte* canadienne, les tribunaux ont historiquement établi des distinctions entre les catégories d'expression au moment de déterminer s'il y avait violation du Premier amendement. Pendant de nombreuses années, le discours commercial a été considéré comme non visé par la protection du Premier amendement: voir, par exemple, *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52 (1942). Plus récemment, la portée de la protection du Premier amendement a été élargie pour viser les catégories d'expression qui étaient auparavant exclues. Dans l'arrêt *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U.S. 748 (1976), il a été admis que la protection accordée par le Premier amendement pouvait être étendue à la publicité.

Toutefois, certains éléments de la méthode «catégorique» subsistent car la protection accordée au discours commercial est limitée, tant du point de vue du contenu et que de celui du redressement. Premièrement, les tribunaux ont élaboré un critère pour la réglementation du discours commercial qui est moins rigoureux que pour les autres formes d'expression. Afin de justifier une restriction au discours commercial, l'État doit démontrer que (1) la restriction sert un intérêt important, (2) la mesure réglementaire favorise directement cet intérêt, et (3) la restriction n'a pas une portée plus

Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York, 447 U.S. 557 (1980). Second, it is important to note that while overbreadth remains part of the test, the consequences of overbreadth in commercial speech cases are not to invalidate the legislation, but merely to prevent reliance on overbroad provisions. Ordinarily, overbreadth leads to a conclusion of invalidity in first amendment cases, because of the danger that it will “chill” constitutionally-protected speech. But this has not been seen as an acute danger in the case of commercial speech, with the result that a person challenging a rule on the ground that it might apply to speech clearly meriting protection could not rely on that defect unless his or her own speech fell within that category: *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 U.S. 350 (1977).

United States cases have also drawn a distinction between advertisement of standardized products, and more subjective claims as to the quality of services involving the exercise of professional judgment. In *Semler v. Oregon State Board of Dental Examiners*, 294 U.S. 608 (1935), the court upheld a wide-ranging ban on advertising by dentists against due process challenge, commenting at p. 612 that “the legislature was not dealing with traders in commodities, but with the vital interest of public health”: In *Virginia State Board of Pharmacy, supra*, p. 773, n. 25, the court’s opinion contains the following caveat:

We stress that we have considered in this case the regulation of commercial advertising by pharmacists. Although we express no opinion as to other professions, the distinctions, historical and functional, between professions, may require consideration of quite different factors. Physicians and lawyers, for example, do not dispense standardized products; they render professional services of almost infinite variety and nature, with the consequent enhanced possibility for confusion and deception if they were to undertake certain kinds of advertising.

grande que ce qui est nécessaire pour favoriser cet intérêt—*Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557 (1980). Deuxièmement, il est important de souligner que, bien que la portée trop grande demeure une partie du critère, ses conséquences en matière de discours commercial ne sont pas d’invalider la mesure législative, mais simplement d’empêcher qu’on se fonde sur des dispositions trop larges. Ordinairement, une portée trop générale entraîne une conclusion d’invalidité dans les affaires portant sur le Premier amendement, à cause du danger qu’elle «fige» la forme d’expression protégée par la Constitution. Toutefois, on n’a pas considéré que cela constituait un grave danger dans le cas du discours commercial, avec ce résultat qu’une personne contestant une règle pour le motif qu’elle pourrait s’appliquer à une forme d’expression qui mérite clairement d’être protégée ne pourrait se fonder sur ce défaut à moins que son propre discours ne s’inscrive dans cette catégorie: *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 U.S. 350 (1977).

La jurisprudence des États-Unis a également établi une distinction entre la publicité de produits normalisés et les prétentions plus subjectives quant à la qualité de services comportant l’exercice d’un jugement professionnel. Dans l’arrêt *Semler v. Oregon Dental Examiners*, 294 U.S. 608 (1935), la cour a confirmé une interdiction de grande portée de la publicité par des dentistes suite à une contestation fondée sur l’application régulière de la loi, en soulignant, à la p. 612, que [TRADUCTION] «le législateur ne visait pas les commerçants de marchandises mais l’intérêt vital de la santé publique». Dans l’arrêt *Virginia State Board of Pharmacy*, précité, p. 773, n. 25, les motifs de la cour contenaient la mise en garde suivante:

[TRADUCTION] Nous soulignons que nous avons tenu compte en l’espèce de la réglementation de la publicité commerciale faite par des pharmaciens. Bien que nous n’exprimions aucune opinion à l’égard des autres professions, les distinctions, historiques et fonctionnelles, entre les professions, peuvent exiger l’examen de facteurs très différents. Les médecins et les avocats, par exemple, ne fournissent pas des produits normalisés; ils rendent des services professionnels d’une nature et d’une variété presque infinies, ce qui entraînerait une plus grande possibilité de confusion et de tromperie dans le cas où ils se lanceraient dans certains genres de publicité.

Burger C.J., concurring, likewise stressed, at p. 774, that: "Attorneys and physicians are engaged primarily in providing services in which professional judgment is a large component, a matter very different from the retail sale of labeled drugs already prepared by others." And in subsequently holding that the first amendment protected the right of lawyers to advertise fees, the court reiterated the distinction in *Bates v. State Bar of Arizona*, supra, at p. 366:

The issue presently before us is a narrow one. First, we need not address the peculiar problems associated with advertising claims relating to the quality of legal services. Such claims probably are not susceptible of precise measurement or verification and, under some circumstances, might well be deceptive or misleading to the public, or even false.

Clearly, although these cases do not deal directly with the issue of claims about the quality of professional services, they suggest that such claims may be more readily regulated than other forms of advertising.

I refer to the American law on commercial speech, not because it should be taken as determinative, but rather because it exemplifies one way of dealing with the task of weighing the conflicting values involved in assessing the extent to which and the means by which legislation limits professional advertising.

II. Does the Regulation Offend the Guarantee of Freedom of Expression Under s. 2(b) of the Charter?

The decisions of this Court in *Ford* and *Irwin Toy* suggest the following considerations in determining if s. 2(b) has been infringed.

The first question is whether professional advertising constitutes expressive activity under s. 2(b) of the Charter. The test is whether it aims to convey a meaning: *Irwin Toy*. Clearly professional advertising meets this test.

Le juge en chef Burger, qui partage cette opinion, a également souligné, à la p. 774, que [TRADUCTION] «Les avocats et les médecins sont engagés principalement dans la prestation de services dans lesquels le jugement professionnel constitue une composante importante, ce qui est très différent de la vente au détail de médicaments étiquetés qui ont déjà été préparés par d'autres personnes.» Et en concluant par la suite que le Premier amendement protégeait le droit des avocats d'annoncer leurs honoraires, la Cour a réitéré la distinction établie dans l'arrêt *Bates v. State Bar of Arizona*, précité, à la p. 366:

[TRADUCTION] La question qui nous est posée est restreinte. Premièrement, nous n'avons pas à examiner les problèmes particuliers qui sont reliés à des réclames publicitaires concernant la qualité des services juridiques. Il n'est probablement pas possible de mesurer ou de vérifier avec précision de telles prétentions et dans certaines circonstances, elles pourraient très bien être trompeuses à l'endroit du public, voire fausses.

De toute évidence, bien que cette jurisprudence ne traite pas directement de la question des prétentions concernant la qualité des services professionnels, elle laisse entendre que de telles prétentions peuvent être plus facilement réglementées que d'autres formes de publicité.

Je mentionne le droit américain sur le discours commercial non pas parce qu'il doit être considéré comme déterminant, mais plutôt parce qu'il illustre une façon d'aborder l'évaluation des valeurs contradictoires que comporte l'appréciation de la mesure dans laquelle la loi limite la publicité professionnelle et de la manière dont elle le fait.

II. Le règlement porte-t-il atteinte à la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la Charte?

Les arrêts de notre Cour *Ford* et *Irwin Toy* portent à conclure que les considérations applicables pour déterminer s'il y a eu violation de l'al. 2b) sont les suivantes.

La première question est de savoir si la publicité professionnelle constitue une activité communicatrice aux termes de l'al. 2b) de la Charte. Le critère est de savoir si elle vise à transmettre une signification: *Irwin Toy*. De toute évidence, la publicité professionnelle satisfait à ce critère.

The second question is whether the expressive activity limited by the Regulation is excluded from s. 2(b) because it takes a prohibited form. For example, a law prohibiting violence or threats of violence might be held not to be protected by s. 2(b) because of the expression's offensive form: *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573.

Section 37(39) of the Regulation prohibits advertising which takes perfectly usual and acceptable forms. It is true that it limits the form in which dentists' advertising may be presented, effectively banning advertising by radio, television and even the newspapers apart from an announcement upon commencement or change of location of practice. But there is nothing inherent in the use of such media which should deprive an otherwise legitimate expression of the protection afforded by s. 2(b).

The third question is whether s. 37(39) of the Regulation has as its purpose the restriction of expression by singling out meanings which are not to be conveyed: *Irwin Toy*. In other words, is the purpose of the section to restrict the content of expression? The answer to this question must be affirmative. Section 37(39) prohibits not only the manner in which dentists advertise, but what information they may convey to the public by advertising.

I conclude that s. 37(39) of the Regulation infringes s. 2(b) of the *Charter* by prohibiting legitimate forms of expression and by purposefully limiting the content of that expression.

Dubin A.C.J.O. in the Court of Appeal expressed the view that the disciplinary proceedings brought against these defendants afforded them no basis for protection under the *Charter*. In his view, the prohibition of advertising such as that in which these dentists had engaged is not protected by the guarantee of freedom of expression in the *Charter*. I do not take Dubin A.C.J.O. to be suggesting that professional advertising should constitute a generic exception from the scope of s. 2(b). As I understand his analysis, it rests at least

La deuxième question est de savoir si l'activité communicatrice limitée par le règlement est exclue de l'al. 2b) parce qu'elle adopte une forme interdite. Par exemple, on pourrait juger qu'une loi interdisant la violence ou les menaces de violence n'est pas protégée par l'al. 2b) en raison de la forme offensante de l'expression: *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573.

Le paragraphe 37(39) du Règlement interdit la publicité qui adopte des formes parfaitement usuelles et acceptables. Il est vrai qu'il limite la forme sous laquelle la publicité des dentistes peut être présentée, interdisant effectivement la publicité à la radio, à la télévision et même dans les journaux, à l'exception d'une annonce de l'inauguration du cabinet ou du changement de lieu de celui-ci. Toutefois, il n'y a rien d'inherent dans l'utilisation de ces médias qui devrait priver une expression par ailleurs légitime de la protection accordée par l'al. 2b).

La troisième question est de savoir si le par. 37(39) du Règlement a pour but de restreindre la liberté d'expression en écartant des messages qui ne doivent pas être transmis: *Irwin Toy*. En d'autres termes, l'article a-t-il pour but de limiter le contenu de l'expression? On doit répondre à cette question par l'affirmative. Le paragraphe 37(39) interdit non seulement la manière dont les dentistes font de la publicité, mais les renseignements qu'ils peuvent transmettre au public par la publicité.

Je conclus que le par. 37(39) du Règlement viole l'al. 2b) de la *Charte* en interdisant des formes d'expression légitimes et en limitant délibérément le contenu de cette expression.

Le juge Dubin a exprimé en Cour d'appel l'avis que les procédures disciplinaires engagées contre ces défendeurs ne justifiaient aucune protection en vertu de la *Charte*. À son avis, l'interdiction de la publicité comme celle entreprise par ces dentistes n'est pas protégée par la liberté d'expression garantie par la *Charte*. Je ne crois pas que le juge Dubin laisse entendre que la publicité professionnelle devrait constituer une exception générique à la portée de l'al. 2b). Selon mon interprétation de son analyse, il se fonde, du moins en partie, sur sa

in part, on his conclusion that législative overbreadth is not ground for striking out a legislative provision such as this, and that so long as the particular conduct in issue in the case is within an area where limits can be justified, the prosecution should be allowed to proceed. I address this argument later in the context of remedy.

III. *Is the Regulation Justified Under s. 1 of the Charter?*

A. The Test Under s. 1

Two criteria must be satisfied to establish that a limit on a *Charter* right is reasonable in a free and democratic society. First, the objective which the limit is designed to achieve must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right. Second, if such an objective is established, the party invoking s. 1 must show that the means chosen to achieve the objective, that is, the limit itself, is reasonable and demonstrably justified. To conclude that the means chosen are reasonable and demonstrably justified, the Court must be satisfied of three things:

1. the measures designed to meet the legislative objective must be rationally connected to the objective;
2. the means used should impair as little as possible the right or freedom in question; and,
3. there must be proportionality between the effect of the measures which are responsible for limiting the *Charter* right and the legislative objective of the limit on those rights. In effect, this involves balancing the invasion of rights guaranteed by the *Charter* against the objective to which the limitation of those rights is directed.

While the Canadian approach does not apply special tests to restrictions on commercial expression, our method of analysis does permit a sensitive, case-oriented approach to the determination of their constitutionality. Placing the conflicting values in their factual and social context when

conclusion que la trop grande portée législative ne justifie pas l'annulation d'une disposition législative comme celle-ci et que, dans la mesure où la conduite particulière visée dans cette affaire s'inscrit dans un domaine où les limites peuvent être justifiées, la poursuite devrait être autorisée à continuer. J'examine cet argument plus loin dans le contexte du redressement.

III. *Le Règlement est-il justifié en vertu de l'article premier de la Charte?*

A. Le critère relatif à l'article premier

Il faut satisfaire à deux critères pour établir qu'une limite à un droit accordé par la *Charte* est raisonnable dans une société libre et démocratique. Premièrement, l'objectif visé par la restriction doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit protégé par la Constitution. Deuxièmement, si un tel objectif est établi, la partie qui invoque l'article premier doit démontrer que le moyen choisi pour atteindre cet objectif, c'est-à-dire la restriction elle-même, est raisonnable et que sa justification peut être démontrée. Pour conclure que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut être démontrée, la Cour doit être convaincue de trois choses:

1. les mesures conçues pour satisfaire à l'objectif de la loi doivent avoir un lien rationnel avec celui-ci;
2. les moyens utilisés devraient porter atteinte le moins possible au droit ou à la liberté en question; et,
3. il doit exister une proportionnalité entre l'effet des mesures à l'origine de la restriction imposée au droit garanti par la *Charte* et l'objectif législatif de la restriction de ce droit. En effet, il faut soupeser l'atteinte aux droits garantis par la *Charte* en fonction de l'objectif visé par la restriction de ces droits.

Bien que la méthode canadienne ne consiste pas à appliquer des critères spéciaux aux restrictions imposées à l'expression commerciale, notre méthode d'analyse permet d'aborder la détermination de leur constitutionnalité avec sensibilité et en fonction de chaque cas particulier. En situant les

performing the s. 1 analysis permits the courts to have regard to special features of the expression in question. As Wilson J. notes in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, not all expression is equally worthy of protection. Nor are all infringements of free expression equally serious.

The expression limited by this regulation is that of dentists who wish to impart information to patients or potential patients. Their motive for doing so is, in most cases, primarily economic. Conversely, their loss, if prevented from doing so, is merely loss of profit, and not loss of opportunity to participate in the political process or the “marketplace of ideas”, or to realize one’s spiritual or artistic self-fulfillment: see *Irwin Toy, supra*, at p. 976. This suggests that restrictions on expression of this kind might be easier to justify than other infringements of s. 2(b).

On the other hand, it cannot be denied that expression of this kind does serve an important public interest by enhancing the ability of patients to make informed choices. Furthermore, the choice of a dentist must be counted as a relatively important consumer decision. To the extent, then, that this regulation denies or restricts access of consumers to information that is necessary or relevant to their choice of dentist, the infringement of s. 2(b) cannot be lightly dismissed.

These two opposing factors—that the expression is designed only to increase profit, and that the expression plays an important role in consumer choice—will be present in most if not all cases of commercial expression. Their precise mix, however, will vary greatly, which is why I believe it is inadvisable to create a special and standardized test for restrictions on commercial expression, as has been done in the United States. In *Irwin Toy*, for example, the majority did not emphasize the consumer choice aspect, because the expression in

valeurs contradictoires dans leur contexte factuel et social au moment de procéder à l’analyse fondée sur l’article premier, les tribunaux ont la possibilité de tenir compte des caractéristiques spéciales de l’expression en question. Comme le juge Wilson le fait remarquer dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, ce ne sont pas toutes les expressions qui méritent la même protection. Toutes les violations de la liberté d’expression ne sont pas également graves.

L’expression qui est restreinte par ce règlement est celle de dentistes qui désirent communiquer des renseignements à des patients réels ou éventuels. Dans la plupart des cas, leur raison d’agir ainsi est principalement d’ordre économique. À l’inverse, s’ils sont empêchés d’agir ainsi, la perte qu’ils subissent est simplement une perte de bénéfice et non une perte d’occasion de participer au processus politique ou au «marché des idées», ou de réaliser un épanouissement personnel sur le plan spirituel ou artistique: voir *Irwin Toy*, précité, à la p. 976. Cela laisse entendre qu’il se pourrait que des restrictions imposées à des expressions de ce genre soient plus faciles à justifier que d’autres atteintes à l’al. 2b).

Par ailleurs, l’on ne saurait nier qu’une expression de ce genre sert un intérêt public important en augmentant la capacité des patients de faire des choix éclairés. En outre, le choix d’un dentiste doit être considéré comme une décision relativement importante pour le consommateur. Alors, dans la mesure où ce règlement nie ou restreint l’accès des consommateurs à des renseignements qui sont nécessaires ou pertinents quant à leur choix d’un dentiste, la violation de l’al. 2b) ne peut être écartée à la légère.

Ces deux facteurs opposés, savoir que l’expression n’est destinée qu’à augmenter le bénéfice et qu’elle joue un rôle important dans le choix du consommateur, seront présents dans la plupart des cas d’expression commerciale sinon dans tous les cas. Toutefois, leurs proportions précises varieront beaucoup et c’est pourquoi je suis d’avis qu’il est déconseillé de créer un critère spécial et normalisé pour les restrictions en matière d’expression commerciale, comme cela a été fait aux États-Unis. Dans l’arrêt *Irwin Toy*, par exemple, la Cour à la

question was advertising aimed at children, and the majority clearly felt that protection of consumer choice in children was much less important than it would be in adults. That left the relatively weak value of protecting the appellant's interest in advertising to increase profits to be pitted against the strong countervailing value of protecting children from economic exploitation.

The majority in *Irwin Toy* also identified another factor that will be present in many cases of regulation of commercial expression. They suggested that substantial latitude should be given to legislatures that act to protect a vulnerable group, or to mediate between competing groups, distinguishing this type of legislation from that in which the state appears as antagonist to the individual (such as traditional criminal law).

In the case at bar, it must be recognized that the element of consumer choice is more significant than it was in *Irwin Toy*. But in another sense, there are parallels. Consumers of dental services would be highly vulnerable to unregulated advertising. As non-specialists, they would lack the ability to evaluate competing claims as to the quality of different dentists. Indeed, the practice of dentistry, like other professions, calls for so much exercise of subjective personal judgment that claims about the quality of different dentists may be inherently incapable of verification. Furthermore, the choice of a dentist is, as noted above, a relatively important one. The consuming public would thus be far more vulnerable to unregulated advertising from dental professionals than it would be to unregulated advertising from manufacturers or suppliers of many other, more standardized, goods or services. The fact that the provincial legislature here acted to protect a vulnerable group argues in

majorité n'a pas insisté sur l'aspect du choix du consommateur parce que l'expression en question était la publicité destinée aux enfants et la Cour à la majorité était clairement d'avis que la protection du choix du consommateur pour les enfants était beaucoup moins importante qu'elle ne l'aurait été pour des adultes. Il ne restait qu'à soupeser la valeur relativement faible de la protection de l'intérêt qu'a l'appelant dans la publicité pour augmenter ses bénéfices en fonction de la forte valeur opposée de la protection des enfants contre l'exploitation économique.

Les juges de la majorité dans l'arrêt *Irwin Toy* ont également identifié un autre facteur qui sera présent dans un grand nombre de cas de réglementation de l'expression commerciale. Ils ont laissé entendre qu'une latitude importante devrait être accordée au législateur qui agit pour protéger un groupe vulnérable ou pour servir d'intermédiaire entre des groupes concurrents, en établissant une distinction entre ce genre de loi et celle dans laquelle l'État se présente comme l'adversaire d'une personne (comme dans le droit criminel traditionnel).

En l'espèce, il faut reconnaître que l'élément du choix du consommateur est plus important que dans l'arrêt *Irwin Toy*. Mais dans un autre sens, ils sont parallèles. Les consommateurs de services dentaires seraient très vulnérables face à de la publicité non réglementée. N'étant pas spécialistes, ils ne seraient pas en mesure d'évaluer les prétentions opposées concernant la qualité de différents dentistes. En fait, la pratique de l'art dentaire, comme toute autre profession, exige tellement d'exercice de jugement personnel subjectif que les prétentions concernant la qualité de différents dentistes peuvent être impossibles à vérifier en soi. De plus, le choix d'un dentiste est, comme on l'a déjà mentionné, relativement important. Les consommateurs seraient donc beaucoup plus vulnérables face à une publicité non réglementée de la part des professionnels de l'art dentaire qu'ils ne le seraient à l'égard de la publicité non réglementée de manufacturiers ou de fournisseurs d'un grand nombre d'autres biens ou services plus normalisés. Le fait que le législateur provincial a agi en l'espèce pour protéger un groupe vulnérable milite en faveur du

favour of viewing its attempted compromise with some deference.

With these considerations in mind, I now turn to the application of the s. 1 test.

B. Application of the Test

(1) *The Objective of the Regulation*

In determining whether the Regulation is saved under s. 1, the first question is whether the objective of the Regulation is of sufficient importance as to be capable of overriding a *Charter* right.

It is difficult to overstate the importance in our society of the proper regulation of our learned professions. Indeed, it is not disputed that the provinces have a legitimate interest in regulating professional advertising. The maintenance of professionalism and the protection of the public are at the heart of such regulations. As Dubin A.C.J.O. put it at p. 371:

... [unregulated professional advertising] would only encourage the least competent and most unscrupulous dentists to respond in kind to the confusion and detriment of the public and to the diminution of the professionalism of the dental profession. In that respect, I repeat what was stated by Chief Justice Hughes in *Semler v. Oregon State Board of Dental Examiners*, *supra*, when he stated:

... the community is concerned in providing safeguards not only against deception, but against practices which would tend to demoralize the profession by forcing its members into an unseemly rivalry which would enlarge the opportunities of the least scrupulous. What is generally called the "ethics" of the profession is but the consensus of expert opinion as to the necessity of such standards.

In this passage, Dubin A.C.J.O. identifies two major aims of regulation of professional advertising. The first is maintenance of a high standard of professionalism (as opposed to commercialism) in the profession. The second is to protect the public from irresponsible and misleading advertising. I have earlier observed that in the United States a distinction has been drawn between restrictions on information about standardized products and restrictions on claims that are inherently not suscept-

point de vue que sa tentative de compromis doit être considérée avec une certaine déférence.

Compte tenu de ces considérations, j'examine maintenant l'application du critère de l'article premier.

B. Application du critère

(1) *L'objectif du Règlement*

Pour déterminer si le règlement est sauvegardé en vertu de l'article premier, il faut d'abord se demander si l'objectif du Règlement est suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la *Charte*.

Il est difficile d'exagérer l'importance dans notre société de la juste réglementation de nos professions. En fait, il n'est pas contesté que les provinces ont un intérêt légitime dans la réglementation de la publicité professionnelle. Le maintien du professionnalisme et la protection du public sont au cœur de ces règlements. Comme l'a dit le juge Dubin, à la p. 371:

[TRADUCTION] ... [la publicité professionnelle non réglementée] encouragerait seulement les dentistes les moins compétents et les moins scrupuleux à répondre de même façon à la confusion et au détriment du public et à la diminution du professionnalisme dans la profession dentaire. À cet égard, je reprends les motifs du juge en chef Hughes dans l'arrêt *Semler v. Oregon State Board of Dental Examiners*, précité, lorsqu'il a dit:

... la collectivité tient à fournir des garanties non seulement contre la tromperie, mais également contre des pratiques qui auraient tendance à démoraliser la profession en forçant ses membres à s'engager dans une rivalité inconvenante qui augmenterait les chances des moins scrupuleux. Ce qui généralement est appelé «l'éthique» de la profession n'est rien d'autre qu'un consensus d'opinions d'experts sur la nécessité de telles normes.

Dans cet extrait, le juge Dubin identifie deux objectifs importants de la réglementation de la publicité professionnelle. Le premier est le maintien d'une norme élevée de professionnalisme (par opposition au mercantilisme) de la profession. Le deuxième est la protection du public contre la publicité irresponsable et trompeuse. J'ai mentionné précédemment qu'aux États-Unis une distinction avait été établie entre les restrictions sur les renseignements relatifs aux produits normalisés

ible of verification. If a dentist or other professional claims to be more competent than his or her colleagues, there is no way in which the average consumer can verify that claim. In such circumstances professional regulation of advertising is clearly justified.

I have no difficulty in concluding that it is essential to accord to professional societies the power to regulate the methods by which their members advertise, even though this may infringe the freedom of expression guaranteed to their members by s. 2(b) of the *Charter*. The only question is whether the regulation here in question meets the second branch of the test under s. 1—whether the particular limit in question is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

(2) *Whether the Particular Limit is Reasonable and Demonstrably Justified*

The first question is whether s. 37(39) is rationally connected to its objective. For the reasons I have given, I think it is. The objectives of promoting professionalism and avoiding irresponsible and misleading advertising will clearly be furthered by s. 37(39).

The second question is whether the means used impair the freedom as little as possible. It is here that difficulties arise. Section 37(39) is very broadly drafted. It starts with an absolute prohibition on all advertising, going on to set out exceptions. It is easy to think of examples of expression not falling within the exceptions which should clearly be permitted. For example, it is conceded that dentists should be able to advertise their hours of operation and the languages they speak, information which would be useful to the public and present no serious danger of misleading the public or undercutting professionalism.

Such examples equally suggest that the third requirement—that there be proportionality between the effect of the legislative measure and the

et celles sur les prétentions qui, en soi, ne peuvent être vérifiées. Si un dentiste ou un autre professionnel prétend être plus compétent que ses collègues, le consommateur moyen n'est aucunement en mesure de vérifier cette prétention. Dans de telles circonstances, la réglementation de la publicité professionnelle est clairement justifiée.

Je conclus facilement qu'il est essentiel d'accorder aux sociétés professionnelles le pouvoir de réglementer les méthodes de publicité de leurs membres, même si cela peut porter atteinte à la liberté d'expression que leur garantit l'al. 2b) de la *Charte*. La seule question est de savoir si le règlement visé en l'espèce satisfait au deuxième volet du critère de l'article premier, savoir si la limite particulière en question est raisonnable et si sa justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique.

(2) *La restriction particulière est-elle raisonnable et sa justification peut-elle être démontrée?*

La première question est de savoir si le par. 37(39) a un lien rationnel avec son objectif. Pour les motifs que j'ai exposés, j'estime que oui. Les objectifs de la promotion du professionnalisme et de la prévention de la publicité irresponsable et trompeuse seront clairement favorisés par le par. 37(39).

La deuxième question est de savoir si les moyens utilisés portent atteinte le moins possible à la liberté. C'est ici que surgissent les difficultés. Le paragraphe 37(39) est rédigé de façon très large. Il débute par une interdiction absolue de toute publicité pour ensuite énoncer des exceptions. Il est facile d'imaginer des exemples d'expressions qui ne s'inscrivent pas dans les exceptions et qui seraient clairement autorisées. Par exemple, on reconnaît que les dentistes devraient être en mesure d'annoncer leurs heures de bureau et les langues qu'ils parlent; ce sont des renseignements qui seraient utiles pour le public et qui ne présentent aucun danger grave d'induire le public en erreur ou de diminuer le professionnalisme.

De tels exemples laissent également entendre que la troisième condition, savoir qu'il y ait proportionnalité entre l'effet de la mesure législative

objective—is not met. The effect of s. 37(39) is clearly to prohibit expression which in no way furthers its objectives. The aims of promoting professionalism and preventing irresponsible and misleading advertising on matters not susceptible of verification do not require the exclusion of much of the speech which is prohibited by s. 37(39). In the result, the effect of the impugned provision is disproportionate to its objectives. Moreover, the value served by free expression in the case of professional advertising is not purely the enhancement of the advertiser's opportunity to profit, as was the case in *Irwin Toy*. The public has an interest in obtaining information as to dentists' office hours, the languages they speak, and other objective facts relevant to their practice—information which s. 37(39) prohibits dentists from conveying by advertising. Useful information is restricted without justification. These considerations satisfy me that the adverse effect of infringement of s. 2(b) in this case outweighs the benefits conferred by the legislation.

I conclude that s. 37(39) of the Regulation cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

III. *Remedy*

I have found s. 37(39) of the Regulation to violate the *Charter*. The question remains of the appropriate remedy. Should it be struck out under s. 52? Or is there a preferable alternative?

Dubin A.C.J.O. in the Court of Appeal would not have struck the section out merely because it might apply overbroadly to situations not at issue in this case. The remedy, in his view, was to decline to enforce the section if and when a case arises which brings its excessive ambit into question. This, as has been seen, reflects the American approach to commercial speech. Rather than striking down overbroad legislation limiting commer-

et l'objectif visé, n'est pas remplie. L'effet du par. 37(39) est clairement d'interdire l'expression qui ne favorise d'aucune façon ses objectifs. Les buts de la promotion du professionnalisme et de la prévention de la publicité irresponsable et trompeuse sur des questions qui ne sont pas susceptibles d'être vérifiées n'exigent pas l'exclusion d'une grande partie du discours qui est interdit par le par. 37(39). En définitive, l'effet de la disposition contestée est disproportionné à ses objectifs. De plus, la valeur appuyée par la liberté d'expression dans le cas de la publicité professionnelle n'est pas purement une augmentation de la possibilité de l'annonceur de réaliser des bénéfices comme c'était le cas dans l'arrêt *Irwin Toy*. Le public a intérêt à obtenir des renseignements sur les heures de bureau du dentiste, sur la langue qu'il parle et sur d'autres faits objectifs pertinents à son travail—des renseignements que le par. 37(39) interdit au dentiste de transmettre par la publicité. Des renseignements utiles sont exclus sans justification. Ces considérations me convainquent que l'effet néfaste de la violation de l'al. 2b) en l'espèce e l'emporte sur les avantages conférés par le règlement en question.

Je conclus que le par. 37(39) du Règlement ne peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*.

III. *Redressement*

J'ai conclu que le par. 37(39) du Règlement g viole la *Charte*. Il reste à déterminer la question du redressement convenable. Devrait-il être annulé en vertu de l'art. 52? Ou y a-t-il une autre solution préférable?

Le juge Dubin de la Cour d'appel n'aurait pas annulé la disposition du seul fait qu'elle pourrait s'appliquer d'une manière trop large à des situations qui n'étaient pas soulevées en l'espèce. À son avis, le redressement devait consister à refuser d'appliquer la disposition dans un cas qui met en cause sa portée excessive. Comme je l'ai mentionné précédemment, cette situation reflète le point de vue américain à l'égard de l'expression commerciale. Plutôt que d'annuler une mesure législative de portée trop générale qui limite l'expression commerciale, les tribunaux américains ont simple-

cial speech, American courts have merely declined to enforce it to the extent that it is overbroad.

The danger of leaving legislation in force which is too broad is that it may prevent people from engaging in lawful activities by reason of the fact that the prohibition is still "on the books". In the United States, courts have concluded that where commercial speech is concerned this prospect is not so serious that legislation must be struck down.

I am not convinced that this is the case, at least where professional persons are concerned. Professionals are typically very concerned with their standing in the profession, and few would be inclined to set themselves against their governing bodies. Short of a deliberate test case, there is no reason to expect another dentist to advertise factual information which contravenes the Regulation in a way that should be protected under s. 2(b). I am not prepared to accept the remedy advocated by Dubin A.C.J.O.

If section 37(39) cannot be left in place because of the adverse effect this might have on legitimate speech, the further question arises whether the portions which are overbroad should be struck out. The idea that the Court might do so is supported by the fact that s. 52 of the *Constitution Act, 1982* nullifies laws which infringe its guarantees only to the extent that they are inconsistent with the *Charter*. In my view it would be inappropriate to do so in this case because of the way the section is drafted. This is not a case where specific offending provisions could be struck out, leaving the balance of the section to stand as a functioning whole. Because the section is cast in the form of limited exclusions to a general prohibition, the Court would be required to supply further exceptions. To my mind, this is for the legislators. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, Dickson J., as he then was, speaking for the Court, stated at p. 169:

While the courts are guardians of the Constitution and of individuals' rights under it, it is the legislature's responsibility to enact legislation that embodies appropriate safeguards to comply with the Constitution's

ment refusé de l'appliquer dans la mesure où elle était trop générale.

Le danger de maintenir en vigueur une mesure législative trop générale est qu'elle peut empêcher des personnes de s'engager dans des activités licites du fait que l'interdiction est toujours en vigueur. Aux États-Unis, les tribunaux ont conclu que lorsque l'expression commerciale est visée, cette perspective n'est pas assez sérieuse pour que la mesure législative doive être annulée.

Je ne suis pas convaincue que c'est le cas, du moins lorsqu'il s'agit de membres d'une profession. Ceux-ci sont typiquement très préoccupés par leur position dans leur profession et peu d'entre eux seraient prêts à s'opposer à leur ordre professionnel. En l'absence de contestation type délibérée, il n'y a aucune raison de s'attendre à ce qu'un autre dentiste annonce des renseignements factuels qui contreviennent au Règlement d'une manière qui devrait être protégée aux termes de l'al. 2b). Je ne suis pas prête à accepter le redressement préconisé par le juge Dubin.

Si le par. 37(39) ne peut être conservé en raison de l'effet préjudiciable que cela pourrait avoir sur l'expression légitime, il faut alors se demander si les parties qui ont une portée trop générale devraient être supprimées. L'idée que la Cour devrait le faire est appuyée par le fait que l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* annule les lois qui portent atteinte à ses garanties seulement dans la mesure où elles sont incompatibles avec la *Charte*. À mon avis, il ne conviendrait pas de le faire en l'espèce à cause de la manière dont l'article est rédigé. Il ne s'agit pas d'un cas où on pourrait annuler des dispositions fautives précises et laisser le reste de l'article en vigueur comme un ensemble fonctionnel. Parce que l'article est rédigé sous forme d'exceptions limitées à une interdiction générale, la Cour serait tenue d'ajouter d'autres exceptions. À mon avis, il appartient au législateur de le faire. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, le juge Dickson, alors juge puîné, affirme, au nom de la Cour, à la p. 169:

Même si les tribunaux sont les gardiens de la Constitution et des droits qu'elle confère aux particuliers, il incombe à la législature d'adopter des lois qui contiennent les garanties appropriées permettant de satisfaire

requirements. It should not fall to the courts to fill in the details that will render legislative lacunae constitutional.

I am satisfied that judicial revision of s. 37(39) of the Regulation would be inappropriate. I specifically leave aside the question of whether it might in other cases be appropriate for the Court to read down legislation by substituting an appropriate constitutional limit for an overbroad limit.

I am conscious of the difficulties involved in drafting prohibitions on advertising which will catch misleading, deceptive and unprofessional advertising while permitting legitimate advertising. I am also aware of the historical reasons why s. 37(39) was drafted in the form of an absolute prohibition subject to specified sections, a method of legislative drafting almost certain to raise the spectre of *Charter* infringement. Notwithstanding such considerations, I am satisfied that if the appropriate distinctions are borne in mind, it will not be impossible to draft regulations which prohibit advertising which is unverifiable and unprofessional while permitting advertising which serves a legitimate purpose in furnishing the public with relevant information. Indeed, having regard to the importance of promoting professionalism and preventing irresponsible and misleading advertising, a consideration that should outweigh the protection of any commercial interests of professionals, a heavy duty rests on professional bodies to adopt appropriate regulations which do so without restricting unduly the freedom of expression of their members.

Conclusion

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Shibley, Righton & McCutcheon, Toronto.

Solicitors for the respondents: Teplitsky, Colson, Toronto.

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

aux exigences de la Constitution. Il n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives.

Je suis convaincue qu'il ne conviendrait pas de procéder à un révision judiciaire du texte du par. 37(39) du Règlement. J'écarte expressément la question de savoir s'il conviendrait dans d'autres cas que la Cour donne une interprétation atténuée à la loi en substituant une restriction constitutionnelle appropriée à une disposition trop large.

Je suis consciente des difficultés que soulève la rédaction d'interdictions en matière de publicité qui atteindront la publicité trompeuse, mensongère et non professionnelle tout en autorisant la publicité légitime. Je suis également au courant des raisons historiques pour lesquelles le par. 37(39) a été rédigé sous la forme d'une interdiction absolue sous réserve de dispositions précises, une méthode de rédaction législative qui fait naître presque assurément le spectre d'une violation de la *Charte*. Nonobstant ces considérations, je suis convaincue que si l'on garde à l'esprit les distinctions appropriées, il ne sera pas impossible de rédiger des règlements qui interdiront la publicité qui ne peut être vérifiée et qui n'est pas professionnelle tout en autorisant la publicité qui sert un but légitime en transmettant au public des renseignements pertinents. Certes, compte tenu de l'importance de promouvoir le professionnalisme et de prévenir la publicité irresponsable et trompeuse, un objectif qui doit l'emporter sur la protection de tout intérêt commercial des professionnels, il incombe aux corps professionnels à titre de devoir impératif d'adopter des règlements appropriés qui réalisent cette fin sans restreindre indûment la liberté d'expression de leurs membres.

Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants: Shibley, Righton & McCutcheon, Toronto.

Procureurs des intimés: Teplitsky, Colson, Toronto.

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

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Sheldon S. *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General of Quebec and the Attorney
General for Saskatchewan** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. S. (S.)

File No.: 20845.

1989: March 23; 1990: June 28.

Present: Dickson C.J. and Lamer, Wilson, La Forest,
Sopinka, Gonthier and Cory JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Young offenders — Alternative measures — Ontario choosing not to implement alternative measures programs — Whether s. 4 of Young Offenders Act imposes mandatory obligation on provinces to authorize such programs — Whether s. 4 intra vires Parliament — Whether Ontario's failure to implement alternative measures programs infringes a young offender's right to equality before the law under s. 15 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, ss. 3, 4.

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Young Offenders Act — Alternative measures — Provinces permitted under s. 4 of Young Offenders Act to implement alternative measures programs for young offenders — Whether s. 4 intra vires Parliament — Whether s. 4 encroaches upon provincial jurisdiction over child welfare — Whether s. 4 is unconstitutional delegation of Parliament's authority over criminal law — Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(13) — Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, s. 4.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality before the law — Discrimination on basis of province of residence — Ontario failing to implement alternative measures programs pursuant to s. 4 of Young Offenders Act — Whether Ontario's failure to implement such programs infringes s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether s. 4 of the Act

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Sheldon S. *Intimé*

a

et

**Le procureur général du Canada, le procureur
général du Québec et le procureur général de
la Saskatchewan** *Intervenants*

b

RÉPERTORIÉ: R. c. S. (S.)

N° du greffe: 20845.

1989: 23 mars; 1990: 28 juin.

c

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer,
Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier et Cory.

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

d

Droit criminel — Jeunes contrevenants — Mesures de rechange — L'Ontario choisit de ne pas mettre en œuvre des programmes de mesures de rechange — L'article 4 de la Loi sur les jeunes contrevenants impose-t-il aux provinces une obligation impérative d'autoriser de tels programmes? — L'article 4 est-il intra vires du Parlement? — L'omission de l'Ontario de mettre en œuvre un programme de mesures de rechange est-elle une atteinte au droit d'un jeune contrevenant à l'égalité devant la loi en vertu de l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110, art. 3, 4.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs législatifs — Loi sur les jeunes contrevenants — Mesures de rechange — L'article 4 de la Loi sur les jeunes contrevenants autorise les provinces à mettre en œuvre des programmes de mesures de rechange pour les jeunes contrevenants — L'article 4 est-il intra vires du Parlement? — L'article 4 empiète-t-il sur la compétence provinciale en matière de protection de l'enfance? — L'article 4 opère-t-il une délégation inconstitutionnelle de la compétence du Parlement relativement au droit criminel? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(13) — Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110, art. 4.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Égalité devant la loi — Discrimination fondée sur la province de résidence — Omission par l'Ontario de mettre en œuvre un programme de mesures de rechange conformément à l'art. 4 de la Loi sur les jeunes contrevenants — L'omission de l'Ontario de mettre en œuvre un tel programme viole-t-elle l'art. 15(1) de la Charte cana-

infringes s. 15(1) of Charter — Impact of s. 15(1) of Charter on distinctions based upon province of residence in the application of a valid federal law.

The respondent, a young offender, was charged with possession of stolen goods. Before he entered a plea, his counsel brought a motion alleging that Ontario's failure to designate "alternative measures programs" for the purposes of s. 4 of the *Young Offenders Act* resulted in a violation of the respondent's right to equality before the law, as guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Section 4 provides that "alternative measures may be used to deal with a young person alleged to have committed an offence instead of judicial proceedings under this Act only if" a number of conditions are met. The judge held that the Attorney General for Ontario was under a positive duty to authorize alternative measures programs in the province by virtue of s. 3(1)(d) and (f) of the Act, and that the failure to implement such programs, which were available to young offenders in all the other provinces, infringed the respondent's s. 15(1) right. He concluded that the infringement could not be justified under s. 1 of the *Charter* and dismissed the charge. Before the Court of Appeal, the appellant submitted that s. 4 of the Act was, in pith and substance, legislation in relation to child welfare, a matter falling within the sphere of provincial legislative competence under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. The court rejected this argument, upheld the trial judge's decision on the s. 15(1) issue and dismissed the appeal.

Held: The appeal should be allowed.

(1) *Section 4 of the Young Offenders Act*

Section 4(1) of the Act does not oblige the provinces to implement alternative measures programs; rather, the legislation leaves the decision to the discretion of each province. The use of the word "may" in s. 4(1) and the absence of an obligation expressed in unequivocally mandatory language lead to that conclusion. The word "should" in s. 3(1)(d) of the Act, which states that "taking measures other than judicial proceedings under this Act should be considered for dealing with young persons who have committed offences", does not provide evidence of a mandatory duty. In the context of s. 3(1)(d), the word "should" denotes simply a "desire or request" and not a legal obligation. Section 4(1) thus gives to the provincial Attorneys General a power, but

dienne des droits et libertés? — L'article 4 de la Loi viole-t-il l'art. 15(1) de la Charte? — Effet de l'art. 15(1) de la Charte sur des distinctions fondées sur la province de résidence dans l'application d'une loi fédérale valide.

L'intimé, un jeune contrevenant, a été accusé de possession de biens volés. Avant que son plaidoyer soit inscrit, son avocat a présenté une requête alléguant que l'omission de l'Ontario d'autoriser un «programme de mesures de rechange» aux fins de l'art. 4 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* a entraîné la violation du droit à l'intimé à l'égalité devant la loi, garanti par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Aux termes de l'art. 4, «le recours à des mesures de rechange à l'endroit d'un adolescent à qui une infraction est imputée, plutôt qu'aux procédures judiciaires prévues par la présente loi, peut se faire si» certaines conditions sont réunies. Le juge a conclu que les al. 3(1)(d) et (f) de la Loi imposaient au procureur général de l'Ontario une obligation positive d'autoriser un programme de mesures de rechange en Ontario et que l'omission de mettre en œuvre un tel programme, alors qu'il en existait à l'intention des jeunes contrevenants dans toutes les autres provinces, portait atteinte au droit reconnu à l'intimé par le par. 15(1). Ayant décidé que cette atteinte ne pouvait se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*, il a rejeté l'accusation. Devant la Cour d'appel, l'appellante a fait valoir que l'art. 4 de la Loi était, de par son caractère véritable, une disposition législative concernant la protection de l'enfance, matière relevant de la compétence législative provinciale aux termes du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La cour a rejeté cet argument, confirmé la décision du juge de première instance sur la question touchant le par. 15(1) et rejeté l'appel.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

(1) *L'article 4 de la Loi sur les jeunes contrevenants*

Le paragraphe 4(1) de la Loi n'oblige pas les provinces à mettre en œuvre des programmes de mesures de rechange mais laisse à chacune d'elles le soin de prendre une décision à cet égard. L'emploi du mot «peut» au par. 4(1) et l'absence d'une obligation exprimée dans des termes impératifs non équivoques mènent à cette conclusion. L'expression «il y a lieu» figurant à l'al. 3(1)(d) de la Loi, disposition portant qu'«il y a lieu, dans le traitement des jeunes contrevenants, d'envisager [...] la substitution de mesures de rechange aux procédures judiciaires prévues par la présente loi», n'indique pas une obligation impérative. Dans le contexte de l'al. 3(1)(d), l'expression «il y a lieu» ne dénote qu'un «souhait ou une demande» et non une obligation imposée par la loi. Le

not a duty, to develop and implement alternative measures programs.

(2) *Section 91(27) of the Constitution Act, 1867*

Section 4 of the Act is *intra vires* Parliament. The Act as a whole is valid criminal law. It addresses the commission of offences contrary to the *Criminal Code* and other federal criminal law statutes. While s. 4(1) differs from most criminal law remedial statutes in that the focus is on alternatives to more traditional criminal sanctions, the federal legislative power over criminal law is sufficiently flexible to recognize new developments in methods of dealing with offenders. Indeed, Parliament's jurisdiction under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867* extends beyond the confines of creating offences and establishing penalties. The discretion to create an alternative measures program pursuant to s. 4 represents a legitimate attempt to deter young offenders from continued criminal activity. There is a concern with preventing recidivism and with balancing the interests of the offending young person with those of society. Section 4, therefore, was a valid exercise of Parliament's legislative authority under s. 91(27).

Section 4 of the Act is not an unconstitutional delegation of Parliament's authority over criminal law and procedure. There is no limitation imposed by the *Constitution Act, 1867* on Parliament's ability to leave the implementation of alternative measures programs to the discretion of the provincial Attorneys General. The provinces have accepted a delegation of responsibility from Parliament in respect of prosecutions, including the prosecution of young offenders (s. 2 of the *Criminal Code* and s. 2(4) of the Act). The discretion to establish alternative measures programs is clearly incidental to that legitimate delegation.

(3) *Section 15 of the Charter*

Since s. 4 of the Act does not impose a mandatory duty on the province to establish alternative measures programs, the Attorney General for Ontario's decision not to authorize such programs cannot contravene the respondent's equality rights under s. 15(1) of the *Charter*. His decision was made in accordance with the permissive terms of s. 4. That section, and not the

paragraphe 4(1) confère donc aux procureurs généraux provinciaux le pouvoir, sans leur imposer l'obligation, d'élaborer et de mettre en œuvre des programmes de mesures de rechange.

^a (2) *Le paragraphe 91(27) de la Loi constitutionnelle de 1867*

L'article 4 de la Loi est *intra vires* du Parlement. La Loi dans son ensemble est une loi valide en matière criminelle. Elle traite de la perpétration d'infractions au *Code criminel* et à d'autres lois fédérales de caractère pénal. Bien que le par. 4(1) diffère de la plupart des lois réparatrices relevant du droit criminel en ce qu'il met l'accent sur des mesures de rechange pouvant être substituées aux sanctions criminelles plus traditionnelles, la compétence législative fédérale en matière de droit criminel est assez souple pour permettre de tenir compte de nouvelles méthodes de traitement des contrevenants. De fait, la compétence dont le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* investit le Parlement ne se borne pas à la création d'infractions et à la fixation de peines. Le pouvoir discrétionnaire de mettre sur pied un programme de mesures de rechange conformément à l'art. 4 représente une tentative légitime de dissuader les jeunes contrevenants de continuer dans la voie criminelle. On y voit le souci de prévenir la récidive et de tenir compte des intérêts à la fois de «l'adolescent» auteur de l'infraction et de la société. L'article 4 est donc un exercice valide du pouvoir législatif conféré au Parlement par le par. 91(27).

L'article 4 de la Loi n'opère pas une délégation inconstitutionnelle de la compétence du Parlement relativement au droit criminel et à la procédure criminelle. La *Loi constitutionnelle de 1867* ne limite aucunement le pouvoir du législateur fédéral de laisser la mise en œuvre de programmes de mesures de rechange à la discrétion des procureurs généraux provinciaux. Les provinces ont accepté la responsabilité à l'égard des poursuites, y compris celles contre les jeunes contrevenants (art. 2 du *Code criminel* et par. 2(4) de la Loi), que leur a déléguée le Parlement. Le pouvoir discrétionnaire d'établir des programmes de mesures de rechange est manifestement accessoire à cette délégation légitime.

ⁱ (3) *L'article 15 de la Charte*

Comme l'art. 4 de la Loi n'impose pas à la province une obligation impérative d'établir un programme de mesures de rechange, la décision du procureur général de l'Ontario de ne pas autoriser un tel programme ne peut porter atteinte aux droits à l'égalité reconnus à l'intimé par le par. 15(1) de la *Charte*. Sa décision a été prise en conformité avec les termes de l'art. 4 exprimant

discretionary determination made by the Attorney General pursuant to its provisions, constitutes "the law" for the purposes of a s. 15 challenge. Further, once it is determined that there is no duty on the Attorney General for Ontario to implement alternative measures programs, the non-exercise of discretion cannot be constitutionally attacked simply because it creates differences among provinces. To find otherwise would potentially open to *Charter* scrutiny every jurisdictionally permissible exercise of power by a province, solely on the basis that it creates a distinction in how individuals are treated in different provinces. The constitutionality of s. 4, in terms of compliance with the *Charter*, was not in issue in this appeal.

The outcome of this appeal would be no different had s. 4 been challenged directly. As a result of the discretion granted by Parliament to the provincial Attorneys General, alternative measures programs were available to young offenders in all the provinces of Canada except Ontario. The absence of this benefit in that province must be considered a legal disadvantage imposed upon young offenders resident in Ontario. However, while the respondent has established that he was not receiving equal treatment before and under the law or that the law has a differential impact on him in the protection or benefit accorded by law, he did not establish that s. 4 was discriminatory. In a federal system of government, the values underlying s. 15(1) cannot be given unlimited scope. The division of powers not only permits differential treatment based upon province of residence, it mandates and encourages geographical distinction. Unequal treatment which stems solely from the exercise, by provincial legislators, of their legitimate jurisdictional powers cannot be the subject of a s. 15(1) challenge on the basis only that it creates distinctions based upon province of residence. A case-by-case approach is appropriate to determine whether province-based distinctions which arise from the application of federal law contravene s. 15(1) of the *Charter*. Here, the legislation does not amount to a distinction which is based upon a "personal characteristic" for the purposes of s. 15(1). Differential application of federal law can be a legitimate means of forwarding the values of a federal system, especially in the context of the administration of the criminal law, where differential application is constitutionally fostered by ss. 91(27) and 92(14) of the *Constitution Act, 1867*. The area of criminal law and its application is one in which the balancing of national interests and local concerns has been accomplished by a

une faculté. C'est cet article, et non pas la détermination discrétionnaire faite par le procureur général en application de ses dispositions, qui constitue «la loi» aux fins d'une contestation fondée sur l'art. 15. De plus, une fois qu'on décide qu'il n'incombe au procureur général de l'Ontario aucune obligation de mettre en œuvre un programme de mesures de rechange, le non-exercice du pouvoir discrétionnaire ne peut, du seul fait qu'il engendre des différences entre les provinces, donner prise à une attaque fondée sur la Constitution. La conclusion contraire pourrait avoir pour conséquence d'exposer à l'examen en vertu de la *Charte* tout exercice par une province d'un pouvoir relevant de sa compétence, examen dont l'unique fondement serait que cet exercice crée une distinction quant au traitement accordé aux particuliers dans différentes provinces. La constitutionnalité de l'art. 4, du point de vue de sa conformité avec la *Charte*, n'est pas en cause dans le pourvoi.

L'issue du pourvoi n'aurait pas été différente si l'on avait contesté directement l'art. 4. En raison de l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire par le législateur fédéral aux procureurs généraux provinciaux, il existait des programmes de mesures de rechange à l'intention des jeunes contrevenants dans toutes les provinces du Canada sauf l'Ontario. L'absence de cet avantage dans cette province doit être considérée comme défavorisant sur le plan juridique les jeunes contrevenants y résidant. Toutefois, si l'intimé a prouvé qu'il ne bénéficiait pas d'un traitement égal devant la loi et dans la loi, ou que la loi avait un effet particulier sur lui en ce qui concerne la protection ou le bénéfice qu'elle offrait, il n'a pas établi le caractère discriminatoire de l'art. 4. Dans un système fédéral de gouvernement, on ne peut donner aux valeurs sous-tendant le par. 15(1) une portée illimitée. Non seulement le partage des compétences permet un traitement différent selon la province de résidence, mais il autorise et encourage des distinctions d'ordre géographique. Le traitement inégal qui résulte uniquement de l'exercice par les législateurs provinciaux de leurs compétences légitimes ne saurait, du seul fait qu'il crée des distinctions fondées sur la province de résidence, être attaqué sur le fondement du par. 15(1). Il convient de procéder cas par cas pour déterminer si des distinctions fondées sur la province qui résultent de l'application d'une loi fédérale vont à l'encontre du par. 15(1) de la *Charte*. Aux fins du par. 15(1), la loi en cause en l'espèce n'établit pas une distinction fondée sur une «caractéristique personnelle». Des différences dans l'application d'une loi fédérale peuvent représenter un moyen légitime de promouvoir les valeurs d'un système fédéral, surtout dans le contexte de l'administration du droit criminel, où les différences d'application sont favorisées par les par. 91(27) et 92(14) de la *Loi constitu-*

constitutional structure that both permits and encourages federal-provincial cooperation. Further, although s. 4 of the Act is valid federal law, it is not wholly unconnected to child welfare—a matter of provincial jurisdiction. Differential application of the law through federal-provincial cooperation is a legitimate means whereby governments can overcome the rigidity of the “watertight compartments” of the distribution of powers with respect to matters that are not easily categorized or dealt with by one level of government alone.

Cases Cited

Applied: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Attorney General of British Columbia v. Smith*, [1967] S.C.R. 702; **considered:** *Julius v. Bishop of Oxford* (1880), 5 App. Cas. 214; **distinguished:** *Regional Municipality of Peel v. MacKenzie*, [1982] 2 S.C.R. 9; **referred to:** *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *R. v. M. (S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446; *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940; *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. The Queen*, [1956] S.C.R. 303; *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; *Fredericton v. The Queen* (1880), 3 S.C.R. 505; *R. v. Burnshine*, [1975] 1 S.C.R. 693; *R. v. Cornell*, [1988] 1 S.C.R. 461.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15, 24.
Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(13), (14).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 2 “Attorney General” [rep. & sub. 1985, c. 19, s. 2].
Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, ss. 2(1) “alternative measures”, (4), 3, 4.

Authors Cited

Bala, Nicholas and Heino Lilles, *The Young Offenders Act Annotated*. Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1984.
 Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*. Translated by Katherine Lippel, John Philpot and Bill Schabas. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, Inc., 1984.

tionnelle de 1867. Le droit criminel et son application sont un domaine dans lequel un équilibre a pu être établi entre les intérêts nationaux et les préoccupations locales grâce à une structure constitutionnelle qui permet et encourage à la fois la collaboration du fédéral et des provinces. En outre, bien que l’art. 4 de la Loi soit une mesure législative fédérale valide, elle a tout de même un certain rapport avec la protection de l’enfance, qui relève de la compétence provinciale. Des différences d’application de la loi qui résultent d’une collaboration entre le fédéral et les provinces constitue un moyen légitime grâce auquel, dans le cas de questions qui ne se prêtent pas facilement à la catégorisation ou qui ne peuvent facilement être réglées par un seul palier de gouvernement, les gouvernements peuvent surmonter le problème de la rigidité des «cloisons étanches» créées par le partage des pouvoirs.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Attorney General of British Columbia v. Smith*, [1967] R.C.S. 702; **arrêt examiné:** *Julius v. Bishop of Oxford* (1880), 5 App. Cas. 214; **distinction d’avec l’arrêt:** *Municipalité régionale de Peel c. MacKenzie*, [1982] 2 R.C.S. 9; **arrêts mentionnés:** *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *R. c. M. (S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446; *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940; *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. The Queen*, [1956] R.C.S. 303; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *Fredericton v. The Queen* (1880), 3 R.C.S. 505; *R. c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693; *R. c. Cornell*, [1988] 1 R.C.S. 461.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15, 24.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 2 «procureur général» [abr. & rempl. 1985, ch. 19, art. 2].
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(13), (14).
Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110, art. 2(1) «mesures de rechange», (4), 3, 4.

Doctrines citées

Bala, Nicholas et Heino Lilles, *La Loi sur les jeunes contrevenants annotée*. Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1984.
 Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais Inc., 1982.
Débats de la Chambre des communes, 1^{re} Sess., 32^e Parl., 30 Eliz. II, 1981, vol. VIII, p. 9309.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Houses of Commons Debates, 1st Sess., 32nd Parl., 30 Eliz. II, 1981, vol. VIII, p. 9309.

Hudson, Joe and Joseph P. Hornick and Barbara A. Burrows, eds. *Justice and the Young Offender in Canada*. Toronto: Wall & Thompson, 1988.

Oxford English Dictionary, vol. IX, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "may".

Rabinovitch, Paul. "Diversion Under Section 4: Is There a Future for It in Ontario?". In Nicholas Bala and Heino Lilles, *Young Offenders Service*, vol. 1. Edited by Roman N. Komar and Priscilla Platt. Toronto: Butterworths, 1984.

Swinton, Katherine E. "Competing Visions of Constitutionalism: Of Federalism and Rights". In Katherine E. Swinton and Carol J. Rogerson, eds., *Competing Constitutional Visions: The Meech Lake Accord*. Toronto: Carswells, 1988.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1988), 26 O.A.C. 285, 63 C.R. (3d) 64, 35 C.R.R. 247, 42 C.C.C. (3d) 41, dismissing the appeal of the Attorney General for Ontario from a judgment of Bean Prov. Ct. J., [1986] W.D.F.L. 2598, 17 W.C.B. 399, 9 C.R.D. 350.45-01, dismissing a charge of possession of stolen goods against a young offender. Appeal allowed.

Brian J. Gover, for the appellant.

Brian Weagant and Michael Anne MacDonald, for the respondent.

Douglas J. A. Rutherford, Q.C., and *D. J. Avison*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Yves de Montigny and Jean Turmel, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Robert G. Richards and Ross Macnab, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal concerns the failure of the Attorney General for Ontario to implement a program of "alternative measures" within that province pursuant to s. 4 of the *Young*

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Hudson, Joe and Joseph P. Hornick and Barbara A. Burrows, eds. *Justice and the Young Offender in Canada*. Toronto: Wall & Thompson, 1988.

Oxford English Dictionary, vol. IX, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, «may».

Rabinovitch, Paul. «Diversion Under Section 4: Is There a Future for It in Ontario?». In Nicholas Bala and Heino Lilles, *Young Offenders Service*, vol. 1. Edited by Roman N. Komar and Priscilla Platt. Toronto: Butterworths, 1984.

Swinton, Katherine E. «Competing Visions of Constitutionalism: Of Federalism and Rights». In Katherine E. Swinton and Carol J. Rogerson, eds., *Competing Constitutional Visions: The Meech Lake Accord*. Toronto: Carswells, 1988.

d POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1988), 26 O.A.C. 285, 63 C.R. (3d) 64, 35 C.R.R. 247, 42 C.C.C. (3d) 41, qui a rejeté l'appel du procureur général de l'Ontario contre un jugement du juge Bean de la Cour provinciale, [1986] W.D.F.L. 2598, 17 W.C.B. 399, 9 C.R.D. 350.45-01, rejetant une accusation de possession de biens volés portée contre un jeune contrevenant. Pourvoi accueilli.

f *Brian J. Gover*, pour l'appelante.

Brian Weagant et Michael Anne MacDonald, pour l'intimé.

g *Douglas J. A. Rutherford, c.r.*, et *D. J. Avison*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

h *Yves de Montigny et Jean Turmel*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Robert G. Richards et Ross Macnab, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

i Version française du jugement de la Cour rendu par

j LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi concerne l'omission du procureur général de l'Ontario de mettre en œuvre un programme de «mesures de rechange» dans cette province conformément à l'art. 4 de la

Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110 (now R.S.C., 1985, c. Y-1).

The Legislation

Young Offenders Act

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

INTERPRETATION

2. (1) In this Act,

“alternative measures” means measures other than judicial proceedings under this Act used to deal with a young person alleged to have committed an offence;

(4) Unless otherwise provided, words and expressions used in this Act have the same meaning as in the *Criminal Code*.

DECLARATION OF PRINCIPLE

3. (1) It is hereby recognized and declared that

(a) while young persons should not in all instances be held accountable in the same manner or suffer the same consequences for their behaviour as adults, young persons who commit offences should nonetheless bear responsibility for their contraventions;

(b) society must, although it has the responsibility to take reasonable measures to prevent criminal conduct by young persons, be afforded the necessary protection from illegal behaviour;

(c) young persons who commit offences require supervision, discipline and control, but, because of their state of dependency and level of development and maturity, they also have special needs and require guidance and assistance;

(d) where it is not inconsistent with the protection of society, taking no measures or taking measures other than judicial proceedings under this Act should be considered for dealing with young persons who have committed offences;

(e) young persons have rights and freedoms in their own rights, including those stated in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or in the *Canadian Bill of Rights*, and in particular a right to be heard in the course of, and to participate in, the processes that

Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110 (maintenant L.R.C. (1985), ch. Y-1).

Les textes législatifs

Loi sur les jeunes contrevenants

Voici les dispositions pertinentes de la *Loi sur les jeunes contrevenants* qui étaient en vigueur à l'époque en cause:

DÉFINITIONS

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

«mesures de rechange» Mesures, autres que les procédures judiciaires prévues par la présente loi, utilisées à l'endroit des adolescents auxquels une infraction est imputée.

(4) Sauf indication contraire, les termes et expressions de la présente loi sont pris dans le sens que leur donne le *Code criminel*.

DÉCLARATION DE PRINCIPES

3. (1) Les principes suivants sont reconnus et proclamés:

a) les adolescents ne sauraient, dans tous les cas, être assimilés aux adultes quant à leur degré de responsabilité et les conséquences de leurs actes; toutefois, les jeunes contrevenants doivent assumer la responsabilité de leurs délits;

b) la société, bien qu'elle doive prendre les mesures raisonnables qui s'imposent pour prévenir la conduite criminelle chez les adolescents, doit pouvoir se protéger contre toute conduite illicite;

c) la situation des jeunes contrevenants requiert surveillance, discipline et encadrement; toutefois, l'état de dépendance où ils se trouvent, leur degré de développement et de maturité leur créent des besoins spéciaux qui exigent conseils et assistance;

d) il y a lieu, dans le traitement des jeunes contrevenants, d'envisager, s'il est décidé d'agir, la substitution de mesures de rechange aux procédures judiciaires prévues par la présente loi, compte tenu de la protection de la société;

e) les adolescents jouissent, à titre propre, de droits et libertés, au nombre desquels figurent ceux qui sont énoncés dans la *Charte canadienne des droits et libertés* ou dans la *Déclaration canadienne des droits*, et notamment le droit de se faire entendre au cours du

lead to decisions that affect them, and young persons should have special guarantees of their rights and freedoms;

(f) in the application of this Act, the rights and freedoms of young persons include a right to the least possible interference with freedom that is consistent with the protection of society, having regard to the needs of young persons and the interests of their families;

(g) young persons have the right, in every instance where they have rights or freedoms that may be affected by this Act, to be informed as to what those rights and freedoms are; and

(h) parents have responsibility for the care and supervision of their children, and, for that reason, young persons should be removed from parental supervision either partly or entirely only when measures that provide for continuing parental supervision are inappropriate.

(2) This Act shall be liberally construed to the end that young persons will be dealt with in accordance with the principles set out in subsection (1).

ALTERNATIVE MEASURES

4. (1) Alternative measures may be used to deal with a young person alleged to have committed an offence instead of judicial proceedings under this Act only if

(a) the measures are part of a program of alternative measures authorized by the Attorney General or his delegate or authorized by a person, or a person within a class of persons, designated by the Lieutenant Governor in Council of a province;

(b) the person who is considering whether to use such measures is satisfied that they would be appropriate, having regard to the needs of the young person and the interests of society;

(c) the young person, having been informed of the alternative measures, fully and freely consents to participate therein;

(d) the young person has, before consenting to participate in the alternative measures, been advised of his right to be represented by counsel and been given a reasonable opportunity to consult with counsel;

(e) the young person accepts responsibility for the act or omission that forms the basis of the offence that he is alleged to have committed;

processus conduisant à des décisions qui les touchent et de prendre part à ce processus, ces droits et libertés étant assortis de garanties spéciales;

f) dans le cadre de la présente loi, le droit des adolescents à la liberté ne peut souffrir que d'un minimum d'entraves commandées par la protection de la société, compte tenu des besoins des adolescents et des intérêts de leur famille;

g) les adolescents ont le droit, chaque fois que la présente loi est susceptible de porter atteinte à certains de leurs droits et libertés, d'être informés du contenu de ces droits et libertés;

h) les père et mère assument l'entretien et la surveillance de leurs enfants; en conséquence les adolescents ne sauraient être entièrement ou partiellement soustraits à l'autorité parentale que dans les seuls cas où les mesures comportant le maintien de cette autorité sont contre-indiquées.

(2) La présente loi doit faire l'objet d'une interprétation large garantissant aux adolescents un traitement conforme aux principes énoncés au paragraphe (1).

MESURES DE RECHANGE

4. (1) Le recours à des mesures de rechange à l'endroit d'un adolescent à qui une infraction est imputée, plutôt qu'aux procédures judiciaires prévues par la présente loi, peut se faire si les conditions suivantes sont réunies:

a) ces mesures sont dans le cadre d'un programme de mesures de rechange autorisé soit par le procureur général ou son délégué, soit par une personne ou une personne faisant partie d'une catégorie de personnes désignée par le lieutenant-gouverneur en conseil d'une province;

b) la personne qui envisage de recourir à ces mesures est convaincue qu'elles sont appropriées, compte tenu des besoins de l'adolescent et de l'intérêt de la société;

c) l'adolescent, informé des mesures de rechange, a librement manifesté sa ferme volonté de collaborer à leur mise en œuvre;

d) l'adolescent, avant de manifester sa volonté de collaborer à leur mise en œuvre, a été avisé de son droit aux services d'un avocat et s'est vu donner une occasion raisonnable de consulter son avocat;

e) l'adolescent se reconnaît responsable de l'acte ou de l'omission à l'origine de l'infraction qui lui est imputée;

(f) there is, in the opinion of the Attorney General or his agent, sufficient evidence to proceed with the prosecution of the offence; and

(g) the prosecution of the offence is not in any way barred at law.

Constitution Act, 1867

The provisions of the *Constitution Act, 1867*, relevant to this appeal are as follows:

91. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say,—

27. The Criminal Law, except the Constitution of Courts of Criminal Jurisdiction, but including the Procedure in Criminal Matters.

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say,—

13. Property and Civil Rights in the Province.

14. The Administration of Justice in the Province, including the Constitution, Maintenance, and Organization of Provincial Courts, both of Civil and of Criminal Jurisdiction, and including Procedure in Civil Matters in those Courts.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

The provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* relevant to this appeal are as follows:

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

f) le procureur général ou son représentant estiment qu'il y a des preuves suffisantes justifiant des poursuites relatives à l'infraction;

g) aucune règle de droit ne fait obstacle à la mise en œuvre de poursuites relatives à l'infraction.

Loi constitutionnelle de 1867

Les dispositions suivantes de la *Loi constitutionnelle de 1867* sont pertinentes relativement au présent pourvoi:

91. Il sera loisible à la Reine, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets exclusivement assignés aux législatures des provinces par la présente loi mais, pour plus de certitude, sans toutefois restreindre la généralité des termes employés plus haut dans le présent article, il est par les présentes déclaré que (nonobstant toute disposition de la présente loi) l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets énumérés ci-dessous, à savoir:

27. le droit criminel, sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle, mais y compris la procédure en matière criminelle;

92. Dans chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer relativement aux matières entrant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, à savoir:

13. la propriété et les droits civils dans la province;

14. l'administration de la justice dans la province, y compris la constitution, le maintien et l'organisation de tribunaux provinciaux, de juridiction tant civile que criminelle, y compris la procédure en matière civile devant ces tribunaux.

Charte canadienne des droits et libertés

Les dispositions suivantes de la *Charte canadienne des droits et libertés* sont pertinentes relativement au présent pourvoi:

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

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

The Facts

On February 24, 1986, the respondent Sheldon S., who was then 14 years of age, appeared before Judge D. A. Bean of the Ontario Provincial Court (Family Division) at Toronto and was arraigned on a charge which alleged that he:

... on or about the 23rd day of September in the year 1985 at the Municipality of Metropolitan Toronto in the Judicial District of York unlawfully did have in his possession property to wit: four shirts and two sweaters, of a value exceeding two hundred dollars, knowing that all of the property was obtained by the commission in Canada of an offence punishable by indictment, contrary to the Criminal Code.

Before a plea was entered, counsel for the respondent indicated that he wished to bring a motion alleging that the failure of the Lieutenant Governor in Council for the province of Ontario to designate "alternative measures programs" for the purposes of s. 4 of the *Young Offenders Act* resulted in a violation of the respondent's equality rights, as guaranteed by s. 15 of the *Charter*. Counsel for the respondent indicated that the remedy sought was an order pursuant to s. 24(1) of the *Charter* staying the proceedings or dismissing the charge.

The Judgments Below

The Judgment at First Instance

The motion was heard on April 18, 1986. It was agreed that the respondent had not been considered for an alternative measures program. On August 11, 1986, Judge Bean delivered his reasons and ordered that the charge be dismissed. He defined the issue in this manner:

... are the young person's rights in accordance with Section 15 infringed or denied, because the Attorney General for Ontario or Lieutenant Governor in Council for Ontario has not authorized alternative measures pursuant to Section 4(1)(a) of the *Young Offenders Act*, and therefore this young person cannot be con-

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

Les faits

Le 24 février 1986, l'intimé, Sheldon S., alors âgé de 14 ans, a comparu devant le juge D. A. Bean de la Cour provinciale de l'Ontario (Division de la famille) à Toronto pour répondre à une accusation portant que:

[TRADUCTION] ... vers le 23 septembre 1985, dans la Communauté urbaine de Toronto dans le district judiciaire de York, [il] avait illégalement en sa possession des biens, savoir: quatre chemises et deux chandails d'une valeur dépassant deux cents dollars, biens dont il savait qu'ils avaient été obtenus par la perpétration au Canada d'une infraction au Code criminel punissable par voie de mise en accusation.

Avant qu'un plaidoyer ne soit inscrit, l'avocat de l'intimé a signalé son intention de présenter une requête alléguant que l'omission du lieutenant-gouverneur en conseil de la province de l'Ontario d'autoriser un «programme de mesures de rechange» aux fins de l'art. 4 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* a entraîné la violation du droit de l'intimé à l'égalité, garanti par l'art. 15 de la *Charte*. La réparation demandée, selon l'avocat de l'intimé, était la suspension des procédures ou le rejet de l'accusation, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*.

Les jugements des juridictions inférieures

Le jugement de première instance

La requête a été entendue le 18 avril 1986. Il a été reconnu qu'aucun programme de mesures de rechange n'avait été envisagé pour l'intimé. Le 11 août 1986, le juge Bean a prononcé ses motifs et a ordonné le rejet de l'accusation. Il a défini ainsi la question en litige:

[TRADUCTION] ... l'adolescent a-t-il subi une atteinte aux droits garantis par l'art. 15 du fait que ni le procureur général de l'Ontario ni le lieutenant-gouverneur en conseil de l'Ontario n'ont autorisé des mesures de rechange conformément à l'alinéa 4(1)a) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, et donc que, dans son cas,

sidered for alternative measures under Section 3(1)(d) of the Young Offenders Act.

The judge held that no programs of alternative measures were in operation for which the respondent could be considered. Had the Attorney General for Ontario or the Lieutenant Governor in Council authorized such a program, the judge found on the evidence that the respondent could have been considered for alternative measures. Furthermore, it was found that the failure to implement an alternative measures program could be traced to two factors:

... I further find on the evidence before me that the reasons why the Attorney General has not authorized programs in Ontario are; firstly, that the philosophy of the Attorney General and his Ministry, with regard to the dispositions and procedures of the Young Offenders Act, is in conflict with that of the Federal Government, and in particular the Federal Ministry of Justice, and; secondly, that the Attorney General does not wish to either expend the public funds for or to cope with the administrative difficulties inherent in setting up alternative measures in the Province of Ontario.

Judge Bean held that s. 3(1)(d) of the *Young Offenders Act* gave to the young person a positive right to be considered for alternative measures; the denial of that right, when such alternative measures are available in provinces other than Ontario, denied the young person the equal protection and equal benefit of the *Young Offenders Act* based on place of residence, and this constituted discrimination under s. 15 of the *Charter*. Furthermore, the judge held that the Attorney General for Ontario was under a positive duty to authorize a program of alternative measures in Ontario by virtue of s. 3(1)(d) and (f) of the Act. He found, from the context of the Act as a whole and, in particular, from the wording of s. 4(1)(a) that:

... the intention of Parliament was to give the Attorney General the right to authorize parts of a program, and by inference, not to authorize other parts of the program. I think, on the wording of Section 4(1)(a), the Attorney General was not given a right by law to not authorize all parts, or to not authorize a program at all.

le recours à des mesures de rechange ne peut être envisagé en vertu de l'alinéa 3(1)d) de la Loi sur les jeunes contrevenants?

Le juge a dit qu'aucun programme de mesures de rechange pouvant être envisagé dans le cas de l'intimé n'avait été mis en œuvre. La preuve a amené le juge à la conclusion que, si le procureur général de l'Ontario ou le lieutenant-gouverneur en conseil avaient autorisé un tel programme, des mesures de rechange auraient pu être envisagées pour l'intimé. Il a conclu en outre que l'omission de mettre en œuvre un programme de mesures de rechange pouvait être imputée à deux facteurs:

[TRADUCTION] ... je conclus également de la preuve produite devant moi que les raisons pour lesquelles le procureur général n'a pas autorisé de programmes pour l'Ontario sont: premièrement, que la philosophie du procureur général et de son ministère en ce qui concerne les mesures et les procédures prévues dans la Loi sur les jeunes contrevenants est en conflit avec celle du gouvernement fédéral et, en particulier, du ministère fédéral de la Justice; et, deuxièmement, que le procureur général ne veut ni engager les dépenses de fonds publics nécessaires pour établir des mesures de rechange dans la province de l'Ontario ni faire face aux difficultés administratives inhérentes à de telles mesures.

Le juge Bean a décidé que l'al. 3(1)d) de la *Loi sur les jeunes contrevenants* conférait à l'adolescent un droit positif à ce que des mesures de rechange soient envisagées dans son cas; que lui refuser ce droit alors que de telles mesures de rechange existaient dans d'autres provinces revenait à le priver, en raison de son lieu de résidence, d'une protection égale sous le régime de la *Loi sur les jeunes contrevenants* et aussi d'une possibilité égale de bénéficier de cette loi, ce qui constituait une discrimination au sens de l'art. 15 de la *Charte*. De plus, le juge a conclu que les al. 3(1)d) et f) de la Loi imposaient au procureur général de l'Ontario une obligation positive d'autoriser un programme de mesures de rechange en Ontario. Il a conclu du contexte de l'ensemble de la Loi et, en particulier, du texte de l'al. 4(1)a) que:

[TRADUCTION] ... l'intention du Parlement était de conférer au procureur général le droit d'autoriser certaines parties d'un programme et, par voie de conséquence, de ne pas autoriser d'autres parties. Je crois, compte tenu du texte de l'alinéa 4(1)a), que la loi n'accorde pas au procureur général le droit de n'autoriser aucune partie ou de n'autoriser aucun programme.

Because the judge found that the failure of the Attorney General for Ontario to implement alternative measures pursuant to his duty under the statute violated the respondent's right under s. 15(1) of the *Charter*, it was then necessary to determine whether the infringement could be justified under s. 1 of the *Charter*. First, Judge Bean determined that the limitation on the respondent's rights was not "prescribed by law" within the meaning of s. 1:

The non-authorization is not proscribed [*sic*] by law; the authorization is prescribed by law. And, I quite frankly, do not see how one can, taking the Act as a whole and Section 4(1)(a) in particular, come to the conclusion that by the mere empowering of the Attorney General to authorize measures which are a part of a program of alternative measures, parliament has given the Attorney General the right, by law, to also not authorize any program.

In the alternative, the judge held that even if the limitation was prescribed by law, it did not meet the reasonableness test of s. 1. This determination was based on a number of factors:

In my view, on the evidence before me, it is simply not reasonable. The Attorney General of Ontario has disregarded; firstly, the will of Parliament as clearly expressed in the legislation; secondly, the experience of eight other provinces with regard to alternative measures under this Act; thirdly, the experience of the Province of Ontario with regard to alternative measures prior to the introduction of the Young Offenders Act, and; fourthly, the opinion of the Ministry of Community and Social Services of the Province . . .

The issue of the power of Parliament to enact s. 4 of the *Young Offenders Act* was not raised at trial.

The Court of Appeal

The Attorney General for Ontario appealed the decision of Judge Bean to the Ontario Court of Appeal. The Attorney General of Canada intervened in support of the respondent. Before the Ontario Court of Appeal, the Attorney General for Ontario submitted that s. 4 of the *Young Offenders Act* was, in pith and substance, legislation in relation to child welfare, a matter falling within

Le juge ayant conclu que l'omission du procureur général de l'Ontario de mettre en œuvre des mesures de rechange, comme la loi l'obligeait à le faire, était une atteinte au droit de l'intimé en vertu du par. 15(1) de la *Charte*, il devait alors déterminer si cette atteinte pouvait se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*. En premier lieu, le juge Bean a conclu que les droits de l'intimé n'avaient pas été restreints «par une règle de droit» au sens de l'article premier:

[TRADUCTION] La non-autorisation n'est pas prescrite par la loi; c'est l'autorisation qu'elle prescrit. Et, en toute franchise, je conçois mal qu'on puisse conclure à partir de la loi dans son ensemble et de son alinéa 4(1)a en particulier que, par la simple attribution au procureur général du pouvoir d'autoriser des mesures qui s'inscrivent dans le cadre d'un programme de mesures de rechange, le législateur fédéral lui a également donné, par la voie légale, le droit de ne pas autoriser de programme.

Subsidiairement, le juge a dit que, même à supposer que la restriction ait été imposée par une règle de droit, elle ne satisfaisait pas au critère du caractère raisonnable énoncé à l'article premier. Sa conclusion repose sur plusieurs facteurs:

[TRADUCTION] À mon avis, au vu de la preuve, cela n'est simplement pas raisonnable. Le procureur général de l'Ontario n'a tenu aucun compte, premièrement, de la volonté du Parlement clairement exprimée dans la loi en cause; deuxièmement, de l'expérience de huit autres provinces relativement aux mesures de rechange prévues par ladite loi; troisièmement, de l'expérience de la province de l'Ontario relativement aux mesures de rechange avant l'adoption de la Loi sur les jeunes contrevenants; et, quatrièmement, de l'opinion du ministère des Services sociaux et communautaires de la province . . .

La question de la compétence du Parlement pour adopter l'art. 4 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* n'a pas été soulevée au procès.

La Cour d'appel

Le procureur général de l'Ontario a porté la décision du juge Bean en appel devant la Cour d'appel de l'Ontario. Le procureur général du Canada est intervenu à l'appui de l'intimé. Devant la Cour d'appel de l'Ontario, le procureur général de l'Ontario a fait valoir que l'art. 4 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* était, de par son caractère véritable, une disposition législative concernant la

the sphere of provincial legislative competence under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*.

The Majority

The reasons of the majority of the Ontario Court of Appeal were delivered by Tarnopolsky J.A., Krever J.A. concurring: (1988), 63 C.R. (3d) 64, 26 O.A.C. 285, 42 C.C.C. (3d) 41, 35 C.R.R. 247 (hereinafter cited to C.R.R.); leave to appeal to this Court granted September 30, 1988, [1988] 2 S.C.R. ix. Tarnopolsky J.A. referred extensively to the reasons of Fauteux J., writing for a unanimous Supreme Court of Canada, in *Attorney General of British Columbia v. Smith*, [1967] S.C.R. 702. He found the reasons in *Smith* to be applicable to the *Young Offenders Act* and rejected the argument of the appellant that the Court's decision in *Regional Municipality of Peel v. MacKenzie*, [1982] 2 S.C.R. 9, governed the facts of the instant case. Tarnopolsky J.A. saw no merit in the argument that s. 4 of the *Young Offenders Act* was in pith and substance in relation to child welfare. Instead, he held that s. 4 of the *Young Offenders Act* is valid criminal law and, therefore, *intra vires* the Parliament of Canada.

On the *Charter* issue raised by the respondent, and accepted by the trial judge, Tarnopolsky J.A. applied a three-step analysis to determine whether there had been a contravention of s. 15(1) of the *Charter* (at p. 271):

- (1) an identification of the class of individuals who are alleged to be treated differently;
- (2) a consideration of whether the class purported to be treated differently from another class is similarly situated to that other class in relation to the purpose of the law; and
- (3) a determination as to whether the difference in treatment is "discriminatory" in the sense of a pejorative or invidious or disadvantageous purpose or effect of the law or action impugned.

In applying the first step, Tarnopolsky J.A. had little difficulty in finding a class of individuals

protection de l'enfance, matière relevant de la compétence législative provinciale aux termes du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

La majorité

Les motifs de la majorité en Cour d'appel de l'Ontario ont été prononcés par le juge Tarnopolsky et le juge Krever y a souscrit: (1988), 63 C.R. (3d) 64, 26 O.A.C. 285, 42 C.C.C. (3d) 41, 35 C.R.R. 247 (ci-après cité au C.R.R.); autorisation de pourvoi devant notre Cour accordée le 30 septembre 1988, [1988] 2 R.C.S. ix. Le juge Tarnopolsky puise abondamment dans les motifs que le juge Fauteux a rédigés au nom de notre Cour unanime dans l'affaire *Attorney General of British Columbia v. Smith*, [1967] R.C.S. 702. Il a jugé les motifs dans l'affaire *Smith* applicables à la *Loi sur les jeunes contrevenants* et a rejeté l'argument de l'appelante que les faits de l'espèce relèvent de notre arrêt *Municipalité régionale de Peel c. MacKenzie*, [1982] 2 R.C.S. 9. Le juge Tarnopolsky a considéré comme mal fondé l'argument selon lequel l'art. 4 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* concernait, de par son caractère véritable, la protection de l'enfance et a statué que cet article était plutôt une disposition législative valide en matière criminelle et donc *intra vires* du législateur fédéral.

En ce qui concerne le moyen fondé sur la *Charte* invoqué par l'intimé et retenu par le juge du procès, le juge Tarnopolsky a procédé à une analyse en trois étapes pour déterminer s'il y avait eu violation du par. 15(1) de la *Charte* (à la p. 271):

[TRADUCTION]

- (1) l'identification de la catégorie de personnes que l'on prétend traitées différemment;
- (2) l'examen de la question de savoir si la catégorie de personnes que l'on dit traitées différemment d'une autre catégorie se trouve dans une situation analogue à celle de cette autre catégorie en ce qui concerne le but visé par la loi;
- (3) une décision quant à savoir si la différence de traitement est «discriminatoire» en ce sens que la loi ou l'acte attaqués tendent, par leur objet ou leur effet, à dévaloriser, à créer l'injustice ou à défavoriser.

À la première étape, le juge Tarnopolsky a conclu sans beaucoup de difficulté à l'existence

alleged to have been treated differently since “[t]he class of individuals at issue are the young persons defined in s. 2 of the Act” (p. 271). With respect to the second, he found the classes of individuals identically situated but for their province of residence. With respect to the third step, Tarnopolsky J.A. analyzed the disadvantage to the class of individuals identified in order to determine whether it was “so unfair as to be discriminatory having regard to the purpose and effect of the legislation” (p. 272). He found the fact that the legislation was federal to be decisive in his determination that the treatment was discriminatory in nature (at p. 275):

This is ... a case arising out of what the federal government clearly thought was a reform in favour of young offenders. Considerable time was spent trying to convince provincial Governments that diversion by way of alternative measures was desirable both from the point of view of young persons and of society generally. In the final analysis, we are concerned with *federal* legislation and the federal Attorney-General has submitted a long list of arguments which lead one to conclude that non-implementation by any province of the scheme set out in the Act, according to the principles declared, would be invidious or pejorative to the extent of being discriminatory. [Emphasis in original.]

Tarnopolsky J.A. next dealt with the question of whether the reference to designation in s. 4 of the *Young Offenders Act* was mandatory or permissive. This analysis was undertaken in the context of the issue of what the “law” is that results in a denial of equal benefit to young persons in Ontario. After examining the relevant statutory provisions, he found that the discretion granted in the opening paragraph of s. 4(1) was in respect of each individual young person and that s. 4 “is not the basis of either a mandatory or a permissive delegation of power” (p. 278). However, upon examining the Act as a whole, and in particular, ss. 3(1)(d), 3(1)(f) and 3(2), Tarnopolsky J.A. found that without provincial designation of alternative measures the purpose of the Act would be undermined (at p. 279):

d’une catégorie de personnes que l’on prétendait avoir été traitées différemment, puisque, selon lui [TRADUCTION] «[l]a catégorie de personnes en cause ce sont les adolescents définis à l’art. 2 de la Loi» (p. 271). À la deuxième étape, il a conclu que la situation de ces catégories de personnes était identique sauf en ce qui concernait leur province de résidence. À la troisième étape, le juge Tarnopolsky a analysé le désavantage subi par la catégorie de personnes identifiée afin de déterminer s’il était [TRADUCTION] «injuste au point de constituer une discrimination eu égard à l’objet et à l’effet de la loi» (p. 272). Pour conclure au caractère discriminatoire du traitement accordé, il a jugé décisif le fait qu’il s’agissait d’une loi fédérale (à la p. 275):

[TRADUCTION] Il s’agit [...] d’une cause qui tire son origine de ce que le gouvernement fédéral croyait manifestement être une réforme en faveur des jeunes contrevenants. Beaucoup de temps a été dépensé à tenter de convaincre les gouvernements provinciaux que la déjudiciarisation au moyen de mesures de rechange était souhaitable du point de vue tant des adolescents que de la société en général. En dernière analyse, c’est une loi fédérale qui nous intéresse et le procureur général fédéral a présenté une longue liste d’arguments qui nous amènent à la conclusion que l’omission par une province de mettre en œuvre le régime prévu dans la loi, en conformité avec les principes énoncés, serait à ce point injuste ou préjudiciable qu’elle constituerait une discrimination. [En italique dans l’original.]

Le juge Tarnopolsky a abordé ensuite la question de savoir si la mention d’une autorisation à l’art. 4 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* créait une obligation ou une faculté. Cette analyse a été entreprise dans le contexte de la question de savoir quelle «règle de droit» entraîne, pour les adolescents de l’Ontario, la privation de l’égalité devant la loi. L’examen des dispositions législatives pertinentes l’a amené à conclure que le pouvoir discrétionnaire accordé par les dispositions liminaires du par. 4(1) se rapportait à chaque adolescent en tant qu’individu et que l’art. 4 [TRADUCTION] «n’opère aucune délégation de pouvoir, ni obligatoire ni facultative» (p. 278). Toutefois, ayant examiné la Loi dans son ensemble, et en particulier les al. 3(1)d) et 3(1)f) ainsi que le par. 3(2), le juge Tarnopolsky a décidé que l’objet de la Loi serait miné si les provinces n’autorisaient pas de mesures de rechange (à la p. 279):

There is no way that young persons can be dealt with "in accordance with the principles set out in (sub-s. 3(1))", which is the "Policy for Canada with respect to young offenders", unless there are alternative measures programs designated under para. 4(1)(a), for which a young person can be considered. The learned trial judge was correct in holding that s. 3 imposes a positive duty to authorize such programs. A failure to implement a legislative mandate, which results in the kind of discriminatory or invidious inequality discussed earlier herein, constitutes a contravention of *Charter* s. 15(1).

Consequently, Tarnopolsky J.A. held that the failure of the Attorney General for Ontario to designate alternative measures programs resulted in the respondent being denied the equal benefit of the law as protected by s. 15(1).

The final step in the *Charter* analysis engaged in by Tarnopolsky J.A. was a determination of whether the denial of the equal benefit of the law amounted to a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*. Applying the test set out by this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, Tarnopolsky J.A. found that the first requirement, that the objective of the limit must be of sufficient importance to justify overriding a constitutionally protected right, had not been met. Alternatively, he held that even if the objectives provided by the Attorney General for Ontario were accepted as sufficient to justify overriding the s. 15(1) right, the appellant failed to meet the proportionality requirement in *Oakes*.

On the basis of the s. 15(1) infringement, the majority of the Ontario Court of Appeal held that the appropriate remedy was a declaration that until programs of alternative measures within ss. 3 and 4 of the Act were instituted in Ontario, action against any young person who might have qualified and so claims, may have to be stayed. In the instant case, the majority of the court upheld the disposition of the trial judge that the charges against the respondent be dismissed. The alternative remedy of a stay of proceedings until alternative measures were introduced in the province would violate the respondent's right under s. 11(b) of the *Charter*.

[TRADUCTION] Il est impossible que les adolescents reçoivent un traitement «conforme aux principes énoncés au paragraphe (3(1))», qui constituent la «Politique canadienne à l'égard des jeunes contrevenants», à moins que ne soient autorisés en vertu de l'al. 4(1)a des programmes de mesures de rechange dont on peut envisager l'application à un adolescent. Le juge du procès a eu raison de dire que l'art. 3 crée une obligation positive d'autoriser de tels programmes. Le défaut de se conformer à un mandat découlant d'une loi, lorsqu'il entraîne le genre d'inégalité discriminatoire ou injuste évoquée précédemment, contrevient au par. 15(1) de la *Charte*.

Par conséquent, le juge Tarnopolsky a jugé que le défaut du procureur général de l'Ontario d'autoriser des programmes de mesures de rechange avait eu pour effet de priver l'intimé du droit au même bénéfice de la loi, garanti au par. 15(1).

L'ultime étape de l'analyse fondée sur la *Charte* par le juge Tarnopolsky consistait à déterminer si la privation du droit au même bénéfice de la loi constituait une restriction raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. Appliquant le critère énoncé par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, le juge Tarnopolsky a décidé qu'on n'avait pas satisfait à la première exigence, savoir que l'objectif de la restriction ait une importance suffisante pour l'emporter sur un droit protégé par la Constitution. Il a jugé subsidiairement que, même si les objectifs allégués par le procureur général de l'Ontario étaient acceptés comme suffisants pour l'emporter sur le droit conféré par le par. 15(1), l'appelante n'avait pas satisfait au critère de proportionnalité de l'arrêt *Oakes*.

Se fondant sur la violation du par. 15(1), la majorité en Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la réparation convenable était de déclarer qu'en attendant que des programmes de mesures de rechange soient institués en Ontario conformément aux art. 3 et 4 de la Loi, il pourrait être nécessaire de suspendre toute instance engagée contre un adolescent qui pourrait être admissible à bénéficier de telles mesures et qui invoquerait son admissibilité. En l'espèce, la Cour d'appel à la majorité a confirmé la décision du juge du procès rejetant les accusations portées contre l'intimé, car l'autre réparation possible, celle de la suspension d'instance jusqu'à ce que la province établisse des mesures de rechange, aurait violé le droit reconnu à l'intimé par l'al. 11b) de la *Charte*.

The Minority

Robins J.A., in dissent, defined the issue, at p. 250, as being:

... whether or not a young offender residing in Ontario is denied the right to the equal protection and benefit of the law, as guaranteed by s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, because the Attorney-General for Ontario, unlike eight of his provincial counterparts, has not authorized a program of alternative measures within Ontario pursuant to s. 4 of the *Young Offenders Act*.

He held, first, that the *Young Offenders Act* does not obligate the Attorney General for Ontario to authorize alternative measures, but rather the legislation leaves the decision to the discretion of each province. He reached this conclusion on the basis of the wording of s. 4 of the Act (at p. 255):

The wording used in s. 4(1)(a) of the Act indicates that alternative measures *may* be used in Ontario to deal with a young person alleged to have committed an offence *only if* they are part of a provincially authorized program. The section does not impose or purport to impose a positive obligation on the provinces to authorize such a program. Read in its grammatical or ordinary sense, s. 4(1)(a) is a permissive enabling enactment granting powers whose exercise is optional. [Emphasis in original.]

He referred to s. 28 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, which stated that the word "may" is to be construed as permissive, and he concluded that the words "only if" signify that provincial authorization is a precondition to the use of alternative measures. In the opinion of Robins J.A., s. 3(1) and (2) provided no aid in interpreting s. 4(1) (at p. 256):

The words of s. 4 in question are, however, plain and unambiguous; they empower the provinces of Canada to implement alternative measures programs within federally stipulated safeguards only if they so desire; they do not create any obligation on the provinces to establish such programs. If, as stated earlier, Parliament had intended that alternative measures be made available across Canada, it can be assumed that s. 4 would have been framed in mandatory and not permissive terms.

La minorité

Le juge Robins, dissident, définit ainsi la question en litige (à la p. 250):

^a [TRADUCTION] ... du fait que le procureur général de l'Ontario, contrairement à huit de ses homologues provinciaux, n'a pas autorisé de programme de mesures de rechange en Ontario conformément à l'art. 4 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, un jeune contrevenant ^b résidant en Ontario est-il privé du droit à la même protection et au même bénéfice de la loi garanti par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il dit d'abord que la *Loi sur les jeunes contrevenants* n'oblige pas le procureur général de l'Ontario à autoriser des mesures de rechange, mais laisse à chaque province le soin de prendre une décision à cet égard. Il fonde cette conclusion sur le texte de l'art. 4 de la Loi (à la p. 255):

^d [TRADUCTION] Il ressort du texte de l'al. 4(1)a) de la Loi que des mesures de rechange à l'endroit d'un adolescent à qui une infraction est imputée ne peuvent être utilisées en Ontario que *si* elles font partie d'un programme autorisé par la province. Cet alinéa n'impose ^e pas ni n'a pour effet d'imposer aux provinces une obligation positive d'autoriser un tel programme. Pris dans son sens littéral ou courant, l'al. 4(1)a) exprime une faculté et attribue des pouvoirs dont l'exercice est facultatif. [En italique dans l'original.]

^f Il renvoie à l'art. 28 de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, ch. I-23, qui porte que le mot «peut» ou «pourra», devant un infinitif, exprime une faculté, puis il conclut que l'expression «si les conditions suivantes sont réunies» signifie que l'autorisation provinciale est une condition préalable au recours à des mesures de rechange. Selon le juge Robins, les par. 3(1) et (2) ne sont d'aucun secours dans l'interprétation du par. 4(1) (à la p. 256):

^g [TRADUCTION] Le libellé en cause de l'art. 4 est toujours clair et non équivoque; il habilite les provinces du Canada à mettre en œuvre des programmes de mesures de rechange dans les limites des sauvegardes prescrites par le gouvernement fédéral, mais seulement si elles le désirent; il n'impose aux provinces aucune obligation d'établir de tels programmes. Si, comme je l'ai dit précédemment, le Parlement avait voulu que des mesures de rechange soient mises en place partout au Canada, on peut supposer que l'art. 4 aurait exprimé une obligation plutôt qu'une faculté.

Robins J.A. also examined the purpose of the Act, and found no indication that the legislation was predicated on the universality of alternative measures programs (at pp. 256-57):

In not forcing the provinces to implement programs and in not establishing criteria (other than minimum safeguards) as to their nature, content and scope, Parliament recognized that diverse conditions exist from province to province and within the provinces themselves, and that legislation of this nature cannot be universal in its application across Canada but must be tailored to take regional differences into account. The approach Parliament has adopted to this area of the new juvenile justice system, in my opinion, is intended to accommodate both federal and provincial interests and values as they relate to the use of measures alternative to court proceedings in dealing with young offenders.

Robins J.A. drew support for his interpretation of s. 4 from extrinsic evidence introduced by the parties. He found the comments of the then Solicitor General of Canada, the Honourable Robert Kaplan, in the *House of Commons Debates* on Second Reading of the *Young Offenders Act*, April 15, 1981, at p. 9309, to be of particular relevance (at p. 258):

One of the criticisms of the new law has been to the effect that *the federal government should have made diversion mandatory and more explicit*. But the proponents of such arguments fail to recognize the importance to the young person of having the right to plead not guilty and the role of the provinces in the exercise of prosecutorial discretion. *The use of alternative measures, in my opinion, is better left to the discretion of provinces which can develop programs to suit their particular circumstances.* [Emphasis added by Robins J.A.]

He also relied upon the following passage from Nicholas Bala and Heino Lilles, *The Young Offenders Act Annotated* (1984), at p. 257:

Alternative measures must be part of an authorized program. The Act does not set out guidelines for establishing the programs; it merely provides legislative authority for them and legislates minimum standards to safeguard the young person's rights. *The Act permits*

Le juge Robins examine aussi l'objet de la Loi sans trouver d'indication que celle-ci repose sur l'universalité des programmes de mesures de rechange (aux pp. 256 et 257):

^a [TRADUCTION] En ne forçant pas les provinces à mettre des programmes en œuvre et en n'établissant aucun critère (si ce n'est certaines sauvegardes minimales) quant à leur nature, leur contenu et leur portée, le Parlement a reconnu que les conditions varient d'une province à l'autre et à l'intérieur de chaque province et qu'un texte législatif de ce genre ne saurait s'appliquer universellement dans tout le Canada, mais doit être conçu de manière à tenir compte de différences régionales. Le Parlement a adopté à l'égard de cet aspect du nouveau système de justice pour les adolescents une façon de procéder qui, à mon avis, est destinée à servir des intérêts et des valeurs aussi bien fédéraux que provinciaux en tant qu'ils se rapportent au recours à d'autres mesures que des poursuites judiciaires dans le cas de jeunes contrevenants.

Le juge Robins a trouvé l'appui pour son interprétation de l'art. 4 dans la preuve extrinsèque produite par les parties. Il a jugé particulièrement ^e pertinents sur ce point des propos tenus par l'honorable Robert Kaplan, alors solliciteur général du Canada, dans les *Débats de la Chambre des communes* à la deuxième lecture de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, le 15 avril 1981, à la p. 9309 (^f à la p. 258):

L'un des reproches qu'on adresse à la nouvelle loi est que *le gouvernement fédéral aurait dû rendre la déjudiciarisation obligatoire et plus explicite*. Toutefois, les ^g défendeurs de cette thèse ne reconnaissent ni l'importance pour l'adolescent d'avoir le droit de rejeter toute culpabilité, ni le rôle des autorités provinciales dans l'exercice de la discrétion en matière de poursuites. *Il est préférable, à mon avis, de laisser le recours aux mesures de rechange à la discrétion des provinces qui peuvent mettre au point des programmes adaptés à leurs besoins particuliers.* [Les italiques sont du juge Robins.]

Il s'est fondé également sur le passage suivant tiré de l'ouvrage de Nicholas Bala et Heino Lilles, *La Loi sur les jeunes contrevenants annotée* (1984), à la p. 257:

Les mesures de rechange doivent faire partie d'un programme autorisé. La Loi ne fixe aucune ligne directrice pour l'établissement de ces programmes; elle prévoit uniquement leur établissement et fixe des normes minimales destinées à garantir les droits des adolescents.

each province to determine whether it wishes to implement alternative measures programs, and provides flexibility for the development of different types of programs in response to local needs, interests and resources. [Emphasis added by Robins J.A.]

He referred to a similar observation made by Paul Rabinovitch in his paper "Diversion Under Section 4: Is There a Future for It in Ontario?", published in the *Young Offenders Service* (1984), at p. 257:

With the proclamation of the *Young Offenders Act* in April of 1984 and the official recognition of diversion under the Alternative Measures Provision, s. 4, it was hoped that diversion would finally become a permanent part of the juvenile justice system for all of Canada. The result would be that the obstacles in the way of the growth of diversion in provinces such as Ontario would be permanently removed. The *Young Offenders Act* appeared to do just that, as it formally recognized diversion and gave it official status. *The key to s. 4, however, was that it was up to the individual provinces to take the initiative and respond to the legislation. The Y.O.A. itself did not officially establish diversion programs but merely gave the provinces the ability to do so.* The Act encouraged the provinces to review their policies on diversion, and it gave them the incentive to formulate long range plans. As an added impetus to the provinces, a cost-sharing scheme was put into the *Y.O.A.* in s. 70. This provision allowed individual provinces to enter into a cost-sharing agreement with the federal Ministry of the Solicitor-General. [Emphasis added by Robins J.A.]

Having concluded that s. 4 did not impose a mandatory duty on the Attorney General for Ontario, Robins J.A. did not feel obliged to pursue the s. 15(1) *Charter* analysis. In his determination of the case, once it is found that s. 4 is permissive with respect to the provinces, then the provincial Attorneys General cannot be faulted for failing to implement an alternative measures program. Section 4 constitutes "the law" for the purposes of a s. 15 challenge, but the legislation itself was not in issue with respect to its compatibility with s. 15 of the *Charter*.

La Loi laisse à chaque province le soin de décider si elle désire mettre sur pied des programmes de mesures de rechange et permet l'élaboration de programmes variés, adaptés aux besoins, aux ressources et aux intérêts locaux. [Les italiques sont du juge Robins.]

Il renvoie à une observation analogue de Paul Rabinovitch dans son étude intitulée «Diversion Under Section 4: Is There a Future for It in Ontario?», publiée dans *Young Offenders Service* (1984), à la p. 257:

[TRADUCTION] La proclamation de la *Loi sur les jeunes contrevenants* en avril 1984 ainsi que la reconnaissance officielle de la déjudiciarisation à l'art. 4, qui prévoit des mesures de rechange, ont amené l'espoir que la déjudiciarisation deviendrait enfin une partie permanente du système de justice pour les adolescents dans tout le Canada. Elle aurait pour conséquence d'écarter définitivement les obstacles au développement de la déjudiciarisation dans des provinces comme l'Ontario. C'est précisément là ce que paraissait réaliser la *Loi sur les jeunes contrevenants* en reconnaissant formellement la déjudiciarisation et en lui donnant un statut officiel. *Le point crucial en ce qui concerne l'art. 4, toutefois, était qu'il appartenait aux provinces de prendre l'initiative et de donner suite à la Loi. La Loi sur les jeunes contrevenants elle-même n'établit pas officiellement des programmes de déjudiciarisation, mais habilite simplement les provinces à examiner leurs politiques en matière de déjudiciarisation et les incite à former des projets à longue échéance.* Pour stimuler davantage les provinces, l'art. 70 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* prévoit un régime de partage des frais. Suivant cette disposition, chaque province peut conclure avec le ministère fédéral du Solliciteur général un accord de partage des frais. [Les italiques sont du juge Robins.]

Ayant conclu que l'art. 4 n'imposait pas d'obligation impérative au procureur général de l'Ontario, le juge Robins ne s'est pas senti tenu d'entreprendre l'analyse fondée sur le par. 15(1) de la *Charte*. Selon sa façon de trancher l'affaire, du moment qu'on décide que l'art. 4 accorde aux provinces une faculté, on ne saurait reprocher aux procureurs généraux provinciaux de ne pas avoir mis en œuvre un programme de mesures de rechange. L'article 4 constitue «la loi» aux fins d'une contestation fondée sur l'art. 15, mais on n'a pas mis en doute la compatibilité de la loi elle-même avec l'art. 15 de la *Charte*.

Robins J.A. would allow the appeal, set aside the acquittal and order a new trial.

Le juge Robins était d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler l'acquittement et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Constitutional Questions

The following constitutional questions were stated:

1. Is s. 4 of the *Young Offenders Act* *ultra vires* the Parliament of Canada because it is, in pith and substance, legislation dealing with a matter outside Parliament's jurisdiction over criminal law and procedure as conferred by s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, namely, child welfare?
2. Does the decision of the Attorney General for Ontario not to authorize diversion programs as alternative measures under s. 4 of the *Young Offenders Act* violate the equality rights of the young persons accused of committing offences within Ontario, as guaranteed by s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. If the answer to question number 2 is yes, is the decision of the Attorney General for Ontario not to authorize diversion programs as alternative measures justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

The Issues

This appeal involves three issues: (i) whether s. 4(1)(a) of the *Young Offenders Act* imposes a legal obligation on the provinces to authorize programs of alternative measures; (ii) whether s. 4 is *intra vires* the Parliament of Canada pursuant to its jurisdiction over criminal law in s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*; and (iii) whether, if the legislation is *intra vires*, the failure of the Attorney General for Ontario to implement a program of alternative measures is a denial of the respondent's right to equality before and under the law pursuant to s. 15(1) of the *Charter*. I propose to deal with each issue in turn.

^a Les questions constitutionnelles

^b Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées:

1. L'article 4 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* excède-t-il la compétence du Parlement du Canada en ce qu'il constitue, de par son caractère véritable, une disposition législative concernant la protection de l'enfance, une matière qui ne relève pas de la compétence du Parlement sur le droit criminel et la procédure en matière criminelle conférée par le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
2. La décision du procureur général de l'Ontario de ne pas autoriser des programmes de déjudiciarisation au titre des mesures de rechange prévues à l'art. 4 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* porte-t-elle atteinte aux droits à l'égalité des adolescents accusés d'infractions en Ontario, droits garantis par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. Si la réponse à la deuxième question est affirmative, la décision du procureur général de l'Ontario de ne pas autoriser des programmes de déjudiciarisation au titre des mesures de rechange est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

^g Les questions en litige

^h Ce pourvoi soulève trois questions: (i) L'alinéa 4(1)a) de la *Loi sur les jeunes contrevenants* impose-t-il aux provinces l'obligation d'autoriser des programmes de mesures de rechange? (ii) L'article 4 est-il *intra vires* du Parlement du Canada en raison de sa compétence en matière de droit criminel en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*? (iii) Si la loi est *intra vires*, l'omission du procureur général de l'Ontario de mettre en œuvre un programme de mesures de rechange constitue-t-elle une atteinte au droit de l'intimé à l'égalité devant et dans la loi, que lui reconnaît le par. 15(1) de la *Charte*. Je me propose de traiter ces questions dans l'ordre.

Analysis

1. *Does s. 4(1)(a) of the Young Offenders Act Impose a Legal Obligation on the Provinces to Authorize Alternative Measures?*

The appellant argued before this Court that s. 4(1) of the *Young Offenders Act* does not oblige the province of Ontario to designate programs of alternative measures. The respondent submitted that the presence of programs of alternative measures is obligatory throughout Canada under federal criminal legislation and that the integrity of the legislative scheme would be jeopardized if the spectrum of sanctions was not universally available.

In the judgment below, a majority of the Ontario Court of Appeal agreed with the respondent and upheld the trial judge's ruling that s. 4(1) of the *Young Offenders Act* imposes a mandatory duty on the provincial governments to establish programs of alternative measures. With respect, I must disagree with this finding. In my opinion, the meaning of s. 4(1) is unambiguous and can be gleaned from the plain meaning of the provision. The section requires that "[a]lternative measures may be used to deal with a young person alleged to have committed an offence instead of judicial proceedings under this Act only if" a number of conditions are met. (Emphasis added.) Based upon the wording of the section, Robins J.A. in his dissenting reasons in the Court of Appeal below concluded, at p. 255, that:

... Parliament chose to employ the words "may" and "only if" in conjunction with a province's use of alternative measures under the *Y.O.A.* These words can in no sense be taken as indicating a federal intention to place the provinces under a duty to authorize alternative measures.

I agree with this conclusion. However, I wish to add that my reasons should not be taken as an indication that the use of the term "may" alone is determinative of the question whether an obligation is imposed. The *Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), vol. IX, p. 501, includes the following two alternative definitions of the word "may", both of which are relevant to this issue:

Analyse

1. *L'alinéa 4(1)a) de la Loi sur les jeunes contrevenants impose-t-il aux provinces l'obligation d'autoriser des mesures de rechange?*

^a L'appelante fait valoir devant notre Cour que le par. 4(1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants* n'oblige pas la province de l'Ontario à autoriser des programmes de mesures de rechange. L'intimé ^b soutient que les programmes de mesures de rechange sont rendus obligatoires partout au Canada en vertu de la législation fédérale en matière criminelle et que l'intégrité du régime législatif serait compromis si toute la gamme des ^c sanctions ne s'appliquait pas à tous.

Dans le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario, la majorité a retenu le point de vue de l'intimé et a confirmé la décision du juge du procès que le par. 4(1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants* impose aux gouvernements provinciaux une obligation impérative d'établir des programmes de mesures de rechange. Avec égards, je dois rejeter cette ^d conclusion. À mon avis, le sens du par. 4(1) n'est pas ambigu et se dégage du sens ordinaire de ses ^e termes. En effet, ce paragraphe porte que «[l]e recours à des mesures de rechange à l'endroit d'un adolescent à qui une infraction est imputée, plutôt qu'aux procédures judiciaires prévues par la présente loi, peut se faire si» certaines conditions sont réunies. (Je souligne.) Se fondant sur le texte du paragraphe, le juge Robins de la Cour d'appel conclut dans ses motifs de dissidence en l'espèce (à ^f la p. 255):

[TRADUCTION] ... le législateur fédéral a choisi d'employer les mots «peut» et «si» en parlant du recours par une province à des mesures de rechange sous le régime de la *L.J.C.* Ces mots ne sauraient en aucune façon ^g s'interpréter comme indiquant une intention de la part du fédéral d'obliger les provinces à autoriser des mesures de rechange.

Je souscris à cette conclusion. Je tiens cependant ⁱ à ajouter qu'il ne faut pas tirer de mes motifs la conclusion que le seul emploi du mot «peut» ou «may» est déterminant quant à savoir si une obligation est imposée. L'*Oxford English Dictionary* (2^e éd. 1989), vol. IX, p. 501, contient deux définitions ^j possibles du mot anglais «may» et les deux sont pertinentes relativement à la question qui nous occupe:

Expressing permission or sanction: To be allowed (to do something) by authority, law, rule, morality, reason, etc.

[TRANSDUCTION] Exprimant la permission ou la sanction: Être autorisé (à faire quelque chose) par l'autorité, la loi, une règle, la moralité, la raison, etc.

In the interpretation of statutes, it has often been ruled that *may* is to be understood as equivalent to *shall* or *must*.

^a En matière d'interprétation de lois, il a souvent été jugé que *may* (peut) doit être considéré comme équivalant à *shall* ou *must* (doit).

Obviously, either interpretation of s. 4(1) might be supported by the dictionary meaning of the word "may". The absence of an obligation expressed in unequivocally mandatory language is, however, one factor which leads me to conclude that the *Young Offenders Act* does not oblige the provinces to initiate a program of alternative measures.

^b Évidemment, l'une ou l'autre interprétation du texte anglais du par. 4(1) pourrait être appuyée par le sens donné au mot «*may*» par le dictionnaire. L'absence d'une obligation exprimée dans des termes impératifs non équivoques est toutefois un facteur qui m'amène à conclure que la *Loi sur les jeunes contrevenants* n'oblige pas les provinces à instaurer un programme de mesures de rechange.

Furthermore, I do not find support for the respondent's argument in the "Declaration of Principle" set out in s. 3 of the Act. Tarnopolsky J.A., for the majority of the Ontario Court of Appeal, made reference to s. 3(2), which states that the *Young Offenders Act* "shall be liberally construed to the end that young persons will be dealt with in accordance with the principles set out in subsection (1)". In order to construe the statutory purpose, then, it is necessary to refer to those principles. Of particular relevance to this appeal is s. 3(1)(d):

^d De plus, je ne crois pas que l'argument de l'intimé soit appuyé par la «Déclaration de principes» se trouvant à l'art. 3 de la Loi. Le juge Tarnopolsky, au nom de la majorité en Cour d'appel de l'Ontario, a cité le par. 3(2), selon lequel la *Loi sur les jeunes contrevenants* «doit faire l'objet d'une interprétation large garantissant aux adolescents un traitement conforme aux principes énoncés au paragraphe (1)». L'interprétation de l'objet de la loi doit en conséquence se faire par référence à ces principes. Dans cette optique, l'al. 3(1)d) est particulièrement pertinent en l'espèce:

... where it is not inconsistent with the protection of society, taking no measures or taking measures other than judicial proceedings under this Act should be considered for dealing with young persons who have committed offences; [Emphasis added.]

^e ... il y a lieu, dans le traitement des jeunes contrevenants, d'envisager, s'il est décidé d'agir, la substitution de mesures de rechange aux procédures judiciaires prévues par la présente loi, compte tenu de la protection de la société. [Je souligne.]

I agree with Robins J.A. that the use of the term "should" in s. 3(1)(d) does not provide evidence of a mandatory duty. While I agree that s. 3(2) dictates that a liberal interpretation be given to the legislation, in my opinion that does not require the abandonment of the principles of statutory interpretation nor does it preclude resort to the ordinary meaning of words in interpreting a statute. In the context of s. 3(1)(d), I find that the word "should" denotes simply a "desire or request" (to use Robins J.A.'s definition) and not a legal obligation.

^g Je partage l'avis du juge Robins que l'emploi de l'expression «il y a lieu» à l'al. 3(1)d) n'indique pas une obligation impérative. Si je conviens que le par. 3(2) commande une interprétation large de la loi cela ne nécessite nullement, à mon avis, l'abandon des principes de l'interprétation des lois ni n'exclut qu'on tienne compte du sens courant des mots pour interpréter un texte législatif. Dans le contexte de l'al. 3(1)d), j'estime que l'expression «il y a lieu» ne dénote qu'un [TRANSDUCTION] «souhait ou une demande» (pour reprendre la définition du juge Robins) et non une obligation imposée par la loi.

In interpreting this section I have found the approach taken in the English case of *Julius v.*

^j Dans l'interprétation de cet alinéa, le point de vue adopté dans l'arrêt anglais *Julius v. Bishop of*

Bishop of Oxford (1880), 5 App. Cas. 214 (H.L.) to be of some assistance. That case was concerned with the phrase "it shall be lawful" in the *Church Discipline Act* (U.K.), 3 & 4 Vict., c. 86, s. 3. The House of Lords held that the phrase was permissive and not compulsory in the sense that the Bishop had the discretion not to institute proceedings against an individual accused of ecclesiastical offences. The dictum of Lord Selborne remains relevant to this appeal (at p. 235):

I agree with my noble and learned friends who have preceded me, that the meaning of such words is the same, whether there is or is not a duty or obligation to use the power which they confer. They are potential, and never (in themselves) significant of any obligation. The question whether a Judge or a public officer, to whom a power is given by such words, is bound to use it upon any particular occasion, or in any particular manner, must be solved *aliunde*, and, in general, it is to be solved from the context, from the particular provisions, or from the general scope and objects, of the enactment conferring the power.

To the same effect are the comments of Elmer A. Driedger in his treatise *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

Equally instructive is the interpretative approach adopted by Professor Pierre-André Côté in his book, *The Interpretation of Legislation in Canada* (1984), at p. 235:

It is reasonable to believe that this rationality [that of the legislator] first manifests itself within a particular enactment: the statute is to be read as a whole, and each of its components should fit logically into its scheme.

From the point of view of the context, provisions, and scope and objects of the legislation, I find that the *Young Offenders Act* gives to the provincial Attorneys General a power, but not a duty, to develop and implement programs of alter-

Oxford (1880), 5 App. Cas. 214 (H.L.) m'a été d'un certain secours. Il était question dans cette affaire de l'expression «*it shall be lawful*» («il est licite») figurant dans la *Church Discipline Act* (R.-U.), 3 & 4 Vict., ch. 86, art. 3. La Chambre des lords a jugé qu'il s'agissait d'une expression exprimant une faculté et non pas une obligation en ce sens que l'évêque était investi du pouvoir discrétionnaire de ne pas engager d'instance contre une personne accusée d'infractions ecclésiastiques. L'opinion incidente exprimée par lord Selbourne demeure pertinente dans le présent pourvoi (à la p. 235):

[TRADUCTION] Comme mes nobles et savants collègues qui se sont prononcés avant moi, j'estime que le sens de tels mots est identique, qu'il existe ou non un devoir ou une obligation d'exercer le pouvoir qu'ils confèrent. Ils traduisent une virtualité et n'emportent jamais (par eux-mêmes) une obligation. Quant à savoir si un juge ou un fonctionnaire public investi d'un pouvoir par de tels mots est tenu d'exercer ce pouvoir dans une situation ou d'une manière déterminées, c'est une question à trancher autrement et, en général, par référence notamment au contexte, aux dispositions particulières ou à la portée générale et aux objets de la loi attributive de ce pouvoir.

Les observations faites par Elmer A. Driedger dans son traité intitulé *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la p. 87, vont dans le même sens:

[TRADUCTION] De nos jours, un seul principe ou méthode prévaut pour l'interprétation d'une loi; les mots doivent être interprétés dans le contexte global, selon leur acception logique courante en conformité avec l'esprit et l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Tout aussi instructive est la méthode d'interprétation adoptée par le professeur Pierre-André Côté dans son livre intitulé *Interprétation des lois* (1982), à la p. 256:

On peut supposer que cette rationalité [celle du législateur] se manifestera d'abord à l'intérieur même d'un texte législatif donné: la loi s'interprète comme un tout, chacun de ses éléments devant être considéré comme s'intégrant logiquement dans le système d'ensemble que la loi forme.

Du point de vue de son contexte, de ses dispositions, de sa portée et de ses objets, j'estime que la *Loi sur les jeunes contrevenants* confère aux procureurs généraux provinciaux le pouvoir, sans leur imposer l'obligation, d'élaborer et de mettre en

native measures. The federal Parliament has left it to the provinces to deal with a matter which it has determined is best resolved at the provincial level. In my opinion, it must have been within the contemplation of Parliament that the result of s. 4(1) would be diversity among provinces in the content of alternative measures programs and moreover, diversity in terms of whether alternative measures programs were instituted at all. In fact, the legislation was intended to foster diversity as a means of "tailoring" programs of alternative measures to the facilities and needs of territorially based communities. In their book *The Young Offenders Act Annotated*, Professors Bala and Lilles elaborate on the types of programs of alternative measures which could be developed by the provinces, and they emphasize the discretionary nature of the decision to implement a program (at pp. 22-23):

Under the *Y.O.A.*, each province is free to set up and administer alternative measures programs. If the provincial programs follow the most common model of present diversion programs, a decision will be made prior to the first court appearance to determine whether the young person will be offered an opportunity to participate in the program. If the young person agrees, a meeting will be held to discuss the alleged offence and the choice of alternative measures available. The young person must acknowledge responsibility for the act, as a minimum prerequisite to participation. If he is not prepared to accept responsibility, the young person should be dealt with in youth court. If alternative measures are felt suitable, the legislation does not specify the conditions which may be imposed. Normally, they might include measures such as writing an essay, restitution, community service work, participation in a recreation program, involvement with Big Brothers/Big Sisters, or some form of counselling.

The fact that the Attorney General for Ontario chose not to implement an alternative measures program, then, should not be construed as a failure to comply with a statutorily imposed duty. Rather, it is a legitimate decision not to exercise a power granted by Parliament.

œuvre des programmes de mesures de rechange. Le législateur fédéral a laissé aux provinces le soin de s'occuper d'une question qui, selon lui, se règle le mieux au niveau provincial. À mon avis, le Parlement a dû prévoir que le par. 4(1) entraînerait des différences entre les provinces quant au contenu des programmes de mesures de rechange et aussi quant à savoir si de tels programmes seraient même instaurés. En réalité, la loi visait à favoriser la diversité comme moyen de permettre «l'adaptation» de programmes de mesures de rechange aux moyens et aux besoins des régions. Dans leur ouvrage intitulé *La Loi sur les jeunes contrevenants annotée*, les professeurs Bala et Lilles donnent des précisions sur les types de programmes de mesures de rechange pouvant être élaborés par les provinces et soulignent la nature discrétionnaire de la décision de mettre un programme en œuvre (à la p. 18):

Dans le cadre de la *L.J.C.*, les provinces sont libres de mettre sur pied et d'administrer des programmes de mesures de rechange. Si les provinces décident de créer des programmes semblables aux programmes actuels de déjudiciarisation, voici quelles pourraient en être les différentes étapes. Tout d'abord, il faut décider avant la première comparution s'il convient de donner à l'adolescent la possibilité de participer au programme. Si l'adolescent est d'accord, on tient une réunion pour parler de l'infraction imputée et des diverses mesures de rechange possibles. Une des conditions préalables à sa participation au programme est que l'adolescent reconnaisse sa responsabilité pour l'acte reproché. S'il n'est pas prêt à s'en déclarer responsable, l'adolescent devra être jugé par le tribunal pour adolescents. Si les mesures de rechange sont jugées appropriées, la *Loi* ne prévoit pas les conditions qui peuvent être imposées. Ces mesures pourraient comprendre la rédaction d'un travail, la restitution, des travaux communautaires, la participation à un programme de loisir, l'implication dans le programme grands frères/grandes soeurs ou des sessions de counselling.

Le choix du procureur général de l'Ontario de ne pas mettre en œuvre un programme de mesures de rechange ne devrait donc pas s'interpréter comme un manquement à une obligation imposée par la loi. Il s'agit plutôt d'une décision légitime de ne pas exercer un pouvoir conféré par le législateur fédéral.

2. *Is s. 4 of the Young Offenders Act intra vires the Parliament of Canada?*

The appellant, supported by the intervener Attorney General of Quebec, argued that s. 4 of the *Young Offenders Act* was not constitutionally supportable pursuant to Parliament's jurisdiction over criminal law in s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. Instead, the appellant submitted that s. 4 is in pith and substance in relation to child welfare, a matter falling within the exclusive jurisdiction of the provinces over "Property and Civil Rights" pursuant to s. 92(13). The respondent and the intervener Attorney General of Canada argued that s. 4 is merely an extension of the scope of sanctions available to address the criminal activity of young persons and is a valid exercise of Parliament's legislative authority.

The federal jurisdiction over the criminal law has been the subject of much judicial comment and the principle which has been followed consistently in interpreting s. 91(27) is that stated by the Lord Chancellor writing for the Judicial Committee of the Privy Council in *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524, at p. 529: "the criminal law, in its widest sense, is reserved for the exclusive authority of the Dominion Parliament". This principle was reiterated and expanded upon by the Privy Council in the often cited case involving the constitutionality of combines legislation, *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310. In that case Lord Atkin held that in determining whether legislation has been validly enacted pursuant to the criminal law power, consideration must be given to the dynamic nature of the criminal law (at p. 324):

It certainly is not confined to what was criminal by the law of England or of any Province of 1867. The power must extend to legislation to make new crimes. Criminal law connotes only the quality of such acts or omissions as are prohibited under appropriate penal provisions by authority of the State.

2. *L'article 4 de la Loi sur les jeunes contrevenants est-il intra vires du Parlement du Canada?*

L'appelante, soutenue par l'intervenant le procureur général du Québec, allègue que l'art. 4 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* ne relève pas de la compétence en matière de droit criminel que possède le Parlement aux termes du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Selon l'appelante, l'art. 4, de par son caractère véritable, concerne plutôt la protection de l'enfance, matière qui relève de la compétence exclusive des provinces sur la «propriété et les droits civils», en vertu du par. 92(13). L'intimé et l'intervenant le procureur général du Canada font valoir que l'art. 4 ne fait qu'étendre la portée des sanctions pouvant être employées pour réprimer le crime chez les adolescents et constitue un exercice valable du pouvoir législatif du Parlement.

La compétence fédérale en matière de droit criminel a été abondamment étudiée dans la jurisprudence et le principe uniformément suivi dans l'interprétation du par. 91(27) est celui énoncé par le lord chancelier, écrivant au nom du Comité judiciaire du Conseil privé, dans l'affaire *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524, à la p. 529: [TRADUCTION] «la compétence exclusive de légiférer en matière de droit criminel, dans son sens le plus large, est réservée au législateur fédéral.» Ce principe a été répété et développé par le Conseil privé dans un arrêt souvent cité portant sur la constitutionnalité de la législation relative aux coalitions, l'arrêt *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310. Dans cette affaire, lord Atkin a dit que pour décider si une loi a été validement adoptée en vertu de la compétence en matière de droit criminel, il faut tenir compte de la nature dynamique du droit criminel (à la p. 324):

[TRADUCTION] Il ne se confine certainement pas à ce que le droit anglais ou celui d'une province quelconque considèraient comme des actes criminels en 1867. Ce pouvoir doit permettre de légiférer pour définir de nouveaux crimes. Le droit est criminel en ce qu'il désigne la qualité de certains actes ou omissions qui sont interdits par l'État en vertu de dispositions pénales appropriées.

These general principles have been applied by this Court in judicial review of the predecessor legislation to the *Young Offenders Act*, namely the *Juvenile Delinquents Act*. In my opinion the judicial treatment of that statute is useful in an examination of s. 4 of the current Act, although the differences between the two statutes must be borne in mind. The scope of the *Juvenile Delinquents Act* was all encompassing. In the introduction to their book, *Justice and the Young Offender in Canada* (1988), Joe Hudson, Joseph P. Hornick and Barbara Burrows describe the underlying rationale of the *Juvenile Delinquents Act* as based upon the welfare of the child (at pp. 4-5):

The juvenile court was to serve, in whatever manner deemed necessary, the best interests of the children who came before it. The court was to act as a kind of clinic, concerned with assessing and fulfilling the needs of its clients, as opposed to a criminal court concerned with due process and the protection of society. Delinquency was viewed as a product of the social environment and susceptible to treatment. The court's role under the *JDA* was to act on behalf of parents when the best interests of children were not being met. Thus the court took on the role of a "... stern but understanding parent."

The protective ideology was integral to the *JDA*. Indeed, the *JDA* is widely described as paternalistic. The *parens patriae* doctrine of the *JDA* "... emphasized treatment and minimized accountability (on the part of the young person)". Children were to be saved, not punished for their misdeeds. The *parens patriae* doctrine drew no distinction between criminal and noncriminal youth conduct, which supported the view that juvenile court proceedings were civil rather than criminal in nature. There was seen to be no need to differentiate between delinquent and neglected children. Rather, they were perceived by one of the original drafters of the *JDA* to be of the "same class"; the principal concern was to be on treatment (i.e. helping the child), with "minimal attention paid to accountability, or the justification for intervention".

In contrast, the *Young Offenders Act* has a narrower focus and a more modest child welfare component. The Act addresses the commission of

Ces principes généraux ont été appliqués par notre Cour dans le cadre du contrôle judiciaire de la *Loi sur les jeunes délinquants* qui a précédé la *Loi sur les jeunes contrevenants*. À mon avis, l'attitude adoptée par les tribunaux à son égard est utile dans l'examen de l'art. 4 de la loi actuelle, quoiqu'il ne faille pas oublier les différences entre les deux textes. La *Loi sur les jeunes délinquants* était de vaste portée. Dans l'introduction à leur livre *Justice and the Young Offender in Canada* (1988), Joe Hudson, Joseph P. Hornick et Barbara Burrows affirment que la raison d'être fondamentale de la *Loi sur les jeunes délinquants* était d'assurer le bien-être de l'enfant (aux pp. 4 et 5):

[TRADUCTION] La cour pour jeunes délinquants devait, par l'emploi de tout moyen qu'elle jugeait nécessaire, agir au mieux des intérêts des enfants qui lui étaient déferés. Elle devait fonctionner comme une espèce de clinique ayant pour rôle de déterminer les besoins de ses patients et d'y répondre plutôt que de faire office de cour criminelle préoccupée par la régularité des procédures et par la protection de la société. La délinquance était considérée comme issue du milieu social et susceptible de traitement. La tâche de la cour sous le régime de la *LJD* consistait à agir au nom des parents dans les cas où les intérêts des enfants se trouvaient être négligés. La cour assumait donc le rôle «[...] d'un père ou d'une mère sévère mais compréhensif».

La notion de protection faisait partie intégrante de la *LJD*. Nombreux sont ceux en fait qui qualifient cette loi de paternaliste. La théorie du *parens patriae* inhérente à la *LJD* «[...] met l'accent sur le traitement et attache moins d'importance à la responsabilité (du jeune)». Il s'agissait de sauver les enfants, non pas de les punir pour leurs méfaits. La théorie du *parens patriae* ne faisait aucune distinction entre la conduite criminelle d'une jeune personne et sa conduite non criminelle, ce qui venait appuyer le point de vue selon lequel les procédures de la cour pour jeunes délinquants présentaient un caractère civil plutôt que pénal. On ne voyait pas la nécessité de distinguer entre les enfants délinquants et les enfants négligés. Au contraire, l'un des rédacteurs de la *LJD* les considérait comme appartenant à la «même catégorie»; la préoccupation principale devait être le traitement (c.-à-d. aider l'enfant) et on «ne s'intéressait que très peu à la responsabilité, ou à la justification de l'intervention».

La *Loi sur les jeunes contrevenants*, par contre, a une portée plus restreinte et un rôle plus modeste en matière de protection de l'enfance. Elle traite

offences contrary to the *Criminal Code* and other federal criminal law statutes. Its purpose was described by McLachlin J. in *R. v. M. (S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446, at p. 454:

The *Young Offenders Act* specifies that a young person charged with a criminal offence is to be tried in Youth Court, rather than in ordinary court in accordance with the law applicable to an adult offender. The procedures in Youth Court differ from those in ordinary court in a number of respects. They are less formal, and are before a judge alone rather than before judge and jury. Moreover, the consequences of conviction in Youth Court are also much less severe than in ordinary court.

I refer to this passage because it is indicative of the focus of the *Young Offenders Act*, which is primarily on the criminal law as applied to young persons, and not on the welfare of the young persons *per se*.

In my opinion, there is no question that the *Young Offenders Act* as a whole is valid criminal law. This Court addressed the question of the constitutionality of the *Juvenile Delinquents Act* in *Attorney General of British Columbia v. Smith*, *supra*, and Fauteux J. held that the Act did not encroach upon provincial jurisdiction over child welfare, at p. 708:

The primary legal effect of the *Juvenile Delinquents Act* ... is the effective substitution, in the case of juveniles, of the provisions of the Act to the enforcement provisions of the *Criminal Code* or of any other Dominion statute, or of a provincial statute validly adopted, under head 15 of s. 92 ... this substitution of the provisions of the Act to the enforcement provisions of other laws, federally or provincially enacted, is a means adopted by Parliament, in the proper exercise of its plenary power in criminal matters, for the attainment of an end, a purpose or object which, in its true nature and character, identifies this Act as being genuine legislation in relation to criminal law.

Given that the focus of the *Young Offenders Act* is more closely tailored to our traditional conception of the criminal law than was the *Juvenile Delinquents Act*, I think it is a logical conclusion that

de la perpétration d'infractions au *Code criminel* et à d'autres lois fédérales de caractère pénal. Son objet est exposé par le juge McLachlin dans l'arrêt *R. c. M. (S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446, à la p. 454:

^a La *Loi sur les jeunes contrevenants* dit expressément qu'un adolescent accusé d'une infraction criminelle doit subir son procès devant le tribunal pour adolescents plutôt que devant la juridiction normalement compétente selon les règles de droit applicables à un contrevenant adulte. Les procédures du tribunal pour adolescents diffèrent à plusieurs égards de celles de la juridiction normalement compétente. Elles sont moins formelles et se déroulent devant un juge seul plutôt que devant juge et jury. En outre, les conséquences d'une déclaration de culpabilité devant le tribunal pour adolescents sont moins sévères que devant la juridiction normalement compétente.

^d Je cite ce passage parce qu'il est révélateur de la portée de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, qui concerne d'abord le droit criminel applicable aux adolescents et non leur bien-être en soi.

^e À mon avis, il ne fait aucun doute que la *Loi sur les jeunes contrevenants* dans son ensemble est une loi valide en matière criminelle. La question de la constitutionnalité de la *Loi sur les jeunes délinquants* a été étudiée par notre Cour dans l'arrêt *Attorney General of British Columbia v. Smith*, précité, où le juge Fauteux a conclu que ladite loi n'empiétait pas sur la compétence provinciale en matière de protection de l'enfance, à la p. 708:

^g [TRADUCTION] Le premier effet juridique de la *Loi sur les jeunes délinquants* [...] est, dans le cas des jeunes délinquants, la substitution de fait des dispositions de la Loi aux dispositions relatives à l'application du *Code criminel* ou de toute autre loi fédérale ou d'une loi provinciale validement adoptée en vertu du par. 92(15) [...]. [C]ette substitution des dispositions de la Loi aux dispositions exécutoires d'autres lois fédérales ou provinciales est un moyen adopté par le Parlement, dans l'exercice légitime de la plénitude de son pouvoir en matière criminelle, pour parvenir à un résultat, un but ou un objet dont la vraie nature fait de cette loi une véritable législation relative au droit criminel.

^j Étant donné que l'objet de la *Loi sur les jeunes contrevenants* est plus proche que la *Loi sur les jeunes délinquants* de notre conception traditionnelle du droit criminel, je crois qu'il est logique de

this Court's reasoning in *Smith* remains applicable to the current legislation.

That, however, does not in itself resolve the issue before this Court. Although the Act as a whole is constitutionally valid, the appellant argues that s. 4 is *ultra vires* and severable from the Act. In support of this argument the appellant relies upon this Court's decision in *Regional Municipality of Peel v. MacKenzie, supra*. In that case the Court's attention was focussed upon s. 20 of the *Juvenile Delinquents Act*:

20. (1) In the case of a child adjudged to be a juvenile delinquent the court may, in its discretion, take either one or more of the several courses of action hereinafter in this section set out, as it may in its judgment deem proper in the circumstances of the case:

- (a) suspend final disposition;
- (b) adjourn the hearing or disposition of the case from time to time for any definite or indefinite period;

(c) impose a fine not exceeding twenty-five dollars, which may be paid in periodical amounts or otherwise;

(d) commit the child to the care or custody of a probation officer or of any other suitable person;

(e) allow the child to remain in its home, subject to the visitation of a probation officer, such child to report to the court or to the probation officer as often as may be required;

(f) cause the child to be placed in a suitable family home as a foster home, subject to the friendly supervision of a probation officer and the further order of the court;

(g) impose upon the delinquent such further or other conditions as may be deemed advisable;

(h) commit the child to the charge of any children's aid society, duly organized under an Act of the legislature of the province and approved by the lieutenant governor in council, or, in any municipality in which there is no children's aid society, to the charge of the superintendent, if there is one; or

(i) commit the child to an industrial school duly approved by the lieutenant governor in council.

(2) In every such case it is within the power of the court to make an order upon the parent or parents of the child, or upon the municipality to which the child belongs, to contribute to the child's support such sum as the court may determine, and where such order is made upon the municipality, the municipality may from time

conclure que le raisonnement de notre Cour dans l'arrêt *Smith* demeure applicable à la loi actuelle.

Cela ne suffit cependant pas pour trancher la question. Bien que la Loi, dans son ensemble, soit constitutionnelle, l'appelante prétend que son art. 4 est *ultra vires* et peut en être retranché. L'appelante invoque au soutien de cet argument notre arrêt *Municipalité régionale de Peel c. MacKenzie*, précité. Dans cette affaire, notre Cour avait porté son attention sur l'art. 20 de la *Loi sur les jeunes délinquants*:

20. (1) Lorsqu'il a été jugé que l'enfant était un jeune délinquant, la cour peut, à sa discrétion, prendre une ou plusieurs des mesures diverses ci-dessous énoncées au présent article, selon qu'elle le juge opportun dans les circonstances,

- a) suspendre le règlement définitif;
- b) ajourner, à l'occasion, l'audition ou le règlement de la cause pour une période déterminée ou indéterminée;

c) imposer une amende d'au plus vingt-cinq dollars, laquelle peut être acquittée par versements périodiques ou autrement;

d) confier l'enfant au soin ou à la garde d'un agent de surveillance ou de toute autre personne recommandable;

e) permettre à l'enfant de rester dans sa famille, sous réserve de visites de la part d'un agent de surveillance, l'enfant étant tenu de se présenter à la cour ou devant cet agent aussi souvent qu'il sera requis de le faire;

f) faire placer cet enfant dans une famille recommandable comme foyer d'adoption, sous réserve de la surveillance bienveillante d'un agent de surveillance et des ordres futurs de la cour;

g) imposer au délinquant les conditions supplémentaires ou autres qui peuvent paraître opportunes;

h) confier l'enfant à quelque société d'aide à l'enfance, dûment organisée en vertu d'une loi de la législature de la province et approuvée par le lieutenant-gouverneur en conseil, ou, dans toute municipalité où il n'existe pas de société d'aide à l'enfance, aux soins du surintendant, s'il en est un; ou

i) confier l'enfant à une école industrielle dûment approuvée par le lieutenant-gouverneur en conseil.

(2) Dans chacun de ces cas, la cour est autorisée à rendre un ordre enjoignant aux père et mère de l'enfant ou au père ou à la mère ou à la municipalité à laquelle il appartient, de verser pour son entretien telle somme que la cour peut déterminer, et lorsque cet ordre est donné à la municipalité, cette dernière peut à l'occasion recou-

to time recover from the parent or parents any sum or sums paid by it pursuant to such order.

Martland J., writing for the Court, held that while s. 20(1) unquestionably was a valid exercise of Parliament's criminal law jurisdiction, s. 20(2) was outside of the scope of s. 91(27), at pp. 16-17:

Unless it were held to be necessarily incidental to the exercise of Parliament's legislative authority in the field of criminal law, in the enactment of the *Juvenile Delinquents Act*, it would not be possible to support the constitutional validity of the subsection. It is designed to come into operation only after the trial has occurred, the accused has been found to be a juvenile delinquent and the Court has decided as to the disposition of the delinquent child. It is not a part of the definition of the offence, of the procedures to be followed or of the penalties which may be imposed. What it seeks to do is to impose upon municipalities the financial burden of contributing toward the support of a delinquent child who has already been tried, convicted and made subject to the disposition prescribed in the Court order. In my opinion this is not, *per se*, legislation in relation to criminal law.

In my opinion, this dicta provides no assistance to the appellant. Section 4(1) of the *Young Offenders Act* more closely resembles s. 20(1) of the *Juvenile Delinquents Act* in that both deal with the "punishment" of young persons found to have contravened the law. Section 20(2), on the contrary, dealt with the financing of that disposition, which is well beyond the scope of the criminal law power as it was defined in the *Proprietary Articles Trade Association* case, *supra*.

Although I agree with the argument of the appellant that s. 4(1) differs from most criminal law remedial statutes in that the focus is on alternatives to more traditional criminal sanctions, I do not find this factor to be dispositive. While resort to non-judicial alternatives in the correction of young offenders may not resemble the criminal law model envisioned by Lord Atkin, this Court has held repeatedly that the legislative power over criminal law must be sufficiently flexible to recognize new developments in methods of dealing with

vrer des père et mère ou du père ou de la mère de l'enfant la somme ou les sommes qu'elle a versées en exécution de cet ordre.

^a Le juge Martland, au nom de la Cour, a dit que, si le par. 20(1) représentait indubitablement un exercice valide de la compétence du Parlement en matière de droit criminel, le par. 20(2) ne relevait pas de la portée du par. 91(27) (aux pp. 16 et 17):

^b Il n'est pas possible de confirmer la constitutionnalité du paragraphe, dans le texte de la *Loi sur les jeunes délinquants*, à moins de conclure qu'il est nécessairement accessoire à l'exercice de la compétence législative du Parlement dans le domaine du droit criminel. Il est conçu pour prendre effet uniquement après que le procès a eu lieu, que l'accusé a été déclaré jeune délinquant et que la Cour a décidé des mesures à prendre à son égard. Cette disposition ne fait pas partie de la définition de l'infraction, des procédures à suivre ou des peines qui peuvent être imposées. Elle vise à imposer aux municipalités la charge financière de contribuer à l'entretien d'un enfant délinquant qui a déjà été jugé, déclaré coupable et à qui on a imposé les mesures prévues dans l'ordonnance de la cour. À mon avis, ce n'est pas, intrinsèquement, une disposition législative relative au droit criminel.

^c Selon moi, cette opinion incidente n'est d'aucun secours pour l'appelante. Le paragraphe 4(1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants* ressemble davantage au par. 20(1) de la *Loi sur les jeunes délinquants* en ce qu'ils portent tous les deux sur la «punition» d'adolescents qui ont enfreint la loi. Le paragraphe 20(2), au contraire, traite du financement des mesures prévues au premier paragraphe, ce qui dépasse de loin la portée de la compétence en matière criminelle telle qu'elle est définie dans l'arrêt *Proprietary Articles Trade Association*, précité.

^d Bien que je souscrive à l'argument de l'appelante que le par. 4(1) diffère de la plupart des lois réparatrices relevant du droit criminel en ce qu'il met l'accent sur des mesures de rechange pouvant être substituées aux sanctions criminelles plus traditionnelles, je ne considère pas ce facteur comme décisif. Le recours à des mesures de rechange non judiciaires dans le cas des jeunes contrevenants peut différer du droit criminel qu'envisageait lord Atkin, mais notre Cour a jugé à maintes reprises que la compétence législative en matière de droit

offenders. This principle was applied by Laskin C.J., in dealing with a restitutionary remedy for a criminal offence: *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940. The principle is equally relevant here.

Further support for this interpretation of s. 4(1) can be drawn from the principle that Parliament's jurisdiction over criminal law in s. 91(27) extends beyond the confines of creating offences and establishing penalties. In *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. The Queen*, [1956] S.C.R. 303, this Court upheld a prohibition order provided for by the *Criminal Code* and the *Combines Investigation Act*. Locke J., writing for a majority of the Court, found that the validity of the order was sustainable not only on the basis that it defined a new offence, but also on the basis that it was a means for the prevention of further crime (at p. 308):

The power to legislate in relation to criminal law is not restricted, in my opinion, to defining offences and providing penalties for their commission. The power of Parliament extends to legislation designed for the prevention of crime as well as to punishing crime.

In my opinion, the discretion to create an alternative measures program pursuant to s. 4 represents a legitimate attempt to deter young offenders from continued criminal activity. In this regard, I agree with Tarnopolsky J.A.'s characterization of s. 4 as demonstrating a "concern with a curative approach, rather than the traditionally punitive approach of the criminal law. There is a concern with preventing recidivism and with balancing the interests of the offending 'young person' with those of society" (p. 270). Although I do not intend to define the limits of the "prevention of crime" doctrine, s. 4 of the *Young Offenders Act* is well within its scope.

Thus, I find that s. 4 of the *Young Offenders Act* has been validly enacted pursuant to Parliament's power over criminal law in s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. In view of my disposition

criminel doit être assez souple pour permettre de tenir compte de nouvelles méthodes de traitement des contrevenants. Ce principe a été appliqué par le juge en chef Laskin relativement à la restitution dans le cas d'une infraction criminelle: *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940. C'est un principe qui est tout aussi pertinent en l'espèce.

Cette interprétation du par. 4(1) est appuyée en outre par le principe suivant lequel la compétence du Parlement en matière criminelle selon le par. 91(27) ne se borne pas à la création d'infractions et à la fixation de peines. Dans l'arrêt *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. The Queen*, [1956] R.C.S. 303, notre Cour a maintenu une ordonnance d'interdiction prévue par le *Code criminel* et par la *Loi des enquêtes sur les coalitions*. Le juge Locke, au nom de la majorité, a conclu que l'ordonnance était valide non seulement parce qu'elle définissait une infraction nouvelle, mais aussi parce qu'elle constituait un moyen de prévenir d'autres crimes (à la p. 308):

[TRADUCTION] Le pouvoir de légiférer relativement au droit criminel ne se limite pas, à mon avis, à la définition d'infractions et à la fixation de peines pour la perpétration de celles-ci. La compétence du Parlement s'étend aux lois destinées aussi bien à prévenir le crime qu'à le punir.

À mon avis, le pouvoir discrétionnaire de mettre sur pied un programme de mesures de rechange conformément à l'art. 4 représente une tentative légitime de dissuader les jeunes contrevenants de continuer dans la voie criminelle. À cet égard, je partage l'opinion du juge Tarnopolsky, qui dit de l'art. 4 qu'il témoigne d'un [TRADUCTION] «désir d'adopter une méthode réparatrice, plutôt que la méthode punitive traditionnelle propre au droit criminel. On y voit le souci de prévenir la récidive et de tenir compte des intérêts à la fois de «l'adolescent» auteur de l'infraction et de la société» (p. 270). Bien que ce ne soit pas mon intention de définir les limites de la théorie de la «prévention du crime», elle s'applique certainement à l'art. 4 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*.

Je conclus en conséquence que l'art. 4 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* a été validement adoptée en vertu de la compétence en matière de droit criminel conférée au législateur fédéral par le

of this question, I need not consider the alternative argument that s. 4 is “necessarily incidental” to the criminal law power.

As a related issue, the respondent also raised the question whether s. 4 of the *Young Offenders Act* is an unconstitutional delegation of Parliament’s authority over criminal law and procedure. This matter can be dealt with summarily as, in my opinion, there is no limitation imposed by the *Constitution Act, 1867* on the ability of Parliament to leave this issue to the discretion of the provincial Attorneys General. Tarnopolsky J.A. has summarized accurately the effect of the decisions of this Court regarding the intersection of ss. 91(27) and 92(14) of the *Constitution Act, 1867* (at p. 278):

There is no doubt, since the decisions of the Supreme Court of Canada in *Canada (A.G.) v. Cdn. National Transportation Ltd.*; *Canada (A.G.) v. Cdn. Pacific Transport Co.* (1983), 7 C.C.C. (3d) 449, 3 D.L.R. (4th) 16, [1983] 2 S.C.R. 206, and *R. v. Wetmore and A.-G. Ont.* (1983), 7 C.C.C. (3d) 507, 2 D.L.R. (4th) 577, [1983] 2 S.C.R. 284, that the federal Parliament has jurisdiction to confer powers on provincial officials to supervise the conduct of criminal prosecutions.

Authority over the prosecution of young offenders has been delegated through the definition of Attorney General in s. 2 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now R.S.C., 1985, c. C-46). This is made applicable to the *Young Offenders Act* by virtue of s. 2(4) (now s. 2(2)) of the Act). With respect to the *Young Offenders Act*, the provinces have accepted a delegation of responsibility from the federal Parliament in respect of prosecutions. In my view, the discretion to establish programs of alternative measures clearly is incidental to that legitimate delegation.

The only remaining issue, then, is whether the diversity which flows from the conferral of a discretion on provincial officials over the conduct of a criminal prosecution pursuant to s. 92(14) of the

par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Étant donné la façon dont je tranche cette question, je n’ai pas besoin d’examiner le moyen subsidiaire selon lequel l’art. 4 est «nécessairement accessoire» à la compétence en matière de droit criminel.

L’intimé soulève en outre la question connexe de savoir si l’art. 4 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* opère une délégation inconstitutionnelle de la compétence du Parlement relativement au droit criminel et à la procédure criminelle. C’est là une question qui peut être traitée sommairement puisque, selon moi, la *Loi constitutionnelle de 1867* ne limite aucunement le pouvoir du législateur fédéral de laisser cette question à la discrétion des procureurs généraux provinciaux. Le juge Tarnopolsky fait un résumé exact de l’effet des arrêts de notre Cour relatifs au recoupement des par. 91(27) et 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (à la p. 278):

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute depuis les arrêts rendus par la Cour suprême du Canada dans les affaires *P.G. Can. c. Transports nationaux du Canada, Ltée*; *P.G. Can. c. Compagnie de Transport Canadien Pacifique* (1983), 7 C.C.C. (3d) 449, 3 D.L.R. (4th) 16, [1983] 2 R.C.S. 206, et *R. c. Wetmore et P.G. Ont.* (1983), 7 C.C.C. (3d) 507, 2 D.L.R. (4th) 577, [1983] 2 R.C.S. 284, que le législateur fédéral a compétence pour investir des fonctionnaires provinciaux du pouvoir de surveiller la conduite de poursuites criminelles.

La compétence pour poursuivre les jeunes contrevenants a été déléguée au moyen de la définition du terme «procureur général» à l’art. 2 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46). Cette définition est rendue applicable à la *Loi sur les jeunes contrevenants* par son par. 2(4) (maintenant par. 2(2)). En ce qui a trait à la *Loi sur les jeunes contrevenants*, les provinces ont accepté la responsabilité à l’égard des poursuites que leur a déléguée le Parlement fédéral. À mon avis, le pouvoir discrétionnaire d’établir des programmes de mesures de rechange est manifestement accessoire à cette délégation légitime.

Seule reste donc à trancher la question de savoir si la diversité résultant de l’attribution à des fonctionnaires provinciaux d’un pouvoir discrétionnaire à l’égard de la conduite d’une poursuite criminelle

Constitution Act, 1867 is unconstitutional by reason of the equality provisions of s. 15(1) of the *Charter*.

3. *Does Ontario's failure to authorize alternative measures violate s. 15 of the Charter?*

The appellant argued that the Ontario Court of Appeal erred in law when it held that the decision of the Attorney General for Ontario not to authorize a program of alternative measures pursuant to s. 4 of the *Young Offenders Act* violated the right of the respondent to equality before and under the law and to the equal benefit of the law as guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*. The respondent has not attacked the constitutionality of s. 4 itself in this appeal; rather, the issue is whether the exercise of discretion by the Attorney General for Ontario in choosing not to implement a program of alternative measures itself violated the respondent's equality rights. The respondent also raised s. 7 of the *Charter*; however, no constitutional question in relation to s. 7 was framed in this case. In any event, the extent to which the principles of fundamental justice encompass the values which underpin the equality guarantee in s. 15(1) of the *Charter* is premised upon an initial determination that s. 15(1) itself has been violated. The Attorneys General of Quebec and Saskatchewan intervened on behalf of the appellant and the Attorney General of Canada made submissions in support of the position of the respondent on this issue.

The rights protected by s. 15(1) are all framed in terms of "the law"—equality before and under the law, and equal protection and equal benefit of the law. Therefore, it is first necessary to determine whether the failure of the Attorney General for Ontario to implement a program of alternative measures can be considered "the law" for the purposes of a s. 15 challenge. This issue is made more difficult by my determination that this legislation does not impose a mandatory obligation on the Attorney General for Ontario. Robins J.A. in

en vertu du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* est inconstitutionnelle en raison des dispositions relatives à l'égalité du par. 15(1) de la *Charte*.

3. *L'omission de l'Ontario d'autoriser des mesures de rechange constitue-t-elle une violation de l'art. 15 de la Charte?*

L'appelante soutient que c'est à tort que la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que la décision du procureur général de l'Ontario de ne pas autoriser de programme de mesures de rechange conformément à l'art. 4 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* portait atteinte au droit de l'intimé à l'égalité devant et dans la loi et d'en bénéficier à titre égal, garanti par le par. 15(1) de la *Charte*. L'intimé ne conteste pas dans le présent pourvoi la constitutionnalité de l'art. 4 lui-même; pour lui, la question est plutôt de savoir si le fait que le procureur général de l'Ontario a exercé son pouvoir discrétionnaire en choisissant de ne pas mettre en œuvre de programme de mesures de rechange constitue lui-même une violation des droits de l'intimé à l'égalité. L'intimé invoque en outre l'art. 7 de la *Charte*. Toutefois aucune question constitutionnelle se rapportant à l'art. 7 n'a été formulée en l'espèce. Quoi qu'il en soit, la mesure dans laquelle les principes de justice fondamentale englobent les valeurs sous-tendant la garantie d'égalité énoncée au par. 15(1) de la *Charte* dépend d'une conclusion initiale à la violation du par. 15(1) lui-même. Les procureurs généraux du Québec et de la Saskatchewan sont intervenus en faveur de l'appelante tandis que le procureur général du Canada a fait des observations au soutien de la position de l'intimé sur cette question.

Les droits que protège le par. 15(1) sont tous formulés en fonction de «la loi»—la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi. D'où la nécessité de déterminer d'abord si l'omission du procureur général de l'Ontario de mettre en œuvre un programme de mesures de rechange peut être considérée comme «la loi» aux fins d'une contestation fondée sur l'art. 15. Cette question est compliquée par ma conclusion que le texte législatif en cause

his dissenting reasons at the Court of Appeal found this fact to be conclusive (at pp. 259-60):

In my opinion, once it is accepted that s. 4 of the Act does not impose a mandatory duty on the province to establish alternative measures, the Attorney-General for Ontario's decision not to authorize such programs under s. 4 cannot contravene the respondent's equality rights under s. 15(1) of the *Charter*. His decision was made in accordance with the permissive terms of s. 4. That section, and not the discretionary determination made by the Attorney-General pursuant to its provisions, constitutes "the law" for the purposes of a s. 15 challenge. If equality is denied alleged young offenders in Ontario, the denial results, not from the Attorney-General's decision or, as the intervenant argues and the trial judge held, from the Attorney-General's failure "to give effect to the will of Parliament", but from the law enacted by Parliament in the exercise of its governmental power over criminal law which authorizes the Attorney-General to proceed precisely as he has. In short, the Attorney-General for Ontario's decision is not "the law" and that decision cannot in itself violate s. 15.

I agree. Once it is determined that there is no duty on the Attorney General for Ontario to implement a program of alternative measures, the non-exercise of discretion cannot be constitutionally attacked simply because it creates differences as between provinces. To find otherwise would potentially open to *Charter* scrutiny every jurisdictionally permissible exercise of power by a province, solely on the basis that it creates a distinction in how individuals are treated in different provinces. The Attorney General for Ontario was under no legal obligation to implement a program and, in my opinion, the decision is unimpeachable because, for the purposes of a constitutional challenge on the basis of s. 15(1) of the *Charter*, "the law" is s. 4, which grants the discretion. The respondent did not risk invalidating the entire scheme of alternative measures programs brought into being by federal statute. As a consequence,

n'impose pas d'obligation impérative au procureur général de l'Ontario. Le juge Robins, dans ses motifs de dissidence en Cour d'appel, tient ce fait pour concluant (aux pp. 259 et 260):

^a [TRADUCTION] À mon avis, du moment qu'on accepte que l'art. 4 de la Loi n'impose pas à la province une obligation impérative d'établir des mesures de rechange, la décision du procureur général de l'Ontario de ne pas autoriser de tels programmes en vertu de l'art. 4 ne peut ^b porter atteinte aux droits à l'égalité reconnus à l'intimé par le par. 15(1) de la *Charte*. Sa décision a été prise en conformité avec les termes de l'art. 4 exprimant une faculté. C'est cet article, et non la détermination discrétionnaire faite par le procureur général en application de ^c ses dispositions, qui constitue «la loi» aux fins d'une contestation fondée sur l'art. 15. Si l'égalité est refusée aux présumés jeunes contrevenants en Ontario, cela ne résulte ni de la décision du procureur général ni, comme ^d le prétend l'intervenant et comme l'a statué le juge du procès, de l'omission du procureur général «de suivre la volonté du Parlement», mais bien de la loi qu'a adoptée le Parlement dans l'exercice de sa compétence législative en matière de droit criminel, qui autorise le procureur général à procéder exactement de la manière qu'il l'a ^e fait. Bref, la décision du procureur général de l'Ontario n'est pas «la loi» et cette décision ne peut par elle-même constituer une violation de l'art. 15.

Je suis d'accord. Une fois qu'on décide qu'il n'incombe au procureur général de l'Ontario aucune obligation de mettre en œuvre un programme de mesures de rechange, le non-exercice du pouvoir discrétionnaire ne peut, du seul fait qu'il engendre des différences entre les provinces, donner prise à ^f une attaque fondée sur la Constitution. La conclusion contraire pourrait avoir pour conséquence d'exposer à l'examen en vertu de la *Charte* tout exercice par une province d'un pouvoir relevant de sa compétence, examen dont l'unique fondement ^g serait que cet exercice crée une distinction quant au traitement accordé aux particuliers dans différentes provinces. Le procureur général de l'Ontario n'avait aucune obligation légale de mettre en œuvre un programme et, selon moi, sa décision est ^h inattaquable parce que, aux fins d'une contestation constitutionnelle fondée sur le par. 15(1) de la *Charte*, «la loi» est l'art. 4, qui est attributif du pouvoir discrétionnaire. L'intimé n'a pas couru le ⁱ risque de faire invalider intégralement le régime de programmes de mesures de rechange créé par la loi fédérale. Par conséquent, la constitutionnalité de ^j

the constitutionality of s. 4, in terms of compliance with the *Charter*, was not in issue in this appeal.

I would add, however, that in my opinion the result of this appeal would be no different had s. 4 of the *Young Offenders Act* been challenged directly. This Court's approach to s. 15(1) was outlined by McIntyre J. in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 182. First, the complainant must establish that "he or she is not receiving equal treatment before and under the law or that the law has a differential impact on him or her in the protection or benefit accorded by law". On this point, there can be no dispute. As a result of the discretion granted by Parliament to the provincial Attorneys General, there existed, in all but one province, programs of alternative measures available to young persons found to have violated a federal law in that province. I note that both Robins J.A. and Tarnopolsky J.A., in the Court of Appeal below mistakenly stated that Prince Edward Island had not instituted a program of alternative measures. In a statement issued on March 29, 1988, the Honourable Wayne D. Cheverie, Q.C., Minister of Justice and Attorney General for Prince Edward Island, noted that alternative measures were authorized in that province on April 2, 1984. Therefore, a distinction based on the *situs* of an offence is created. Moreover, it is reasonable to assume that but for the exceptional case, a young person who commits an offence will do so in the province in which he or she lives. Thus, I find the substantive distinction to be geographic and based upon the province of residence of young offenders. I agree with Tarnopolsky J.A., that the absence of this benefit in the province of Ontario must be considered to be a legal disadvantage imposed upon young offenders resident in that province (p. 272). As a consequence, the respondent has met the first stage of the s. 15(1) test.

Having reached that conclusion, it becomes necessary to deal with the second aspect of the test

l'art. 4, du point de vue de sa conformité avec la *Charte*, n'est pas en cause dans le présent pourvoi.

J'ajouterais cependant qu'à mon avis l'issue du pourvoi n'aurait pas été différente si l'on avait contesté directement l'art. 4 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. La façon de procéder que préconise notre Cour à l'égard du par. 15(1) est exposée par le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 182. En premier lieu, le plaignant doit prouver «qu'il ne bénéficie pas d'un traitement égal devant la loi et dans la loi, ou encore que la loi a un effet particulier sur lui en ce qui concerne la protection ou le bénéfice qu'elle offre». Ce point est incontestable. En raison de l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire par le législateur fédéral aux procureurs généraux provinciaux, il existait dans toutes les provinces, sauf une, des programmes de mesures de rechange à l'intention d'adolescents jugés coupables d'avoir enfreint une loi fédérale dans une de ces provinces. Je souligne qu'en l'espèce les juges Robins et Tarnopolsky de la Cour d'appel ont tous les deux affirmé à tort que l'Île-du-Prince-Édouard n'avait pas instauré de programme de mesures de rechange. Or, dans une déclaration faite le 29 mars 1988, l'honorable Wayne D. Cheverie, c.r., ministre de la Justice et procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, a signalé que des mesures de rechange avaient été autorisées dans cette province le 2 avril 1984. Il en résulte une distinction fondée sur le lieu de perpétration d'une infraction. De plus, il est raisonnable de supposer que, mis à part certains cas exceptionnels, l'adolescent qui commet une infraction le fait dans la province où il demeure. Je conclus en conséquence qu'il s'agit essentiellement d'une distinction géographique fondée sur la province de résidence des jeunes contrevenants. Je partage l'avis du juge Tarnopolsky que l'absence de cet avantage dans la province de l'Ontario doit être considérée comme défavorisant sur le plan juridique que les jeunes contrevenants résidant dans cette province (p. 272). L'intimé a donc satisfait à la première exigence du critère que pose le par. 15(1).

Vu cette conclusion, il nous faut maintenant passer au second élément du critère pour détermi-

for the determination of whether a s. 15(1) violation exists. McIntyre J. described the inquiry that courts must undertake in *Andrews, supra*, at pp. 174-75:

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.

In the context of a distinction based upon province of residence, the inquiry turns to whether the distinction is based upon a personal characteristic. In my view, the approach to s. 15(1) established by this Court in *Andrews* takes on an extra dimension when the distinction is province based. It is trite law that the Canadian Constitution creates not only a boundary between the individual and the state, but also creates boundaries between the federal and provincial levels of government. The intersection of these two constitutionally mandated boundaries inherently raises a problem because it represents the conflict of two competing values—uniformity and diversity. This is particularly true when the *Charter* section raised is s. 15(1), which enshrines the principle of equality before and under the law. As Professor Katherine Swinton has observed in “Competing Visions of Constitutionalism: Of Federalism and Rights”, in Katherine E. Swinton and Carol J. Rogerson, eds., *Competing Constitutional Visions: The Meech Lake Accord* (1988), at p. 291:

In Canada, the concerns about the permissible limits on rights and the scope of the equality guarantee will inevitably raise questions about diversity among and within communities in Canada and the degree to which governments can respond to that diversity without violating the *Charter*.

ner s'il y a eu violation du par. 15(1). Le juge McIntyre explique dans l'arrêt *Andrews*, précité, aux pp. 174 et 175, l'analyse à laquelle doivent procéder les tribunaux:

^a J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe ^b des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à ^c un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

^d Dans le contexte d'une distinction fondée sur la province de résidence, on doit se demander si cette distinction repose sur une caractéristique personnelle. À mon avis, la façon de procéder en vertu du par. 15(1), établie par notre Cour dans l'arrêt ^e *Andrews*, prend une nouvelle dimension lorsqu'il s'agit d'une distinction fondée sur la province. C'est un lieu commun de dire que la constitution canadienne trace une ligne de démarcation non seulement entre le particulier et l'État, mais aussi ^f entre les paliers fédéral et provincial de gouvernement. Un problème survient à l'intersection de ces deux lignes de démarcation établies par la Constitution car elles représentent un conflit entre deux valeurs antagonistes—l'uniformité et la diversité. ^g Cela vaut particulièrement dans un cas où la disposition de la *Charte* que l'on invoque est le par. 15(1), qui consacre le principe de l'égalité devant la loi et dans la loi. Comme le fait remarquer le professeur Katherine Swinton dans «Competing Visions of Constitutionalism: Of Federalism and Rights» Katherine E. Swinton et Carol J. Rogerson, éd., *Competing Constitutional Visions: The Meech Lake Accord* (1988), à la p. 291:

ⁱ [TRADUCTION] Au Canada, les préoccupations quant aux restrictions qu'il est permis d'imposer à des droits et quant à la portée de la garantie d'égalité soulèveront inévitablement des questions concernant la diversité se manifestant entre différentes collectivités canadiennes et ^j au sein de celles-ci, et concernant la mesure dans laquelle les gouvernements peuvent tenir compte de cette diversité sans violer la *Charte*.

Obviously, the federal system of government itself demands that the values underlying s. 15(1) cannot be given unlimited scope. The division of powers not only permits differential treatment based upon province of residence, it mandates and encourages geographical distinction. There can be no question, then, that unequal treatment which stems solely from the exercise, by provincial legislators, of their legitimate jurisdictional powers cannot be the subject of a s. 15(1) challenge on the basis only that it creates distinctions based upon province of residence. As Wilson J. stated in *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, at p. 1197, “[it] was never intended, in my opinion, that the *Charter* could be used to invalidate other provisions of the Constitution”. To find otherwise would be to completely undermine the value of diversity which is at the foundation of the division of powers.

However, the matter does not end there. This appeal raises the issue of the impact of s. 15(1) on distinctions based upon province of residence in the application of a valid federal law. Thus, the question is whether in that circumstance, province of residence can be considered a “personal characteristic”. This Court recently dealt with this question in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296. That case concerned the ability of an accused to waive the right to trial by judge and jury. Wilson J., writing for the Court, concluded that the fact that only in the province of Alberta could an accused charged with murder choose to be tried by judge alone did not give rise to a violation of the s. 15(1) *Charter* right to equality before the law. Wilson J. determined that while the *Criminal Code* section denied the appellants equality before the law because it “denied an opportunity which is available to others” (p. 1329), the distinction was not based upon a personal characteristic for the purposes of the second stage of the *Andrews* inquiry (at pp. 1332-33):

De toute évidence, le système fédéral de gouvernement lui-même exige qu'on ne donne pas aux valeurs sous-tendant le par. 15(1) une portée illimitée. Non seulement le partage des compétences permet un traitement différent selon la province de résidence, mais il autorise et encourage des distinctions d'ordre géographique. Il ne fait donc aucun doute que le traitement inégal qui résulte uniquement de l'exercice par les législateurs provinciaux de leurs compétences légitimes ne saurait, du seul fait qu'il crée des distinctions fondées sur la province de résidence, être attaqué sur le fondement du par. 15(1). Comme le dit le juge Wilson dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, à la p. 1197: «À mon avis, on n'a jamais voulu que la *Charte* puisse servir à annuler d'autres dispositions de la Constitution». Tirer la conclusion contraire serait miner complètement la valeur de la diversité qui est à la base du partage des compétences.

Toutefois cela ne clôt pas le débat. En effet, le présent pourvoi soulève la question de l'effet du par. 15(1) sur des distinctions fondées sur la province de résidence dans l'application d'une loi fédérale valide. La question est donc de savoir si, dans une telle situation, la province de résidence peut être considérée comme une «caractéristique personnelle». Notre Cour s'est penchée sur cette question dernièrement dans l'affaire *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296. Cette affaire concernait la capacité d'un accusé de renoncer au droit à un procès devant un juge et un jury. Le juge Wilson, qui a rédigé les motifs de notre Cour, a conclu que le fait que seulement dans la province de l'Alberta, un prévenu inculpé de meurtre pouvait choisir d'être jugé par un juge seul ne constituait pas une violation du droit à l'égalité devant la loi, garanti par le par. 15(1) de la *Charte*. Le juge Wilson a décidé que, si l'article du *Code criminel* en cause déniait aux appelants l'égalité devant la loi puisqu'ils se trouvaient «privés de la possibilité de se prévaloir de ce qui est accessible aux autres» (p. 1329), il ne s'agissait pas pour autant d'une distinction fondée sur une caractéristique personnelle aux fins du second volet de l'examen prévu dans l'arrêt *Andrews* (aux pp. 1332 et 1333):

The appellants claim that because they are accused of one of the indictable offences listed in s. 427 of the *Criminal Code* but do not have an opportunity, as do persons charged with the same offence in Alberta, to be tried by a judge alone, they are victims of discrimination. I disagree. In my respectful view, it would be stretching the imagination to characterize persons accused of one of the crimes listed in s. 427 of the *Criminal Code* in all the provinces except Alberta as members of a "discrete and insular minority". . . . Differentiating for mode of trial purposes between those accused of s. 427 offences in Alberta and those accused of the same offences elsewhere in Canada would not, in my view, advance the purposes of s. 15 in remedying or preventing discrimination against groups suffering social, political and legal disadvantage in our society. A search for indicia of discrimination such as stereotyping, historical disadvantage or vulnerability to political and social prejudice would be fruitless in this case because what we are comparing is the position of those accused of the offences listed in s. 427 in the rest of Canada to the position of those accused of the offences listed in s. 427 in Alberta. To recognize the claims of the appellants under s. 15 of the *Charter* would, in my respectful view, "overshoot the actual purpose of the right or freedom in question": see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, at p. 344.

I would not wish to suggest that a person's province of residence or place of trial could not in some circumstances be a personal characteristic of the individual or group capable of constituting a ground of discrimination. I simply say that it is not so here. [Emphasis added.]

I agree with Wilson J. that in determining whether province-based distinctions which arise from the application of federal law contravene s. 15(1) of the *Charter*, a case-by-case approach is appropriate. However, in my view, in order to engage in that analysis, it is useful to formulate a principled approach for dealing with such distinctions.

It is necessary to bear in mind that differential application of federal law can be a legitimate means of forwarding the values of a federal system. In fact, in the context of the administration of the criminal law, differential application is

Les appelants soutiennent qu'ils sont victimes de discrimination parce qu'ils sont accusés d'un des actes criminels énumérés à l'art. 427 du *Code criminel* et qu'ils n'ont pas la possibilité, comme l'ont les personnes accusées de la même infraction en Alberta, de subir un procès devant un juge seul. Je ne suis pas de cet avis. Je crois, en toute déférence, que ce serait tomber dans la fantaisie que de qualifier de «minorité discrète et isolée» les personnes qui, dans toutes les provinces sauf l'Alberta, sont accusées de l'un des crimes énumérés à l'art. 427 du *Code criminel*. [. . .] Établir une distinction, pour les fins du mode de procès, entre les personnes accusées en Alberta d'infractions énumérées à l'art. 427 et celles qui sont accusées des mêmes infractions ailleurs au Canada ne favoriserait pas, à mon avis, les objets de l'art. 15 en remédiant à la discrimination dont sont victimes les groupes de personnes défavorisées sur les plans social, politique ou juridique dans notre société ou en les protégeant contre toute forme de discrimination. Il serait inutile de chercher des signes de discrimination tel que des stéréotypes, des désavantages historiques ou de la vulnérabilité à des préjugés politiques ou sociaux en l'espèce parce que ce qui est comparé c'est la situation de personnes qui sont accusées, ailleurs au Canada, d'une des infractions énumérées à l'art. 427, avec celle des personnes ainsi accusées en Alberta. À mon avis, faire droit aux demandes des appelants en vertu de l'art. 15 de la *Charte* serait «aller au delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question»; voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, à la p. 344.

Je ne veux pas dire que la province de résidence d'une personne ou le lieu du procès ne pourraient pas, dans des circonstances particulières, être une caractéristique personnelle d'un individu ou d'un groupe d'individus susceptible de constituer un motif de discrimination. Je dis simplement que ce n'est pas le cas en l'espèce. [Je souligne.]

Je suis d'accord avec le juge Wilson qu'il convient de procéder cas par cas pour déterminer si des distinctions fondées sur la province qui résultent de l'application d'une loi fédérale vont à l'encontre du par. 15(1) de la *Charte*. J'estime toutefois qu'afin de pouvoir entreprendre cette analyse, il faut d'abord formuler des principes qui fourniront le cadre de l'examen de ces distinctions.

En premier lieu, il faut se rappeler que des différences dans l'application d'une loi fédérale peuvent représenter un moyen légitime de promouvoir les valeurs d'un système fédéral. De fait, dans le contexte de l'administration du droit criminel,

constitutionally fostered by ss. 91(27) and 92(14) of the *Constitution Act, 1867*. The area of criminal law and its application is one in which the balancing of national interests and local concerns has been accomplished by a constitutional structure that both permits and encourages federal-provincial cooperation. A brief review of Canadian constitutional history clearly demonstrates that diversity in the criminal law, in terms of provincial application, has been recognized consistently as a means of furthering the values of federalism. Differential application arises from a recognition that different approaches to the administration of the criminal law are appropriate in different territorially based communities. In a line of cases beginning with *Frederickton v. The Queen* (1880), 3 S.C.R. 505, this Court consistently has upheld federal statutes with differential geographic application. As Laskin J. conceded in his dissenting reasons in *R. v. Burnshine*, [1975] 1 S.C.R. 693, a case which dealt with the differential application of a provision of the *Criminal Code* in the context of s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*, at p. 715:

As a matter of legislative power only, there can be no doubt about Parliament's right to give its criminal or other enactments special applications, whether in terms of locality of operation or otherwise.

That principle was reaffirmed by Le Dain J., in the context of s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*, writing for the Court in *R. v. Cornell*, [1988] 1 S.C.R. 461. Finally, it was recognized in the context of s. 15 of the *Charter* by Wilson J. in *Turpin, supra*, at p. 1334:

In concluding that s. 15 is not violated in this case, I realize that I am rejecting the proposition accepted by several Courts of Appeal in Canada that it is a fundamental principle under s. 15 of the *Charter* that the criminal law apply equally throughout the country.

I agree with that conclusion and find it equally applicable to the facts of this appeal.

les différences d'application sont favorisées par les par. 91(27) et 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le droit criminel et son application sont un domaine dans lequel un équilibre a pu être établi entre les intérêts nationaux et les préoccupations locales grâce à une structure constitutionnelle qui permet et encourage à la fois la collaboration du fédéral et des provinces. Il ressort clairement d'une brève revue de l'histoire constitutionnelle canadienne que la diversité du droit criminel dans son application par les provinces a été reconnue de façon constante comme moyen de promouvoir les valeurs propres au fédéralisme. Les différences d'application naissent de la reconnaissance de l'opportunité d'adopter dans différentes régions des façons différentes d'aborder l'administration du droit criminel. Dans une suite d'arrêts commençant par l'arrêt *Frederickton v. The Queen* (1880), 3 R.C.S. 505, notre Cour a invariablement déclaré valides des lois fédérales appliquées différemment d'une région à l'autre. Dans ses motifs de dissidence dans *R. c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693, une affaire portant sur des différences dans l'application d'une disposition du *Code criminel* dans le contexte de l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*, le juge Laskin concédait ceci à la p. 715:

Comme question de compétence législative seulement, on ne peut mettre en doute le droit qu'a le Parlement de donner des applications spéciales à ses lois criminelles ou autres, que ce soit en termes d'application locale ou autrement.

Ce principe a été réaffirmé dans le contexte de l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits et libertés* par le juge Le Dain, au nom de notre Cour, dans l'affaire *R. c. Cornell*, [1988] 1 R.C.S. 461. Finalement, il a été reconnu dans le contexte de l'art. 15 de la *Charte* par le juge Wilson dans l'arrêt *Turpin*, précité, à la p. 1334:

Je me rends compte qu'en arrivant à la conclusion qu'il n'y a pas de violation de l'art. 15 en l'espèce, je rejette la proposition acceptée par plusieurs cours d'appel du Canada selon laquelle c'est un principe fondamental en vertu de l'art. 15 de la *Charte* que le droit criminel s'applique également partout au pays.

Je souscris à cette conclusion et la juge tout aussi applicable aux faits de l'espèce.

In my opinion, the question of how young people found to have committed criminal offences should be dealt with is one upon which it is legitimate for Parliament to allow for province-based distinctions as a reflection of distinct and rationally based political values and sensitivities. Professors Bala and Lilles, *op. cit.*, emphasize the benefits that derive from the adaptability of a program of alternative measures to the needs of different regions and communities (at pp. 17-18):

The benefits of alternative measures range from reducing delays in handling young persons to the increased scope for flexibility, especially in procedures and in the manner of dealing with young persons. The use of alternative measures frees court facilities, allowing the youth court to be reserved for the more serious cases. The range of dispositional options that may be used in alternative measures programs includes special education and counselling for behavioural problems or drug or alcohol related problems. Alternative measures programs can be adaptable to the particular needs of the communities in which they are set up, whether the community is rural, urban, native, etc. One aim of such programs is to involve the community in dealing with the problems of the illegal behaviour of young persons; this is often achieved through the use of community participants at all levels of the alternative measures program, through the involvement of the victim and the employment of innovative forms of disposition. [Emphasis added.]

In recognizing the benefit of geographical diversity in the context of programs of alternative measures, I am mindful of the fact that although I have found this legislation to be valid federal law, it is not wholly unconnected to child welfare—a matter of provincial jurisdiction. Differential application of the law through federal-provincial cooperation is a legitimate means whereby governments can overcome the rigidity of the “watertight compartments” of the distribution of powers with respect to matters that are not easily categorized or dealt with by one level of government alone. Consequently, I find that in this case the legislation does

Selon moi, la question de savoir comment traiter des adolescents qui ont commis des infractions criminelles est une question concernant laquelle le Parlement peut légitimement permettre qu’il existe entre les provinces des différences qui reflètent des valeurs et des sensibilités politiques distinctes et rationnelles. Les professeurs Bala et Lilles, *op. cit.*, soulignent les avantages découlant d’un programme de mesures de rechange qui soit adaptable aux besoins de différentes régions et collectivités (aux pp. 14 et 15):

Les mesures de rechange offrent notamment l’avantage de diminuer les retards dans le traitement des adolescents et d’apporter une grande souplesse dans l’application de la *Loi*, en particulier dans le choix des procédures utilisées et la manière de traiter les adolescents. Le recours aux mesures de rechange décongestionne les tribunaux et permet ainsi de réserver les audiences du tribunal pour adolescents aux affaires graves. Les programmes de mesures de rechange peuvent prévoir une grande variété de mesures comme des services d’éducation spécialisée, le counselling pour les problèmes de comportement ou les problèmes reliés aux drogues ou à l’alcool. Les programmes de mesures de rechange peuvent également s’adapter aux besoins particuliers de la communauté dans laquelle ils fonctionnent, qu’il s’agisse d’une communauté rurale, urbaine, indienne, etc. Un des objectifs de ces programmes est d’inciter la communauté à s’impliquer dans les problèmes qui découlent de la conduite illicite des adolescents; cet objectif est souvent atteint en prévoyant la participation des membres de la communauté à tous les niveaux du programme de mesures de rechange, en facilitant la participation de la victime et l’utilisation de formes nouvelles de décisions. [Je souligne.]

Tout en reconnaissant l’avantage de la diversité régionale dans le contexte de programmes de mesures de rechange, je suis conscient du fait que, malgré ma conclusion à la validité de la loi fédérale en cause, celle-ci a tout de même un certain rapport avec la protection de l’enfance, qui relève de la compétence provinciale. Des différences d’application de la loi qui résultent d’une collaboration entre le fédéral et les provinces constitue un moyen légitime grâce auquel, dans le cas de questions qui ne se prêtent pas facilement à la catégorisation ou qui ne peuvent facilement être réglées par un seul palier de gouvernement, les gouvernements peuvent surmonter le problème de la rigidité des «cloisons étanches» créées par le partage des compétences. Je conclus en conséquence qu’aux fins du par.

not amount to a distinction which is based upon a "personal characteristic" for the purposes of s. 15(1) of the *Charter*.

Disposition

This appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside, and a new trial is ordered.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Is s. 4 of the *Young Offenders Act ultra vires* the Parliament of Canada because it is, in pith and substance, legislation dealing with a matter outside Parliament's jurisdiction over criminal law and procedure as conferred by s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, namely, child welfare?

Answer: No.

2. Does the decision of the Attorney General for Ontario not to authorize diversion programs as alternative measures under s. 4 of the *Young Offenders Act* violate the equality rights of the young persons accused of committing offences within Ontario, as guaranteed by s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

3. If the answer to question number 2 is yes, is the decision of the Attorney General for Ontario not to authorize diversion programs as alternative measures justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: The question need not be answered.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitor for the respondent: Brian Weagant, Toronto.

15(1) de la *Charte*, la loi en cause n'établit pas une distinction fondée sur une «caractéristique personnelle».

Dispositif

Le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

Je suis d'avis de donner aux questions constitutionnelles les réponses suivantes:

1. L'article 4 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* excède-t-il la compétence du Parlement du Canada en ce qu'il constitue, de par son caractère véritable, une disposition législative concernant la protection de l'enfance, une matière qui ne relève pas de la compétence du Parlement sur le droit criminel et la procédure en matière criminelle conférée par le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse: Non.

2. La décision du procureur général de l'Ontario de ne pas autoriser des programmes de déjudiciarisation au titre des mesures de rechange prévues à l'art. 4 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* porte-t-elle atteinte aux droits à l'égalité des adolescents accusés d'infractions en Ontario, droits garantis par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

3. Si la réponse à la deuxième question est affirmative, la décision du procureur général de l'Ontario de ne pas autoriser des programmes de déjudiciarisation au titre des mesures de rechange est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

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

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intimé: Brian Weagant, Toronto.

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

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Yves de Montigny and Françoise Saint-Martin, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

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

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Yves de Montigny et Françoise Saint-Martin, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Gregory S. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General of Quebec and the Attorney
General for Saskatchewan Intervenors**

INDEXED AS: R. v. S. (G.)

File No.: 21336.

1989: March 23; 1990: June 28.

Present: Dickson C.J. and Lamer, Wilson, La Forest,
Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Appeal — Mootness — Young offender challenging
constitutionality of Ontario's alternative measures pro-
gram on basis that it infringes ss. 15(1) and 7 of
Canadian Charter of Rights and Freedoms — Supreme
Court of Canada holding in concurrent judgment that s.
4 of Young Offenders Act does not oblige provinces to
implement such program — Issue raised in this appeal
rendered moot by Supreme Court of Canada's judg-
ment — Admission criteria set out in Ontario's pro-
gram not infringing ss. 15(1) and 7 of the Charter.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality
before the law — Fundamental justice — Eligibility for
Ontario's alternative measures program based upon
nature of offences charged against young offender —
Admission criteria set out in Ontario's program not
infringing ss. 15(1) and 7 of Canadian Charter of
Rights and Freedoms — Young Offenders Act, S.C.
1980-81-82-83, c. 110, s. 4.*

The appellant, a young offender, was charged with breaking, entering and theft, and possession of stolen goods over a \$1,000 contrary to ss. 306(1)(b) and 312 of the *Criminal Code*. Because of the nature of the offences charged against him, the appellant was not eligible for the interim alternative measures program authorized by the Attorney General for Ontario under s. 4 of the *Young Offenders Act*. The Youth Court judge held that the program instituted in Ontario, which included limits on eligibility based upon the offences with which the young offender is charged, violated the

Gregory S. Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

a

et

b

**Le procureur général du Canada, le procureur
général du Québec et le procureur général de
la Saskatchewan Intervenants**

RÉPERTORIÉ: R. c. S. (G.)

N° du greffe: 21336.

1989: 23 mars; 1990: 28 juin.

c

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer,
Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier et Cory.

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

d

*Appel — Caractère théorique — Constitutionnalité
du programme ontarien de mesures de rechange contes-
tée par un jeune contrevenant pour le motif que ce
programme viole les art. 15(1) et 7 de la Charte cana-
dienne des droits et libertés — Arrêt connexe de la
Cour suprême du Canada concluant que l'art. 4 de la
Loi sur les jeunes contrevenants n'oblige pas les provin-
ces à mettre ce programme en œuvre — Question
soulevée dans le présent pourvoi devenue théorique par
suite de l'arrêt de la Cour suprême du Canada — Les
critères d'admissibilité au programme de l'Ontario ne
portent pas atteinte aux art. 15(1) et 7 de la Charte.*

e

f

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Égalité
devant la loi — Justice fondamentale — Admissibilité
au programme de mesures de rechange en Ontario
fondée sur la nature des infractions imputées au jeune
contrevenant — Les critères d'admissibilité au pro-
gramme de l'Ontario ne portent pas atteinte aux art.
15(1) et 7 de la Charte canadienne des droits et libertés
— Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-
82-83, ch. 110, art. 4.*

g

h

L'appellant, un jeune contrevenant, a été accusé d'introduction par effraction et de vol, ainsi que de possession de biens volés dont la valeur dépasse 1 000 \$, en contravention de l'al. 306(1)(b) et de l'art. 312 du *Code criminel*. Vu la nature des infractions imputées, l'appellant n'était pas admissible au programme provisoire de mesures de rechange autorisé par le procureur général de l'Ontario en vertu de l'art. 4 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Le juge du Tribunal pour adolescents a conclu que le programme en vigueur en Ontario, qui comportait des limites à l'admissibilité fondées sur les

i

j

appellant's rights pursuant to ss. 15(1) and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and ordered that the charges be stayed against him. The Court of Appeal quashed the order and remitted the matter for trial before another Youth Court judge. This appeal is to determine whether the admission criteria set out in Ontario's alternative measures program violate the appellant's right to the equal benefit of the law pursuant to s. 15(1) of the *Charter*, or the right to be treated in accordance with the principles of fundamental justice pursuant to s. 7 of the *Charter*.

Held: The appeal should be dismissed.

In view of the determination in *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254, that s. 4 of the Act does not impose a mandatory obligation upon the Attorney General for Ontario to implement a program of alternative measures in that province, the issue raised in this appeal has become moot. It was conceded before this Court by counsel for the appellant that if alternative measures programs are a matter of provincial option, the appellant is not entitled to a remedy.

Cases Cited

Applied: *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254, rev'g (1988), 35 C.R.R. 247 (Ont. C.A.); **referred to:** *R. v. P. (J.)*, [1990] 2 S.C.R. 300; *R. v. T. (A.)*, [1990] 2 S.C.R. 304; *R. v. B. (J.)*, [1990] 2 S.C.R. 307.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 15(1).

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 306(1)(b), 312 [am. 1972, c. 13, s. 27; rep. & sub. 1974-75-76, c. 93, s. 29].

Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, ss. 3, 4.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1988), 67 O.R. (2d) 198, 31 O.A.C. 161, 46 C.C.C. (3d) 322, 38 C.R.R. 322, allowing the Crown's appeal from a judgment of the Ontario Youth Court (1988), 5 W.C.B. (2d) 200, 13 C.R.D. 650.70-01, [1988] Ont. D. Crim. Conv. 5702-04, granting a stay of proceedings under s. 24 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Appeal dismissed.

Frank Addario, for the appellant.

infractions imputées au jeune contrevenant, violait les droits reconnus à l'appellant par le par. 15(1) et l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et a suspendu les accusations portées contre lui. La Cour d'appel a annulé l'ordonnance et renvoyé l'affaire pour audition devant un autre juge du Tribunal pour adolescents. Ce pourvoi vise à déterminer si les critères d'admissibilité fixés dans le programme ontarien de mesures de rechange violent le droit de l'appellant à l'égalité devant la loi en application du par. 15(1), ou son droit d'être traité en conformité avec les principes de justice fondamentale reconnus à l'art. 7 de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Vu la conclusion dans le pourvoi *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254, que l'art. 4 de la Loi n'impose pas au procureur général de l'Ontario une obligation impérative de mettre en œuvre un programme de mesures de rechange dans cette province, la question soulevée dans le présent pourvoi est devenue théorique. L'avocat de l'appellant a reconnu devant notre Cour que, si les programmes de mesures de rechange sont une question de choix provincial, l'appellant n'a pas droit à une réparation.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254, inf. (1988), 35 C.R.R. 247 (C.A. Ont.); **arrêts mentionnés:** *R. c. P. (J.)*, [1990] 2 R.C.S. 300; *R. c. T. (A.)*, [1990] 2 R.C.S. 304; *R. c. B. (J.)*, [1990] 2 R.C.S. 307.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 15(1).

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 306(1)(b), 312 [mod. 1972, ch. 13, art. 27; abr. & rempl. 1974-75-76, ch. 93, art. 29; mod. 1984, ch. 40, art. 79(2), ann. V, n° 6].

Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110, art. 3, 4.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1988), 67 O.R. (2d) 198, 31 O.A.C. 161, 46 C.C.C. (3d) 322, 38 C.R.R. 322, qui a accueilli l'appel du ministère public contre une décision du Tribunal pour adolescents de l'Ontario (1988), 5 W.C.B. (2d) 200, 13 C.R.D. 650.70-01, [1988] Ont. D. Crim. Conv. 5702-04, qui avait accordé une suspension de procédures en vertu de l'art. 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pourvoi rejeté.

Frank Addario, pour l'appellant.

Brian J. Gover, for the respondent.

Douglas J. A. Rutherford, Q.C., and *D. J. Avison*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Yves de Montigny and *Jean Turmel*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Robert G. Richards and *Ross Macnab*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal was heard together with three other appeals: *R. v. P. (J.)*, [1990] 2 S.C.R. 300; *R. v. T. (A.)*, [1990] 2 S.C.R. 304, and *R. v. B. (J.)*, [1990] 2 S.C.R. 307 (released concurrently with these reasons). These appeals all raise the issue of whether the program of alternative measures authorized by the Attorney General for Ontario on April 11, 1988, unjustifiably violates the rights of the appellants to the equal benefit of the law pursuant to s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, or the right to be treated in accordance with the principles of fundamental justice pursuant to s. 7 of the *Charter*.

The appellant was charged on May 11, 1988, with the indictable offences of break, enter and theft, and possession of stolen goods over \$1,000, contrary to ss. 306(1)(b) and 312 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. The offences were alleged to have taken place on May 6, 1988, when the appellant was 14 years of age.

On April 11, 1988, the Ontario government announced that it was commencing a program of alternative measures pursuant to s. 4 of the *Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110 (now R.S.C., 1985, c. Y-1). This was stated to be an interim program established as a result of the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. S. (S.)* (1988), 35 C.R.R. 247 (leave to appeal to this Court granted September 30, 1988, [1988] 2 S.C.R. ix; judgment of this Court released concurrently with these reasons). In that case, the Court of Appeal held that the failure of the Attorney

Brian J. Gover, pour l'intimée.

Douglas J. A. Rutherford, c.r., et *D. J. Avison*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Yves de Montigny et *Jean Turmel*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Robert G. Richards et *Ross Macnab*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi a été entendu en même temps que trois autres: *R. c. P. (J.)*, [1990] 2 R.C.S. 300, *R. c. T. (A.)*, [1990] 2 R.C.S. 304, et *R. c. B. (J.)*, [1990] 2 R.C.S. 307 (arrêtés rendus en même temps que celui-ci). Ces pourvois soulèvent tous la question de savoir si le programme de mesures de rechange autorisé par le procureur général de l'Ontario le 11 avril 1988 viole d'une manière qui ne peut être justifiée les droits des appelants à l'égalité devant la loi en application du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou leur droit d'être traités en conformité avec les principes de justice fondamentale reconnus à l'art. 7 de la *Charte*.

L'appelant a été accusé le 11 mai 1988 des infractions punissables par voie de mise en accusation d'introduction par effraction et de vol, ainsi que de possession de biens volés dont la valeur dépasse 1 000 \$, en contravention de l'al. 306(1)(b) et de l'art. 312 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Les infractions auraient été perpétrées le 6 mai 1988, alors que l'appelant était âgé de 14 ans.

Le 11 avril 1988, le gouvernement de l'Ontario a annoncé la mise en place d'un programme de mesures de rechange en application de l'art. 4 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110 (maintenant L.R.C (1985), ch. Y-1). On a dit qu'il s'agissait d'un programme provisoire établi par suite de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. S. (S.)* (1988), 35 C.R.R. 247 (autorisation de pourvoi devant notre Cour accordée le 30 septembre 1988, [1988] 2 R.C.S. ix; arrêt de notre Cour rendu en même temps que celui-ci). La Cour d'appel avait conclu

General for Ontario to establish a program of alternative measures violated the rights of young persons charged with offences in Ontario. Young persons charged with the following types of offences were eligible for consideration under the Ontario alternative measures program:

All dual procedure offences for which the maximum prescribed indictable punishment for adults is 2 years and it is the young person's first offence, . . .

Any summary conviction offence where it is the young person's first offence or second summary conviction offence.

On June 15, 1988, the appellant, at his first appearance in court, attempted to apply for a program of alternative measures. His request was refused. On July 8, 1988, Judge King of the Provincial Court of Ontario (Family Division) released reasons for judgment: (1988), 5 W.C.B. (2d) 200. She held that the alternative measures program instituted in Ontario, authorized pursuant to s. 4 of the *Young Offenders Act*, violated the appellant's rights pursuant to ss. 15(1) and 7 of the *Charter*. The judge noted that in many other provinces the appellant would be eligible for consideration for a program of alternative measures. She held that the automatic exclusion of the appellant from consideration for the alternative measures program violated his rights pursuant to s. 15 of the *Charter* because the appellant was treated differently from young persons in other provinces. Furthermore, King Prov. Ct. J. found that the treatment of the appellant was discriminatory in relation to the treatment of young offenders in the province of Ontario who were charged with summary offences or hybrid offences where the maximum penalty was two years imprisonment. Moreover, the judge found that the *Charter* violation was not justifiable pursuant to s. 1. Finally, King Prov. Ct. J. considered whether the admission criteria for the program of alternatives measures were inconsistent with s. 7 of the *Charter*. She noted that the Ontario program deprived a class of young offenders from being considered for admission to the program, even though they may have qualified under the requirements of s. 4 of the

dans cette affaire que l'omission du procureur général de l'Ontario d'établir un programme de mesures de rechange violait les droits des adolescents accusés d'infractions en Ontario. Les adolescents accusés d'infractions des types suivants pouvaient bénéficier du programme ontarien de mesures de rechange:

[TRADUCTION] Toutes les infractions mixtes dont la peine maximale imposable aux adultes par voie de mise en accusation est de deux ans, lorsque l'adolescent en est à sa première infraction . . .

Toute infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, lorsque l'adolescent en est à sa première infraction ou à sa seconde infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.

À sa première comparution en cour, le 15 juin 1988, l'appelant a essayé de demander de bénéficier d'un programme de mesures de rechange. Sa demande a été rejetée. Le 8 juillet 1988, le juge King de la Cour provinciale de l'Ontario (Division de la famille) a rendu des motifs de jugement: (1988), 5 W.C.B. (2d) 200. Elle a conclu que le programme de mesures de rechange en vigueur en Ontario, autorisé en application de l'art. 4 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, violait les droits reconnus à l'appelant en vertu du par. 15(1) et de l'art. 7 de la *Charte*. Le juge a signalé que, dans plusieurs autres provinces, l'appelant pourrait être considéré pour un programme de mesures de rechange. Elle a conclu que l'exclusion automatique de l'appelant du bénéfice du programme de mesures de rechange violait ses droits en vertu de l'art. 15 de la *Charte* parce qu'il était traité différemment des adolescents d'autres provinces. Le juge King a en outre conclu que le traitement de l'appelant était discriminatoire par rapport au traitement de jeunes contrevenants accusés dans la province de l'Ontario d'infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité ou d'infractions mixtes dont la peine maximale est de deux ans d'emprisonnement. De plus, elle a conclu que la violation de la *Charte* ne pouvait être justifiée en vertu de l'article premier. Enfin, le juge King a examiné la question de savoir si les critères d'admissibilité au programme de mesures de rechange étaient incompatibles avec l'art. 7 de la *Charte*. Elle a fait remarquer que le programme ontarien privait une catégorie de jeunes contrevenants de la

Young Offenders Act. King Prov. Ct. J. held that this was manifestly unfair and not in keeping with the principles of fundamental justice. In a ruling released August 4, 1988, King Prov. Ct. J. ordered that charges be stayed against the appellant as there was no reason to believe that the government of Ontario would change its guidelines to include the appellant.

The respondent appealed from the rulings of the Youth Court judge to the Ontario Court of Appeal. Reasons for judgment were delivered by Lacourcière J.A. for a unanimous court on December 29, 1988. The appeal was allowed and orders were made to quash the orders of Judge King staying the proceedings and to remit the matters for trial before another judge of the Youth Court of Ontario: (1988), 67 O.R. (2d) 198, 31 O.A.C. 161, 46 C.C.C. (3d) 322, 38 C.R.R. 322. Lacourcière J.A. did not agree that the program of alternative measures designated by the Attorney General for Ontario breached any of the *Charter* rights of the appellant. He held that the program, clearly an interim one, satisfied the requirements enumerated in the declaration of principles contained in s. 3 of the *Young Offenders Act*. The Court of Appeal was of the opinion that the differential application of federal law did not create an automatic infringement of s. 15 of the *Charter*. The general requirement that criminal law be uniform was inapplicable in this context, as the legislation has a valid provincial aspect in its concern with the welfare of young persons. Moreover, Lacourcière J.A. did not agree with King Prov. Ct. J.'s assessment that there was discrimination between similarly situated young persons within Ontario. He held that the distinction between those young persons charged with summary conviction offences and those charged with indictable offences, for the purposes of eligibility for the program of alternative measures, did not constitute discrimination between similarly situated persons. Finally, with regard to s. 7 of the *Charter*, the court was of the opinion that the treatment accorded young persons in the appellant's position

possibilité d'être pris en considération pour l'admission au programme même s'ils réunissaient les conditions requises en vertu de l'art. 4 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Le juge King a conclu que cela était manifestement injuste et non conforme aux principes de justice fondamentale. Dans une décision rendue le 4 août 1988, le juge King a ordonné la suspension des accusations portées contre l'appellant puisque rien ne permettait de penser que le gouvernement de l'Ontario modifierait ses directives de manière que le programme s'applique à l'appellant.

L'intimée a fait appel des décisions du juge du Tribunal pour adolescents. Le juge Lacourcière a prononcé le jugement unanime de la Cour d'appel de l'Ontario le 29 décembre 1988, qui a accueilli l'appel et rendu des ordonnances pour annuler les ordonnances de suspension des procédures et renvoyer les affaires pour audition devant un autre juge du Tribunal pour adolescents de l'Ontario: (1988), 67 O.R. (2d) 198, 31 O.A.C. 161, 46 C.C.C. (3d) 322, 38 C.R.R. 322. Le juge Lacourcière n'a pas partagé l'opinion que le programme de mesures de rechange autorisé par le procureur général de l'Ontario violait l'un quelconque des droits reconnus à l'appellant par la *Charte*. Il a conclu que le programme, de toute évidence provisoire, satisfaisait aux exigences énumérées dans la déclaration de principes contenue à l'art. 3 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. La Cour d'appel a exprimé l'opinion que l'application différente d'une règle de droit fédérale ne créait pas automatiquement une violation de l'art. 15 de la *Charte*. L'exigence générale d'uniformité du droit criminel n'était pas applicable dans ce contexte, car la disposition législative comporte un aspect provincial valide, le bien-être de jeunes personnes. De plus, le juge Lacourcière n'a pas partagé l'avis du juge King qu'il y avait discrimination entre des adolescents se trouvant dans la même situation en Ontario. Il a conclu que la distinction entre les adolescents accusés d'infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité et les adolescents accusés d'infractions punissables par voie de mise en accusation, aux fins de l'admissibilité au programme de mesures de rechange, ne constituait pas de la discrimination entre des personnes se trouvant dans la même situation. Enfin, quant à

was not arbitrary nor was it contrary to the principles of fundamental justice.

In view of my determination in *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254, that s. 4 of the *Young Offenders Act* does not impose a mandatory obligation upon the Attorney General for Ontario to implement a program of alternative measures in that province, the issue raised in this appeal has become moot. It was conceded in oral argument before this Court by counsel for the appellant that if programs of alternative measures are a matter of provincial option, the appellant is not entitled to a remedy.

That being the case, the appeal is accordingly dismissed. I would answer the constitutional questions raised in this appeal as follows:

1. Are the admission criteria set out in the Alternative Measures Program designated by the Attorney General for the province of Ontario inconsistent with s. 7 or s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If the admission criteria set out in the Alternative Measures Program designated by the Attorney General for the province of Ontario are inconsistent either with s. 7 or s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, whether that inconsistency is justified on the basis of s. 1 thereof.

Answer: The question need not be answered.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Frank Addario, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

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

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Yves de Montigny and Françoise Saint-Martin, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

l'art. 7 de la *Charte*, la cour a exprimé l'opinion que le traitement accordé aux adolescents dans la situation de l'appelant n'était ni arbitraire ni contraire aux principes de justice fondamentale.

^a Vu ma conclusion dans le pourvoi *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254, que l'art. 4 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* n'impose pas au procureur général de l'Ontario une obligation impérative de mettre en œuvre un programme de mesures de rechange dans cette province, la question soulevée dans le présent pourvoi est devenue théorique. L'avocat de l'appelant a reconnu au cours du débat devant notre Cour que, si les programmes de mesures de rechange sont une question de choix provincial, l'appelant n'a pas droit à réparation.

Cela étant, le pourvoi est rejeté. Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles soulevées ^d en l'espèce de la manière suivante:

1. Les critères d'admissibilité au programme de mesures de rechange autorisé par le procureur général de l'Ontario sont-ils incompatibles avec l'art. 7 ou le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

2. Si les critères d'admissibilité prévus pour le programme de mesures de rechange autorisé par le procureur général de l'Ontario sont incompatibles avec l'art. 7 ou le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cette incompatibilité est-elle justifiée en vertu de l'article premier?

Réponse: Il n'est pas nécessaire de répondre à la question.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: Frank Addario, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.

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

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Yves de Montigny et Françoise Saint-Martin, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Jeffrey P. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec and the Attorney General for Saskatchewan Intervenors

INDEXED AS: R. v. P. (J.)

File No.: 21335.

1989: March 23; 1990: June 28.

Present: Dickson C.J. and Lamer, Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Appeal — Mootness — Young offender challenging constitutionality of Ontario's alternative measures program on basis that it infringes ss. 15(1) and 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Supreme Court of Canada holding in concurrent judgment that s. 4 of Young Offenders Act does not oblige provinces to implement such program — Issue raised in this appeal rendered moot by Supreme Court of Canada's judgment — Admission criteria set out in Ontario's program not infringing ss. 15(1) and 7 of the Charter.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality before the law — Fundamental justice — Eligibility for Ontario's alternative measures program based upon nature of offences charged against young offender — Admission criteria set out in Ontario's program not infringing ss. 15(1) and 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, s. 4.

Held: The appeal should be dismissed.

Cases Cited

Applied: *R. v. S. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 294, aff'g (1988), 67 O.R. (2d) 198 (C.A.), rev'g (1988), 5 W.C.B. (2d) 200 (Ont. Prov. Ct. (Fam. Div.)).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 15(1). *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 294(b) [rep. & sub. 1972, c. 13, s. 23; rep. & sub. 1974-75-76, c. 93,

Jeffrey P. Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

^a

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec et le procureur général de la Saskatchewan Intervenants

^b

RÉPERTORIÉ: R. c. P. (J.)

N° du greffe: 21335.

1989: 23 mars; 1990: 28 juin.

^c

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier et Cory.

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

^d

Appel — Caractère théorique — Constitutionnalité du programme ontarien de mesures de rechange contestée par un jeune contrevenant pour le motif que le programme viole les art. 15(1) et 7 de la Charte canadienne des droits et libertés — Arrêt connexe de la Cour suprême du Canada concluant que l'art. 4 de la Loi sur les jeunes contrevenants n'oblige pas les provinces à mettre ce programme en œuvre — Question soulevée dans le présent pourvoi devenue théorique par suite de l'arrêt de la Cour suprême du Canada — Les critères d'admissibilité au programme de l'Ontario ne portent pas atteinte aux art. 15(1) et 7 de la Charte.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Égalité devant la loi — Justice fondamentale — Admissibilité au programme de mesures de rechange en Ontario fondée sur la nature des infractions imputées au jeune contrevenant — Les critères d'admissibilité au programme de l'Ontario ne portent pas atteinte aux art. 15(1) et 7 de la Charte canadienne des droits et libertés — Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110, art. 4.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. S. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 294, conf. (1988), 67 O.R. (2d) 198 (C.A.), inf. (1988), 5 W.C.B. (2d) 200 (C. prov. Ont. (Div. Fam.)).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 15(1). *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 294b) [abr. & rempl. 1972, ch. 13, art. 23; abr. & rempl. 1974-

s. 25; rep. & sub. 1985, c. 19, s. 44(2)], 309(1) [rep. & sub. 1972, c. 13, s. 25; rep. & sub. 1985, c. 19, s. 49], 313(b) [rep. & sub. 1972, c. 13, s. 30; rep. & sub. 1974-75-76, c. 93, s. 30; rep. & sub. 1985, c. 19, s. 50(2)].

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1988), 31 O.A.C. 231, allowing the Crown's appeal from a judgment of the Ontario Youth Court (1988), 5 W.C.B. (2d) 111, granting a stay of proceedings pursuant to s. 24 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Appeal dismissed.

Marlys Edwardh, for the appellant.

Brian J. Gover, for the respondent.

Douglas J. A. Rutherford, Q.C., and *D. J. Avison*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Yves de Montigny and Jean Turmel, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Robert G. Richards and Ross Macnab, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal was heard together with *R. v. S. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 294 (released concurrently with these reasons). The appellant was charged on April 13, 1988, with the indictable offence of possession of instruments for the purpose of breaking into a vehicle and the dual procedure offences of theft under \$1,000, and possession of stolen goods under \$1,000, pursuant to ss. 309(1), 294(b), and 313(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. The offences were alleged to have occurred on or about April 11, 1988, when the appellant was 15 years of age.

On July 8, 1988, Judge King of the Provincial Court of Ontario (Family Division), released reasons for judgment in this appeal (1988), 5 W.C.B. (2d) 111, and in *R. v. S. (G.)* (1988), 5 W.C.B.

75-76, ch. 93, art. 25; abr. & rempl. 1985, ch. 19, art. 44(2)], 309(1) [abr. & rempl. 1972, ch. 13, art. 25; abr. & rempl. 1985, ch. 19, art. 49], 313(b) [abr. & rempl. 1972, ch. 13, art. 30; abr. & rempl. 1974-75-76, ch. 93, art. 30; abr. & rempl. 1985, ch. 19, art. 50(2)].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1988), 31 O.A.C. 231, qui a accueilli un appel du ministère public contre un jugement du Tribunal pour adolescents de l'Ontario (1988), 5 W.C.B. (2d) 111, qui avait accordé une suspension de procédures en application de l'art. 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pourvoi rejeté.

Marlys Edwardh, pour l'appelant.

Brian J. Gover, pour l'intimée.

Douglas J. A. Rutherford, c.r., et *D. J. Avison*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Yves de Montigny et Jean Turmel, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Robert G. Richards et Ross Macnab, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi a été entendu en même temps que *R. c. S. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 294 (arrêt rendu en même temps que celui-ci). L'appelant a été accusé le 13 avril 1988 de l'infraction punissable par voie de mise en accusation de possession d'instruments pouvant servir aux effractions de véhicules, et des infractions mixtes de vol de moins de 1 000 \$ et de possession de biens volés dont la valeur ne dépasse pas 1 000 \$, en application du par. 309(1) et des al. 294b) et 313b) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Les infractions auraient été perpétrées le 11 avril 1988, ou vers cette date, alors que l'appelant était âgé de 15 ans.

Le 8 juillet 1988, le juge King de la Cour provinciale de l'Ontario (Division de la famille) a rendu des motifs de jugement en l'espèce (1988), 5 W.C.B. (2d) 111, et dans *R. v. S. (G.)* (1988), 5

(2d) 200, in which she held that the alternative measures program in Ontario, authorized pursuant to s. 4 of the *Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, infringed the appellant's rights pursuant to s. 15(1) and s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. On August 4, 1988, Judge King granted a stay of proceedings pursuant to s. 24 of the *Charter*.

The respondent appealed from the rulings of the Youth Court judge to the Ontario Court of Appeal. Reasons for judgment were given by Lacourcière J.A. for a unanimous court on December 29, 1988, concurrently with the court's reasons in *R. v. S. (G.)* (1988), 67 O.R. (2d) 198. The appeal was allowed and orders were made to quash the orders staying the proceedings and to remit the matters for trial before another judge of the Youth Court of Ontario: (1988), 31 O.A.C. 231.

For the reasons which I have given in *R. v. S. (G.)*, *supra*, I would dismiss the appeal, and answer the constitutional questions raised in this appeal in the following manner:

1. Are the admission criteria set out in the Alternative Measures Program designated by the Attorney General for the province of Ontario inconsistent with s. 7 or s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If the admission criteria set out in the Alternative Measures Program designated by the Attorney General for the province of Ontario are inconsistent either with s. 7 or s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, whether that inconsistency is justified on the basis of s. 1 thereof.

Answer: The question need not be answered.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Marlys Edwardh, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

W.C.B. (2d) 200, dans lesquels elle a conclu que le programme de mesures de rechange en vigueur en Ontario, autorisé en application de l'art. 4 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110, violait les droits reconnus à l'appellant en vertu du par. 15(1) et de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le 4 août 1988, le juge King a accordé une suspension des procédures en application de l'art. 24 de la *Charte*.

L'intimée a fait appel de la décision du juge du Tribunal pour adolescents. Le juge Lacourcière a prononcé le jugement unanime de la Cour d'appel de l'Ontario le 29 décembre 1988, en même temps que celui dans l'affaire *R. v. S. (G.)* (1988), 67 O.R. (2d) 198. L'appel a été accueilli et des ordonnances ont été prononcées pour annuler les ordonnances de suspension des procédures et renvoyer les affaires pour audition devant un autre juge du Tribunal pour adolescents de l'Ontario: (1988), 31 O.A.C. 231.

Pour les motifs que j'ai prononcés dans l'arrêt *R. c. S. (G.)*, précité, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. Les critères d'admissibilité au programme de mesures de rechange autorisé par le procureur général de l'Ontario sont-ils incompatibles avec l'art. 7 ou le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

2. Si les critères d'admissibilité prévus pour le programme de mesures de rechange autorisé par le procureur général de l'Ontario sont incompatibles avec l'art. 7 ou le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cette incompatibilité est-elle justifiée en vertu de l'article premier?

Réponse: Il n'est pas nécessaire de répondre à la question.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appellant: Marlys Edwardh, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.

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

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Yves de Montigny and Françoise Saint-Martin, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

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

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Yves de Montigny et Françoise Saint-Martin, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Angeline T. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

and

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

INDEXED AS: R. v. T. (A.)

File No.: 21337.

1989: March 23; 1990: June 28.

Present: Dickson C.J. and Lamer, Wilson, La Forest,
Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Appeal — Mootness — Young offender challenging
constitutionality of Ontario's alternative measures pro-
gram on basis that it infringes ss. 15(1) and 7 of
Canadian Charter of Rights and Freedoms — Supreme
Court of Canada holding in concurrent judgment that s.
4 of Young Offenders Act does not oblige provinces to
implement such program — Issue raised in this appeal
rendered moot by Supreme Court of Canada's judg-
ment — Admission criteria set out in Ontario's pro-
gram not infringing ss. 15(1) and 7 of the Charter.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality
before the law — Fundamental justice — Eligibility for
Ontario's alternative measures program based upon
nature of offences charged against young offender —
Admission criteria set out in Ontario's program not
infringing ss. 15(1) and 7 of Canadian Charter of
Rights and Freedoms — Young Offenders Act, S.C.
1980-81-82-83, c. 110, s. 4.*

Held: The appeal should be dismissed.

Cases Cited

Applied: *R. v. S. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 294, aff'g
(1988), 67 O.R. (2d) 198 (C.A.), rev'g (1988), 5
W.C.B. (2d) 200 (Ont. Prov. Ct. (Fam. Div.)).

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 245.

Angeline T. Appelante

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

a

et

**Le procureur général du Canada, le procureur
général du Québec et le procureur général de
la Saskatchewan Intervenant**

b

RÉPERTORIÉ: R. c. T. (A.)

N° du greffe: 21337.

c 1989: 23 mars; 1990: 28 juin.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer,
Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier et Cory.

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

*Appel — Caractère théorique — Constitutionnalité
du programme ontarien de mesures de rechange con-
testée par un jeune contrevenant pour le motif que ce
programme viole les art. 15(1) et 7 de la Charte cana-
dienne des droits et libertés — Arrêt connexe de la
Cour suprême du Canada concluant que l'art. 4 de la
Loi sur les jeunes contrevenants n'oblige pas les provin-
ces à mettre ce programme en œuvre — Question
soulevée dans le présent pourvoi devenue théorique par
suite de l'arrêt de la Cour suprême du Canada — Les
critères d'admissibilité au programme de l'Ontario ne
portent pas atteinte aux art. 15(1) et 7 de la Charte.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Égalité
devant la loi — Justice fondamentale — Admissibilité
au programme de mesures de rechange en Ontario
fondée sur la nature des infractions imputées au jeune
contrevenant — Les critères d'admissibilité au pro-
gramme de l'Ontario ne portent pas atteinte aux art.
15(1) et 7 de la Charte canadienne des droits et libertés
— Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-
82-83, ch. 110, art. 4.*

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

i Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. S. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 294,
conf. (1988), 67 O.R. (2d) 198 (C.A.), inf. (1988), 5
W.C.B. (2d) 200 (C. prov. Ont. (Div. Fam.)).

j Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 245.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1988), 31 O.A.C. 232 (*sub nom. R. v. S.C. and A.T.*), allowing the Crown's appeal from a judgment of the Ontario Youth Court granting a stay of proceedings pursuant to s. 24 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Appeal dismissed.

Janet MacEachen, for the appellant.

Brian J. Gover, for the respondent.

Douglas J. A. Rutherford, Q.C., and *D. J. Avison*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Yves de Montigny and *Jean Turmel*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Robert G. Richards and *Ross Macnab*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal was heard together with *R. v. S. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 294 (released concurrently with these reasons). The appellant was charged on November 16, 1987 with the dual procedure offence of assault pursuant to s. 245 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. The offence was alleged to have occurred on or about November 3, 1987, when the appellant was 12 years old.

On August 23, 1988, pursuant to her reasons in *R. v. S. (G.)* (1988), 5 W.C.B. (2d) 200, Judge King of the Provincial Court of Ontario (Family Division), ordered a stay of proceedings against the appellant. The respondent appealed the Youth Court judge's ruling to the Court of Appeal of Ontario. Reasons for judgment were given by Lacourcière J.A. for a unanimous court on December 29, 1988, concurrently with the court's reasons in *R. v. S. (G.)* (1988), 67 O.R. (2d) 198. The appeal was allowed and orders were made to quash the orders staying the proceedings and to remit the matters for trial before another judge of the Youth Court of Ontario: (1988), 31 O.A.C. 232.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1988), 31 O.A.C. 232 (*sub nom. R. v. S.C. and A.T.*), qui a accueilli un appel du ministère public contre un jugement du Tribunal pour adolescents de l'Ontario qui avait accordé une suspension de procédures en application de l'art. 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pourvoi rejeté.

Janet MacEachen, pour l'appelante.

Brian J. Gover, pour l'intimée.

Douglas J. A. Rutherford, c.r., et *D. J. Avison*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Yves de Montigny et *Jean Turmel*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Robert G. Richards et *Ross Macnab*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi a été entendu en même temps que *R. c. S. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 294 (arrêt rendu en même temps que celui-ci). L'appelante a été accusée le 16 novembre 1987 de l'infraction mixte de voies de fait, en application de l'art. 245 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. L'infraction aurait eu lieu le 3 novembre 1987, ou vers cette date, alors que l'appelante était âgée de 12 ans.

Le 23 août 1988, en application des motifs de jugement qu'elle avait rendus dans l'affaire *R. v. S. (G.)* (1988), 5 W.C.B. (2d) 200, le juge King de la Cour provinciale de l'Ontario (Division de la famille) a ordonné la suspension des procédures contre l'appelante. L'intimée a fait appel de cette décision. Le juge Lacourcière a prononcé le jugement unanime de la Cour d'appel de l'Ontario le 29 décembre 1988, en même temps que celui dans l'affaire *R. v. S. (G.)* (1988), 67 O.R. (2d) 198. L'appel a été accueilli et des ordonnances ont été prononcées pour annuler les ordonnances de suspension des procédures et renvoyer les affaires pour audition devant un autre juge du Tribunal pour adolescents de l'Ontario: (1988), 31 O.A.C. 232.

For the reasons which I have given in *R. v. S. (G.)*, *supra*, I would dismiss the appeal, and answer the constitutional questions raised in this appeal in the following manner:

1. Are the admission criteria set out in the Alternative Measures Program designated by the Attorney General for the province of Ontario inconsistent with s. 7 or s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If the admission criteria set out in the Alternative Measures Program designated by the Attorney General for the province of Ontario are inconsistent either with s. 7 or s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, whether that inconsistency is justified on the basis of s. 1 thereof.

Answer: The question need not be answered.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Janet MacEachen, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

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

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Yves de Montigny and Françoise Saint-Martin, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Pour les motifs que j'ai prononcés dans l'arrêt *R. v. S. (G.)*, précité, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

^a 1. Les critères d'admissibilité au programme de mesures de rechange autorisé par le procureur général de l'Ontario sont-ils incompatibles avec l'art. 7 ou le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

^b Réponse: Non.

^c 2. Si les critères d'admissibilité prévus pour le programme de mesures de rechange autorisé par le procureur général de l'Ontario sont incompatibles avec l'art. 7 ou le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cette incompatibilité est-elle justifiée en vertu de l'article premier?

Réponse: Il n'est pas nécessaire de répondre à la question.

^d *Pourvoi rejeté.*

Procureur de l'appelante: Janet MacEachen, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.

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

^f *Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Yves de Montigny et Françoise Saint-Martin, Ste-Foy.*

^s *Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.*

James B. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General of Quebec and the Attorney
General for Saskatchewan Intervenors**

INDEXED AS: R. v. B. (J.)

File No.: 21338.

1989: March 23; 1990: June 28.

Present: Dickson C.J. and Lamer, Wilson, La Forest,
Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Appeal — Mootness — Young offender challenging
constitutionality of Ontario's alternative measures pro-
gram on basis that it infringes ss. 15(1) and 7 of
Canadian Charter of Rights and Freedoms — Supreme
Court of Canada holding in concurrent judgment that s.
4 of Young Offenders Act does not oblige provinces to
implement such program — Issue raised in this appeal
rendered moot by Supreme Court of Canada's judg-
ment — Admission criteria set out in Ontario's pro-
gram not infringing ss. 15(1) and 7 of the Charter.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality
before the law — Fundamental justice — Eligibility for
Ontario's alternative measures program based upon
nature of offences charged against young offender —
Admission criteria set out in Ontario's program not
infringing ss. 15(1) and 7 of Canadian Charter of
Rights and Freedoms — Young Offenders Act, S.C.
1980-81-82-83, c. 110, s. 4.*

Held: The appeal should be dismissed.

Cases Cited

Applied: *R. v. S. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 294, aff'g
(1988), 67 O.R. (2d) 198 (C.A.), rev'g (1988), 5
W.C.B. (2d) 200 (Ont. Prov. Ct. (Fam. Div.)).

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 85 [rep. & sub.
1976-77, c. 53, s. 3].

James B. Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

a

et

**Le procureur général du Canada, le procureur
général du Québec et le procureur général de
la Saskatchewan Intervenants**

b

RÉPERTORIÉ: R. c. B. (J.)

N° du greffe: 21338.

c 1989: 23 mars; 1990: 28 juin.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer,
Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier et Cory.

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

d

*Appel — Caractère théorique — Constitutionnalité
du programme ontarien de mesures de rechange contes-
tée par un jeune contrevenant pour le motif que ce
programme viole les art. 15(1) et 7 de la Charte cana-
dienne des droits et libertés — Arrêt connexe de la
Cour suprême du Canada concluant que l'art. 4 de la
Loi sur les jeunes contrevenants n'oblige pas les provin-
ces à mettre ce programme en œuvre — Question
soulevée dans le présent pourvoi devenue théorique par
suite de l'arrêt de la Cour suprême du Canada — Les
critères d'admissibilité au programme de l'Ontario ne
portent pas atteinte aux art. 15(1) et 7 de la Charte.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Égalité
devant la loi — Justice fondamentale — Admissibilité
au programme de mesures de rechange en Ontario
fondée sur la nature des infractions imputées au jeune
contrevenant — Les critères d'admissibilité au pro-
gramme de l'Ontario ne portent pas atteinte aux art.
15(1) et 7 de la Charte canadienne des droits et libertés
— Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-
82-83, ch. 110, art. 4.*

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Jurisprudence

i

Arrêt appliqué: *R. c. S. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 294,
conf. (1988), 67 O.R. (2d) 198 (C.A.), inf. (1988), 5
W.C.B. (2d) 200 (C. prov. Ont. (Div. Fam.)).

Lois et règlements cités

j

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 85 [abr. &
rempl. 1976-77, ch. 53, art. 3].

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1988), 31 O.A.C. 230, allowing the Crown's appeal from a judgment of the Ontario Youth Court granting a stay of proceedings pursuant to s. 24 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Appeal dismissed.

Judyth Rekai, for the appellant.

Brian J. Gover, for the respondent.

Douglas J. A. Rutherford, Q.C., and *D. J. Avison*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Yves de Montigny and *Jean Turmel*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Robert G. Richards and *Ross Macnab*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal was heard together with *R. v. S. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 294 (released concurrently with these reasons). The appellant was charged on June 16, 1988, with the indictable offence of unlawful possession of a dangerous weapon, contrary to s. 85 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. The offence was alleged to have taken place on June 15, 1988, when the appellant was 13 years old.

On August 23, 1988, pursuant to her reasons in *R. v. S. (G.)* (1988), 5 W.C.B. (2d) 200, Judge King of the Provincial Court of Ontario (Family Division), ordered a stay of proceedings against the appellant. The respondent appealed the Youth Court judge's ruling to the Court of Appeal of Ontario. Reasons for judgment were given by Lacourcière J.A. for a unanimous court on December 29, 1988, concurrently with the court's reasons in *R. v. S. (G.)* (1988), 67 O.R. (2d) 198. The appeal was allowed and orders were made to quash the orders staying the proceedings and to remit the matters for trial before another judge of the Youth Court of Ontario: (1988), 31 O.A.C. 230.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1988), 31 O.A.C. 230, qui a accueilli un appel du ministère public contre un jugement du Tribunal pour adolescents de l'Ontario qui avait accordé une suspension de procédures en application de l'art. 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pourvoi rejeté.

Judyth Rekai, pour l'appellant.

Brian J. Gover, pour l'intimée.

Douglas J. A. Rutherford, c.r., et *D. J. Avison*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Yves de Montigny et *Jean Turmel*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Robert G. Richards et *Ross Macnab*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi a été entendu en même temps que le pourvoi *R. c. S. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 294 (arrêt rendu en même temps que celui-ci). L'appelant a été accusé le 16 juin 1988 de l'infraction punissable par voie de mise en accusation de possession illégale d'une arme offensive, en contravention de l'art. 85 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. L'infraction aurait eu lieu le 15 juin 1988, alors que l'appelant était âgé de 13 ans.

Le 23 août 1988, en application des motifs de jugement qu'elle avait rendus dans l'affaire *R. v. S. (G.)* (1988), 5 W.C.B. (2d) 200, le juge King de la Cour provinciale de l'Ontario (Division de la famille) a ordonné la suspension des procédures contre l'appelant. L'intimée a fait appel de cette décision. Le juge Lacourcière a prononcé le jugement unanime de la Cour d'appel de l'Ontario le 29 décembre 1988, en même temps que celui dans l'affaire *R. v. S. (G.)* (1988), 67 O.R. (2d) 198. L'appel a été accueilli et des ordonnances ont été prononcées pour annuler les ordonnances de suspension des procédures et renvoyer les affaires pour audition devant un autre juge du Tribunal pour adolescents de l'Ontario: (1988), 31 O.A.C. 230.

For the reasons which I have given in *R. v. S. (G.)*, *supra*, I would dismiss the appeal, and answer the constitutional questions raised in this appeal in the following manner:

1. Are the admission criteria set out in the Alternative Measures Program designated by the Attorney General for the province of Ontario inconsistent with s. 7 or s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If the admission criteria set out in the Alternative Measures Program designated by the Attorney General for the province of Ontario are inconsistent either with s. 7 or s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, whether that inconsistency is justified on the basis of s. 1 thereof.

Answer: The question need not be answered.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Judyth Rekai, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

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

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Yves de Montigny and Françoise Saint-Martin, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Pour les motifs que j'ai prononcés dans l'arrêt *R. c. S. (G.)*, précité, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

^a 1. Les critères d'admissibilité au programme de mesures de rechange autorisé par le procureur général de l'Ontario sont-ils incompatibles avec l'art. 7 ou le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

^b Réponse: Non.

^c 2. Si les critères d'admissibilité prévus pour le programme de mesures de rechange autorisé par le procureur général de l'Ontario sont incompatibles avec l'art. 7 ou le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cette incompatibilité est-elle justifiée en vertu de l'article premier?

Réponse: Il n'est pas nécessaire de répondre à la question.

^d *Pourvoi rejeté.*

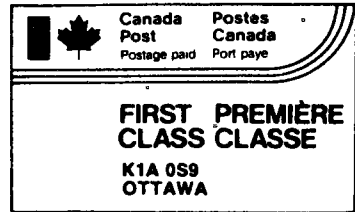
Procureur de l'appellant: Judyth Rekai, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.

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

^f *Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Yves de Montigny et Françoise Saint-Martin, Ste-Foy.*

^g *Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.*



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 1990 Vol. 2

3^e cahier, 1990 Vol. 2

Cited as [1990] 2 S.C.R. 311-488

Renvoi [1990] 2 R.C.S. 311-488

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

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI
Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1990.

CONTENTS

Bishop v. Stevens 467

Copyright — Infringement — Prerecording of song for broadcast purposes — Whether right to broadcast a musical work includes the incidental right to make an "ephemeral" recording beforehand — Whether composer implicitly consented to ephemeral recordings in granting a licence to broadcast performances of his work — Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30, ss. 2, 3(1), 17(1).

Knox Contracting Ltd. v. Canada 338

Income tax — Search warrants — Offences alleged as defined in s. 239 of Income Tax Act — Search warrants issued under s. 231.3 of Income Tax Act — Application to quash — Whether or not issuing judge had jurisdiction to review — Whether or not ss. 231.3 and 239 of the Income Tax Act derive their constitutional validity from the federal government's taxing power or from its criminal law power — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 231.3(1), 239(1), (2) — Constitution Act, 1867, s. 91(3), (27) — Judicature Act, R.S.N.B. 1973, c. J-2, s. 8(3).

Courts — Jurisdiction — Search warrants — Offences alleged as defined in s. 239 of Income Tax Act — Search warrants issued under s. 231.3 of Income Tax Act — Application to quash — Whether or not issuing judge had jurisdiction to review — Whether or not ss. 231.3 and 239 of the Income Tax Act derive their constitutional validity from the federal government's taxing power or from its criminal law power.

Continued on next page

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

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseur
RICHARD BERBERI
Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1990.

SOMMAIRE

Bishop c. Stevens 467

Droit d'auteur — Violation — Préenregistrement d'une chanson à des fins de radiodiffusion — Le droit de diffuser une œuvre musicale comporte-t-il le droit accessoire d'effectuer un préenregistrement «éphémère»? — Le compositeur a-t-il implicitement consenti à des enregistrements éphémères en accordant une licence qui autorise la radiodiffusion des exécutions de son œuvre? — Loi sur le droit d'auteur, S.R.C. 1970, ch. C-30, art. 2, 3(1), 17(1).

Knox Contracting Ltd. c. Canada 338

Impôt sur le revenu — Mandats de perquisition — Les infractions alléguées sont définies à l'art. 239 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Mandats de perquisition décernés en vertu de l'art. 231.3 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Demande d'annulation — Le juge qui a décerné les mandats est-il compétent pour les examiner? — La constitutionnalité des art. 231.3 et 239 de la Loi de l'impôt sur le revenu découle-t-elle du pouvoir de taxation du gouvernement fédéral ou de son pouvoir en matière de droit criminel? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 231.3(1), 239(1), (2) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(3), (27) — Loi sur l'organisation judiciaire, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2, art. 8(3).

Tribunaux — Compétence — Mandats de perquisition — Les infractions alléguées sont définies à l'art. 239 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Mandats de perquisition décernés en

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Constitutional law — Division of powers — Taxation and criminal law powers — Offences alleged as defined in s. 239 of Income Tax Act — Search warrants issued under s. 231.3 of Income Tax Act — Application to quash — Whether or not issuing judge had jurisdiction to review — Whether or not ss. 231.3 and 239 of the Income Tax Act derive their constitutional validity from the federal government's taxing power or from its criminal law power.

National Trust Co. v. Mead 410

Mortgages — Action on covenant to pay — Individual assuming mortgage from corporation which had waived provincial statutory protection against being sued on covenant to pay — Provincial statute permitting only corporate mortgagors to waive protection — Whether individual assuming mortgage bound by waiver as a successor or assign of original corporate mortgagor — Whether assumption agreement effects a novation — The Limitation of Civil Rights Act, R.S.S. 1978, c. L-16, ss. 2, 40.

Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner) 367

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Collective bargaining — Territorial legislation requiring employee association to be incorporated by statute in order to bargain collectively — Whether territorial legislation infringes freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether limitation on freedom of association justifiable under s. 1 of Charter — Public Service Act, R.S.N.W.T. 1974, c. P-13, s. 42(1)(b).

Rocois Construction Inc. v. Québec Ready Mix Inc. 440

Civil procedure — Exceptions to dismiss action — *Lis pendens* — Action for damages for unfair trade practices based on federal combines legislation brought in Federal Court — Action for damages for unfair trade practices based on Civil Code subsequently brought in Superior Court while action in Federal Court still pending — Whether action in Superior Court should be dismissed on ground of *lis pendens* — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 165 — Civil Code of Lower Canada, art. 1053 — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 31.1(1).

Snell v. Farrell 311

Physicians and surgeons — Medical malpractice — Negligence — Causation — Surgeon removing cataract from patient's eye — Patient later losing sight in that eye as a result of optic nerve atrophy — Expert witnesses unable to state with certainty whether the operation caused the atrophy — Whether burden of proof of causation in a malpractice case is on the plaintiff.

Negligence — Causation — Medical malpractice — Burden of proof — Surgeon removing cataract from patient's eye — Patient later losing sight in that eye as a result of optic nerve

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

vertu de l'art. 231.3 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Demande d'annulation — Le juge qui a décerné les mandats est-il compétent pour les examiner? — La constitutionnalité des art. 231.3 et 239 de la Loi de l'impôt sur le revenu découle-t-elle du pouvoir de taxation du gouvernement fédéral ou de son pouvoir en matière de droit criminel?

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Pouvoir en matière de taxation et de droit criminel — Les infractions alléguées sont définies à l'art. 239 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Mandats de perquisition décernés en vertu de l'art. 231.3 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Demande d'annulation — Le juge qui a décerné les mandats est-il compétent pour les examiner? — La constitutionnalité des art. 231.3 et 239 de la Loi de l'impôt sur le revenu découle-t-elle du pouvoir de taxation du gouvernement fédéral ou de son pouvoir en matière de droit criminel?

National Trust Co. c. Mead 410

Hypothèques — Action fondée sur l'engagement personnel de payer — Particulier prenant en charge une hypothèque consentie par une société qui avait renoncé à la protection accordée par une loi provinciale contre toute action fondée sur l'engagement personnel de payer — Loi provinciale ne permettant qu'aux sociétés débitrices hypothécaires de renoncer à cette protection — Le particulier qui prend en charge une hypothèque est-il lié par une renonciation en sa qualité de successeur ou de cessionnaire de la société qui était la débitrice hypothécaire originaire? — La convention de prise en charge opère-t-elle une novation? — The Limitation of Civil Rights Act, R.S.S. 1978, ch. L-16, art. 2, 40.

Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire) 367

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Négociation collective — Loi des territoires du Nord-Ouest exigeant qu'une association d'employés soit constituée en personne morale par une loi afin de négocier collectivement — La mesure législative des Territoires viole-t-elle la liberté d'association garantie par l'art. 2d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette restriction à la liberté d'association est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Public Service Act, R.S.N.W.T. 1974, ch. P-13, art. 42(1)b).

Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix Inc. 440

Procédure civile — Moyens de non-recevabilité — Litispendance — Action en dommages pour pratique commerciale déloyale basée sur la loi fédérale sur les coalitions intentée en Cour fédérale — Action en dommages pour pratique commerciale déloyale basée sur le Code civil intentée subséquentement en Cour supérieure alors que l'action en Cour fédérale est toujours pendante — L'action en Cour supérieure doit-elle être rejetée pour cause de litispendance? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 165 — Code civil du Bas-Canada, art. 1053 — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 31.1(1).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

atrophy — Expert witnesses unable to state with certainty whether the operation caused the atrophy — Whether burden of proof of causation in a malpractice case is on the plaintiff.

SOMMAIRE (Fin)

Snell c. Farrell 311

Médecins et chirurgiens — Faute médicale — Négligence — Causalité — Le chirurgien a enlevé une cataracte de l'œil de la patiente — La patiente a par la suite perdu la vision dans cet œil en raison d'une atrophie du nerf optique — Les témoins experts n'ont pas été en mesure de dire avec certitude si l'intervention avait causé l'atrophie — Le fardeau de la preuve d'un lien de causalité dans une affaire de faute professionnelle incombe-t-il au demandeur?

Négligence — Causalité — Faute médicale — Fardeau de la preuve — Le chirurgien a enlevé une cataracte de l'œil de la patiente — La patiente a par la suite perdu la vision dans cet œil en raison d'une atrophie du nerf optique — Les témoins experts n'ont pas été en mesure de dire avec certitude si l'intervention avait causé l'atrophie — Le fardeau de la preuve d'un lien de causalité dans une affaire de faute professionnelle incombe-t-il au demandeur?

Dr. D. H. Farrell *Appellant*

v.

Margaret Snell *Respondent*

INDEXED AS: SNELL v. FARRELL

File No.: 20873.

1989: December 6; 1990: August 16.

Present: Dickson C.J.* and Wilson, La Forest,
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory and McLachlin JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEW BRUNSWICK

Physicians and surgeons — Medical malpractice — Negligence — Causation — Surgeon removing cataract from patient's eye — Patient later losing sight in that eye as a result of optic nerve atrophy — Expert witnesses unable to state with certainty whether the operation caused the atrophy — Whether burden of proof of causation in a malpractice case is on the plaintiff.

Negligence — Causation — Medical malpractice — Burden of proof — Surgeon removing cataract from patient's eye — Patient later losing sight in that eye as a result of optic nerve atrophy — Expert witnesses unable to state with certainty whether the operation caused the atrophy — Whether burden of proof of causation in a malpractice case is on the plaintiff.

The appellant, an ophthalmologist, performed surgery on the respondent to remove a cataract from her right eye. After injecting a local anaesthetic into the retrobulbar muscles behind the eyeball, the appellant noticed a small discolouration, which he stated on discovery was a very small retrobulbar bleed. On palpating the eye, he found that it was not hard, and there were no other signs of retrobulbar haemorrhage. After waiting thirty minutes he proceeded with the operation. Following the surgery there was blood in the vitreous chamber of the eye. When the chamber cleared some nine months later the appellant was able to see for the first time that the optic nerve had atrophied, resulting in a loss of sight in the respondent's right eye. One possible cause of optic nerve atrophy is pressure due to retrobulbar haemorrhage. Neither of the expert witnesses was able to state with certainty what caused

* Chief Justice at the time of hearing.

D^r D. H. Farrell *Appellant*

c.

Margaret Snell *Intimée*^a RÉPERTORIÉ: SNELL c. FARRELL

N° du greffe: 20873.

1989: 6 décembre; 1990: 16 août.

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

Médecins et chirurgiens — Faute médicale — Négligence — Causalité — Le chirurgien a enlevé une cataracte de l'œil de la patiente — La patiente a par la suite perdu la vision dans cet œil en raison d'une atrophie du nerf optique — Les témoins experts n'ont pas été en mesure de dire avec certitude si l'intervention avait causé l'atrophie — Le fardeau de la preuve d'un lien de causalité dans une affaire de faute professionnelle incombe-t-il au demandeur?

Négligence — Causalité — Faute médicale — Fardeau de la preuve — Le chirurgien a enlevé une cataracte de l'œil de la patiente — La patiente a par la suite perdu la vision dans cet œil en raison d'une atrophie du nerf optique — Les témoins experts n'ont pas été en mesure de dire avec certitude si l'intervention avait causé l'atrophie — Le fardeau de la preuve d'un lien de causalité dans une affaire de faute professionnelle incombe-t-il au demandeur?

^g L'appellant, un ophtalmologue, a pratiqué une intervention chirurgicale sur l'intimée pour enlever une cataracte de son œil droit. Après avoir procédé à une anesthésie locale des muscles rétrooculaires situés derrière le globe oculaire, l'appellant a remarqué une légère décoloration dont il a dit, à l'interrogatoire préalable, qu'il s'agissait d'un très faible saignement rétrooculaire. Il a palpé l'œil et a conclu qu'il n'était pas ferme et qu'il n'y avait aucun autre signe d'hémorragie rétrooculaire. ^h Après une attente de trente minutes, il a commencé l'intervention chirurgicale. ⁱ Après l'intervention, il y avait du sang dans l'espace compris entre la rétine et la face postérieure du cristallin. Lorsque cet espace s'est dégagé environ neuf mois plus tard, l'appellant a été en mesure de constater pour la première fois l'atrophie du nerf optique qui a entraîné la perte de vision de l'œil droit de l'intimée. ^j Une cause possible de l'atrophie du

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

the atrophy in this case or when it occurred. The trial judge accepted the expert evidence that where there is bleeding other than the obvious pinprick of the needle, the operation should not be continued. Relying on the decision of the House of Lords in *McGhee v. National Coal Board*, he concluded that the respondent had prima facie proved that the appellant's actions had caused her injury and that the appellant had not satisfied the onus that had shifted to him. The trial judge accordingly found the appellant liable in negligence. The Court of Appeal dismissed the appellant's appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

While proof of causation in medical malpractice cases is often difficult for the patient, it is unnecessary to adopt either of the alternatives arising out of the *McGhee* case—namely, that the plaintiff simply prove that the defendant created a risk that the injury which occurred would occur, or that the defendant has the burden of disproving causation—since, properly applied, the traditional principles relating to causation are adequate to the task. Adoption of either of the proposed alternatives would have the effect of compensating plaintiffs where a substantial connection between the injury and the defendant's conduct is absent. A plaintiff should not be compensated by reversing the burden of proof for an injury that may very well be due to factors unconnected to the defendant and not the fault of anyone.

Dissatisfaction with the traditional approach to causation stems to a large extent from its too rigid application in many cases. Causation need not be determined with scientific precision. In many malpractice cases, the facts lie particularly within the knowledge of the defendant, and very little affirmative evidence on the part of the plaintiff will justify the drawing of an inference of causation in the absence of evidence to the contrary. It is not strictly accurate to speak of the burden of proof shifting to the defendant when what is meant is that evidence adduced by the plaintiff may result in an inference being drawn adverse to the defendant. The legal or ultimate burden remains with the plaintiff, but in the absence of evidence to the contrary adduced by the defendant an inference of causation may be drawn although positive or scientific proof of causation has not been adduced. If some

nerf optique est la pression due à l'hémorragie rétrooculaire. Aucun des témoins experts n'a été en mesure d'exprimer avec certitude une opinion sur la cause de l'atrophie dans ce cas ou sur le moment où elle s'est produite. Le juge de première instance a admis le témoignage de l'expert selon lequel lorsqu'il y a un saignement autre que celui de la marque de piqûre de l'aiguille, l'intervention chirurgicale devrait être arrêtée. Se fondant sur l'arrêt de la Chambre des lords *McGhee v. National Coal Board*, il a conclu que l'intimée avait démontré à première vue que les actes de l'appelant avaient causé ses blessures et que l'appelant ne s'était pas acquitté du fardeau de la preuve qui lui incombait. Le juge de première instance a, par conséquent, conclu que l'appelant était responsable de négligence. La Cour d'appel a rejeté l'appel de l'appelant.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Bien qu'il soit souvent difficile pour le patient de faire la preuve d'un lien de causalité dans les cas de faute médicale, il n'est pas nécessaire d'adopter l'une des possibilités qui découlent de l'arrêt *McGhee*—c'est-à-dire, que le demandeur démontre simplement que le défendeur a créé un risque que le préjudice qui s'est produit se produise, ou que le défendeur a le fardeau de réfuter l'existence du lien de causalité—puisque, s'ils sont bien appliqués, les principes relatifs à la causalité fonctionnent adéquatement. L'adoption de l'une ou l'autre des solutions proposées aurait pour effet d'indemniser le demandeur en l'absence d'un rapport important entre le préjudice subi et la conduite du défendeur. Un demandeur ne devrait pas être indemnisé par le renversement du fardeau de la preuve en ce qui a trait à un préjudice qui peut très bien découler de facteurs qui ne sont pas reliés au défendeur et qui ne résultent de la faute de personne.

Le mécontentement à l'égard de la façon traditionnelle d'aborder la causalité dépend dans une large mesure de son application trop rigide dans un grand nombre d'affaires. La causalité n'a pas à être déterminée avec une précision scientifique. Dans un grand nombre d'affaires en matière de faute professionnelle, le défendeur possède une connaissance particulière des faits et il suffit de très peu d'éléments de preuve affirmative de la part du demandeur pour justifier une déduction de causalité en l'absence de preuve contraire. Il n'est pas tout à fait exact de parler d'un déplacement du fardeau vers le défendeur lorsqu'on veut dire que la preuve présentée par le demandeur peut avoir comme résultat une inférence défavorable au défendeur. Le fardeau ultime de la preuve incombe au demandeur, mais en l'absence de preuve contraire présentée par le défendeur, une inférence de causalité peut être faite

evidence to the contrary is adduced by the defendant, the trial judge should weigh that evidence according to the proof. It is therefore not essential that the medical experts provide a firm opinion supporting the plaintiff's theory of causation. Medical experts ordinarily determine causation in terms of certainties whereas a lesser standard is demanded by the law. It is the function of the trier of fact, not the medical witnesses, to make a legal determination of the question of causation.

In this case, the appellant was negligent in continuing with the operation when retrobulbar bleeding occurred. This finding was not contested and was fully supported by the evidence. It was common ground that the respondent's blindness occurred due to atrophy or death of the optic nerve which was occasioned by a stroke. There were two possible causes of the stroke, one of which was natural and the other due to continuing the operation. The trial judge virtually ruled out natural causes when he found that retrobulbar bleeding was facilitated during the operation. The trial judge's subsequent finding that the respondent had prima facie proved that the appellant's actions caused her injury and that the appellant had not satisfied the onus shifted to him can be read as a finding of causation inferred from the circumstances. While such a reading was probably not intended by the trial judge, had he applied the proper principles of law, he would have drawn an inference of causation between the appellant's negligence and the injury to the respondent. By continuing the operation, which was found by the trial judge to constitute negligence, the appellant made it impossible for the respondent or anyone else to detect the bleeding which is alleged to have caused the injury. In these circumstances, it was open to the trial judge to draw the inference that the injury was caused by the retrobulbar bleeding. The fact that testing the eye for hardness did not disclose bleeding is insufficient to rebut this inference.

Cases Cited

Not followed: *McGhee v. National Coal Board*, [1973] 1 W.L.R. 1; **considered:** *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1988] 2 W.L.R. 557, rev'g [1987] 2 W.L.R. 425; **referred to:** *Finlay v. Auld*, [1975] 1 S.C.R. 338; *Sindell v. Abbott Laboratories*, 607 P.2d

même si une preuve positive ou scientifique de la causalité n'a pas été produite. Si le défendeur présente des éléments de preuve contraires, le juge de première instance devrait apprécier ces éléments de preuve en fonction de la preuve. Par conséquent, il n'est pas essentiel que les experts médicaux donnent un avis ferme à l'appui de la théorie de la causalité du demandeur. Les experts médicaux déterminent habituellement l'existence de causalité en des termes de certitude, alors qu'une norme inférieure est exigée par le droit. C'est au juge des faits et non aux témoins experts médicaux qu'il appartient de rendre une décision juridique sur la question de la causalité.

En l'espèce, l'appelant a fait preuve de négligence en continuant l'intervention chirurgicale lorsqu'un saignement rétrooculaire est survenu. Cette conclusion n'est pas contestée et est entièrement appuyée par la preuve. Il est admis que la cécité de l'intimée s'est produite par suite de l'atrophie ou de la mort du nerf optique qui a été causée par un accident vasculaire. Il y avait deux causes possibles pour expliquer l'accident, l'une était naturelle et l'autre découlait de la poursuite de l'opération. Le juge de première instance a virtuellement écarté les causes naturelles lorsqu'il a conclu qu'un saignement dans l'espace rétrooculaire avait été favorisé au cours de l'intervention chirurgicale. La conclusion subséquente du juge de première instance selon laquelle l'intimée avait démontré à première vue que les actes de l'appelant lui avaient causé un préjudice et que l'appelant ne s'était pas acquitté du fardeau qui lui incombait peut être interprétée comme une conclusion de causalité déduite des circonstances. Bien qu'une telle interprétation n'ait probablement pas été voulue par le juge de première instance, s'il avait appliqué les bons principes de droit, il aurait déduit qu'il y avait un lien de causalité entre la négligence de l'appelant et le préjudice causé à l'intimée. En poursuivant l'intervention qui, selon le juge de première instance, a constitué de la négligence, l'appelant a rendu impossible pour l'intimée ou pour toute autre personne de déceler le saignement qui, allégué-t-on, a causé le préjudice. Dans de telles circonstances, le juge de première instance pouvait déduire que le préjudice a été causé par le saignement rétrooculaire. Le fait que la vérification de la fermeté de l'œil n'a pas révélé de saignement est insuffisant pour réfuter cette déduction.

Jurisprudence

Arrêt non suivi: *McGhee v. National Coal Board*, [1973] 1 W.L.R. 1; **arrêt examiné:** *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1988] 2 W.L.R. 557, inf. [1987] 2 W.L.R. 425; **arrêts mentionnés:** *Finlay c. Auld*, [1975] 1 R.C.S. 338; *Sindell v. Abbott Laborato-*

924 (1980); *National Trust Co. v. Wong Aviation Ltd.*, [1969] S.C.R. 481; *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830; *Summers v. Tice* (1948), 5 A.L.R. (2d) 91; *Interlake Tissue Mills Co. v. Salmon and Beckett*, [1949] 1 D.L.R. 207; *Cudney v. Clements Motor Sales Ltd.*, [1969] 2 O.R. 209; *Kirk v. McLaughlin Coal & Supplies Ltd.*, [1968] 1 O.R. 311; *Jackson v. Millar* (1972), 31 D.L.R. (3d) 263; *Powell v. Guttman* (1978), 89 D.L.R. (3d) 180; *Letnick v. Toronto (Municipality of Metropolitan)*, [1988] 2 F.C. 399; *Dalpe v. City of Edmundston* (1979), 25 N.B.R. (2d) 102; *Nowasco Well Service Ltd. v. Canadian Propane Gas & Oil Ltd.* (1981), 122 D.L.R. (3d) 228; *Rendall v. Ewert* (1989), 38 B.C.L.R. (2d) 1; *Kitchen v. McMullen* (1989), 100 N.B.R. (2d) 91; *Westco Storage Ltd. v. Inter-City Gas Utilities Ltd.*, [1989] 4 W.W.R. 289; *Haag v. Marshall*, [1990] 1 W.W.R. 361; *Alphacell Ltd. v. Woodward*, [1972] 2 All E.R. 475; *Blatch v. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969; *Cummings v. City of Vancouver* (1911), 1 W.W.R. 31; *Dunlop Holdings Ltd.'s Application*, [1979] R.P.C. 523; *Diamond v. British Columbia Thoroughbred Breeders' Society* (1965), 52 D.L.R. (2d) 146; *Pleet v. Canadian Northern Quebec R. Co.* (1921), 64 D.L.R. 316; *Guaranty Trust Co. of Canada v. Mall Medical Group*, [1969] S.C.R. 541; *Sentilles v. Inter-Caribbean Shipping Corp.*, 361 U.S. 107 (1959).

Authors Cited

Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.

Fleming, John G. "Probabilistic Causation in Tort Law" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 661.

Great Britain. Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury. *Report*, vol. I. London: H. M. Stationery Off., 1978.

Harvey, David M. *Medical Malpractice*. Indianapolis: A. Smith, 1973.

Louisell, David W. *Medical Malpractice*, vol. 3. By Charles Kramer. New York: Matthew Bender, 1977-1990.

Posner, James R. "Trends in Medical Malpractice Insurance, 1970-1985", 49 *Law & Contemp. Probs.*, Spring 1986, p. 37.

Robinson, Glen O. "The Medical Malpractice Crisis of the 1970's: A Retrospective", 49 *Law & Contemp. Probs.*, Spring 1986, p. 5.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 9. Revised by James H. Chadbourne. Boston: Little, Brown & Co., 1981.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1988), 84 N.B.R. (2d) 401, 214 A.P.R. 401, affirming the judgment of the

ries, 607 P.2d 924 (1980); *National Trust Co. v. Wong Aviation Ltd.*, [1969] R.C.S. 481; *Cook v. Lewis*, [1951] R.C.S. 830; *Summers v. Tice* (1948), 5 A.L.R. (2d) 91; *Interlake Tissue Mills Co. v. Salmon and Beckett*, [1949] 1 D.L.R. 207; *Cudney v. Clements Motor Sales Ltd.*, [1969] 2 O.R. 209; *Kirk v. McLaughlin Coal & Supplies Ltd.*, [1968] 1 O.R. 311; *Jackson v. Millar* (1972), 31 D.L.R. (3d) 263; *Powell v. Guttman* (1978), 89 D.L.R. (3d) 180; *Letnick c. Toronto (Municipalité de la communauté urbaine)*, [1988] 2 C.F. 399; *Dalpe v. City of Edmundston* (1979), 25 N.B.R. (2d) 102; *Nowasco Well Service Ltd. v. Canadian Propane Gas & Oil Ltd.* (1981), 122 D.L.R. (3d) 228; *Rendall v. Ewert* (1989), 38 B.C.L.R. (2d) 1; *Kitchen c. McMullen* (1989), 100 R.N.-B. (2^e) 91; *Westco Storage Ltd. v. Inter-City Gas Utilities Ltd.*, [1989] 4 W.W.R. 289; *Haag v. Marshall*, [1990] 1 W.W.R. 361; *Alphacell Ltd. v. Woodward*, [1972] 2 All E.R. 475; *Blatch v. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969; *Cummings v. City of Vancouver* (1911), 1 W.W.R. 31; *Dunlop Holdings Ltd.'s Application*, [1979] R.P.C. 523; *Diamond v. British Columbia Thoroughbred Breeders' Society* (1965), 52 D.L.R. (2d) 146; *Pleet v. Canadian Northern Quebec R. Co.* (1921), 64 D.L.R. 316; *Guaranty Trust Co. of Canada v. Mall Medical Group*, [1969] R.C.S. 541; *Sentilles v. Inter-Caribbean Shipping Corp.*, 361 U.S. 107 (1959).

Doctrine citée

Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.

Fleming, John G. «Probabilistic Causation in Tort Law» (1989), 68 *R. du B. can.* 661.

Great Britain. Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury. *Report*, vol. I. London: H. M. Stationery Off., 1978.

Harvey, David M. *Medical Malpractice*. Indianapolis: A. Smith, 1973.

Louisell, David W. *Medical Malpractice*, vol. 3. By Charles Kramer. New York: Matthew Bender, 1977-1990.

Posner, James R. «Trends in Medical Malpractice Insurance, 1970-1985», 49 *Law & Contemp. Probs.*, Spring 1986, p. 37.

Robinson, Glen O. «The Medical Malpractice Crisis of the 1970's: A Retrospective», 49 *Law & Contemp. Probs.*, Spring 1986, p. 5.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 9. Revised by James H. Chadbourne. Boston: Little, Brown & Co., 1981.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1988), 84 R.N.-B. (2^e) 401, 214 A.P.R. 401, qui a confirmé l'arrêt de la

Court of Queen's Bench (1986), 77 N.B.R. (2d) 222, 195 A.P.R. 222, 40 C.C.L.T. 298, finding the appellant liable in negligence for the respondent's loss of vision in her right eye. Appeal dismissed.

B. A. Crane, Q.C., and Margaret Ross, for the appellant.

E. Neil McKelvey, Q.C., and Kenneth B. McCulloch, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—The issue of law in this case is whether the plaintiff in a malpractice suit must prove causation in accordance with traditional principles or whether recent developments in the law justify a finding of liability on the basis of some less onerous standard. The practical effect of a determination of this issue will be whether the appellant was liable for the loss by the respondent of the vision in her right eye.

The Facts

The respondent, age 70 at the time of trial, consulted the appellant with respect to problems with her vision. The appellant is a medical doctor specializing in the field of ophthalmology. The respondent was "legally blind" in her right eye. She was advised that she had a cataract which should be surgically removed. After the appellant had explained the operation and the risks involved, the respondent consented. The accepted procedure for elderly patients consisted of local anaesthetization, to avoid risks associated with general anaesthetic, followed by removal of the cataract and implantation of a prosthetic lens into the anterior chamber of the eye behind the cornea.

The procedure is first to anaesthetize the eyelid to prevent blinking. Then a needle is inserted underneath the eyeball to inject anaesthetic into the retrobulbar muscles behind the eyeball to prevent movement and pain. These muscles control eye movement and surround the optic nerve. One complication, which occurs in one to three percent

Cour du Banc de la Reine (1986), 77 R.N.-B. (2^e) 222, 195 A.P.R. 222, 40 C.C.L.T. 298, qui avait déclaré l'appelant responsable de négligence pour la perte de vision de l'œil droit de l'intimée. Pour-
a voï rejeté.

B. A. Crane, c.r., et Margaret Ross, pour l'appellant.

E. Neil McKelvey, c.r., et Kenneth B. McCulloch, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA—La question de droit soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si le demandeur dans une poursuite en matière de faute professionnelle doit démontrer le lien de causalité conformément aux principes traditionnels ou si des décisions récentes dans ce domaine du droit justifient une conclusion de responsabilité selon une norme moins exigeante. L'effet pratique d'une décision sur cette question sera de savoir si l'appelant est responsable de la perte de vision de l'œil droit de l'intimée.

Les faits

L'intimée, qui était âgée de 70 ans au moment du procès, a consulté l'appelant relativement à des problèmes de vision. L'appelant est un médecin spécialisé dans le domaine de l'ophtalmologie. L'intimée était «juridiquement aveugle» de l'œil droit. On lui a dit qu'elle avait une cataracte qui devrait être enlevée par intervention chirurgicale. Après que l'appelant eut expliqué l'intervention et ses risques inhérents, l'intimée a donné son consentement. L'anesthésie locale constituait la procédure normale pour les patients plus âgés, afin d'éviter les risques découlant d'une anesthésie générale, suivie de l'ablation de la cataracte et de l'implantation d'une lentille intra-oculaire dans l'espace antérieur de l'œil derrière la cornée.

Il convient d'abord d'anesthésier la paupière pour l'empêcher de cligner. Ensuite une aiguille est introduite sous le globe oculaire pour anesthésier les muscles rétrooculaires situés derrière celui-ci pour empêcher le mouvement et la douleur. Ces muscles contrôlent le mouvement de l'œil et entourent le nerf optique. Une complication, qui se

of cases, is haemorrhage in the retrobulbar area caused by inserting the needle. There is no treatment for such haemorrhage but to let it be reabsorbed naturally. A common result of such haemorrhage is pressure behind the eyeball, which can cause the contents of the eye to be expelled when an incision is made in the cornea during the procedure to remove the cataract. Both experts testifying at trial stated that if retrobulbar haemorrhage occurs, the operation should not be continued. They also testified that an incision into the eye would remove the tamponade effect created by an intact eyeball, allowing a retrobulbar haemorrhage to flow more freely.

The classic symptoms of retrobulbar haemorrhage are redness of the eyelids where they touch the eyeball, and hardness of the eye. After injecting the anaesthetic into the retrobulbar area of the eye, Dr. Farrell noticed a small discolouration, one to two centimeters in diameter, at the puncture site below the eye on the surface of the skin. On discovery he stated that this was a very small retrobulbar bleed. He palpated the eye, finding that it was not hard, and there were no other signs of retrobulbar haemorrhage. After waiting thirty minutes he proceeded with the surgery. The operation went normally. The trial judge accepted Mrs. Snell's evidence that Dr. Farrell told another doctor assisting him that he would have to hurry the operation.

Following the surgery Mrs. Snell developed excruciating pain and was given pain killers. That evening Dr. Farrell removed the patch on Mrs. Snell's eye, finding more blood than at the time of surgery. A retrobulbar bleed had obviously occurred. Dr. Farrell found there to be pressure on the eye, although it was not too great and he did not accurately measure it until a month later. There was blood in the anterior chamber, which cleared rapidly, and blood in the vitreous chamber, which took some nine months to clear. When the vitreous chamber cleared Dr. Farrell was able to see for the first time that the optic nerve had

produit dans 1 à 3 pour 100 des cas, est l'hémorragie dans l'espace rétrooculaire causée par l'insertion de l'aiguille. Il n'y a aucun traitement pour une telle hémorragie si ce n'est de la laisser se résorber naturellement. Une telle hémorragie provoque normalement de la pression derrière le globe oculaire, ce qui peut entraîner une expulsion du contenu de l'œil lorsqu'une incision est effectuée sur la cornée pendant l'ablation de la cataracte. Les deux experts qui ont déposé au procès ont dit qu'en cas d'hémorragie rétrooculaire l'opération devrait être arrêtée. Ils ont également déposé qu'une incision dans l'œil réduirait l'effet de tampon créé par un globe oculaire intact, permettant à l'hémorragie rétrooculaire de s'écouler plus librement.

Les symptômes classiques d'une hémorragie rétrooculaire sont la rougeur des paupières à l'endroit où elles entrent en contact avec le globe oculaire et la fermeté de l'œil. Après avoir injecté l'anesthésiant dans l'espace rétrooculaire de l'œil, le D^r Farrell a remarqué une légère décoloration, de un à deux centimètres de diamètre, à l'endroit de la piqûre sous l'œil sur la surface de la peau. À l'interrogatoire préalable, il a dit qu'il s'agissait d'un très faible saignement rétrooculaire. Il a palpé l'œil et a conclu qu'il n'était pas ferme et qu'il n'y avait aucun autre signe d'hémorragie rétrooculaire. Après une attente de trente minutes, il a commencé l'intervention chirurgicale. L'opération s'est déroulée normalement. Le juge de première instance a admis le témoignage de M^{me} Snell selon lequel le D^r Farrell a dit à un autre médecin qui l'assistait qu'il devrait accélérer l'opération.

Après l'intervention, M^{me} Snell a ressenti une douleur atroce et a reçu des analgésiques. Ce soir-là, le D^r Farrell a retiré le pansement de l'œil de M^{me} Snell et a constaté qu'il y avait plus de sang qu'au moment de l'intervention. De toute évidence il y avait eu un saignement rétrooculaire. Le D^r Farrell a constaté qu'il y avait de la pression sur l'œil bien qu'elle n'ait pas été trop forte et il ne l'a pas mesurée avec précision avant qu'il ne s'écoule un mois. Il y avait du sang dans l'espace antérieur, qui s'est rapidement dissipé et du sang dans l'espace compris entre la rétine et la face postérieure du cristallin qui a pris environ neuf

atrophied, resulting in the loss of sight in Mrs. Snell's right eye.

Atrophy results from a loss of the optic nerve's blood supply. One possible cause is pressure due to retrobulbar haemorrhage. The plaintiff's expert, Dr. Samis, examined Mrs. Snell in 1985 (about 17 months after the operation) finding new blood vessel formation in the iris, which indicated that she had suffered a stroke in the back of the eye at some point. He could not identify what caused the stroke. He testified that a major cause of optic nerve atrophy is a stroke in the eye itself, which is most likely in a patient with cardiovascular disease, high blood pressure or diabetes. Mrs. Snell suffered from the latter two conditions, although only to the extent that they were controlled by diet rather than medication. Mrs. Snell also suffered from severe glaucoma, which over a long period can also cause optic nerve atrophy. The plaintiff's expert testified that it was unusual to have chronic glaucoma in just one eye, like Mrs. Snell, unless there has been an intervention of some type. The only intervention of which the expert was aware was the operation itself.

Neither expert was able to express with certainty an opinion as to what caused the atrophy in this case or when it occurred.

The respondent succeeded in an action against the appellant in the Court of Queen's Bench of New Brunswick, the trial judge finding that the appellant was liable in negligence: (1986), 77 N.B.R. (2d) 222. The appellant's appeal to the Court of Appeal of New Brunswick was dismissed: (1988), 84 N.B.R. (2d) 401.

mois à se résorber. Lorsque cet espace s'est dégagé, le Dr Farrell a été en mesure de constater pour la première fois l'atrophie du nerf optique qui a entraîné la perte de vision de l'œil droit de M^{me} Snell.

L'atrophie est due à une perte d'approvisionnement sanguin du nerf optique. Une cause possible est la pression due à l'hémorragie rétrooculaire. L'expert de la demanderesse, le Dr Samis, a examiné M^{me} Snell en 1985 (environ 17 mois après l'opération) et a constaté la formation de nouveaux vaisseaux sanguins dans l'iris, ce qui indiquait qu'elle avait subi un accident vasculaire en arrière de l'œil à un certain moment. Il ne pouvait pas identifier la cause de cet accident vasculaire. Il a déposé qu'une cause importante de l'atrophie du nerf optique est l'accident vasculaire dans l'œil lui-même, qui est plus susceptible de se produire chez un patient atteint de maladie cardiovasculaire, souffrant d'hypertension artérielle ou du diabète. Madame Snell souffrait de ces deux dernières maladies, bien que seulement dans une mesure se prêtant à contrôle par régime plutôt que par médicaments. Madame Snell souffrait également de glaucome grave, ce qui, à long terme, peut également causer une atrophie du nerf optique. L'expert de la demanderesse a déposé qu'il était inhabituel de souffrir de glaucome chronique dans un seul œil, comme M^{me} Snell, en l'absence d'un traumatisme quelconque. Le seul traumatisme dont l'expert était au courant était l'opération elle-même.

Aucun expert n'a été en mesure d'exprimer avec certitude une opinion sur la cause de l'atrophie dans ce cas ou sur le moment où elle s'est produite.

L'intimée a eu gain de cause dans une action intentée contre l'appelant devant la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, le juge de première instance concluant que l'appelant était responsable de négligence: (1986), 77 R.N.-B. (2^e) 222. L'appel de l'appelant interjeté devant la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a été rejeté: (1988), 84 R.N.-B. (2^e) 401.

Judgments*Court of Queen's Bench*

The respondent sued claiming in both negligence and battery. Considering his conclusion with respect to negligence, the trial judge did not make a finding with respect to battery.

The trial judge accepted the appellant's evidence that the respondent did not develop the hardening of the eye ordinarily associated with a retrobulbar bleed. He concluded, however, that the appellant had thought that there was a small retrobulbar bleed and that he would have to work quickly before it exerted pressure on the content of the eye. He remarked that the appellant's decision "went beyond a judgment call" and he accepted the evidence of the expert Dr. Samis that, where there is bleeding other than the obvious pinprick of the needle, the operation should be aborted as it is impossible to determine the location of the bleeding.

Turnbull J. was of the opinion that once the appellant had made the decision to proceed with the operation the onus shifted to him under the doctrine of *res ipsa loquitur*. In so concluding, he relied upon the decision of the Supreme Court of Canada in *Finlay v. Auld*, [1975] 1 S.C.R. 338. However, as the defendant could provide an explanation of the occurrence equally consistent with there being no negligence, the plaintiff could not succeed under this doctrine.

Although neither of the expert witnesses called by the parties could say whether the operation had caused the injury, the trial judge was satisfied that the facts of the case at bar brought it "within an emerging branch of the law of causation" whereby the onus to disprove causation shifts to the defendant in certain circumstances. In this regard, he relied on the decision of the House of Lords in *McGhee v. National Coal Board*, [1973] 1 W.L.R. 1. He concluded that the respondent had prima facie proved that the appellant's actions had caused her injury and that the appellant had not

Les jugements*Cour du Banc de la Reine*

^a L'intimée a intenté des poursuites fondées sur la négligence et les voies de fait. Compte tenu de sa conclusion relative à la négligence, le juge de première instance n'a pas rendu de décision relativement aux voies de fait.

^b Le juge de première instance a admis le témoignage de l'appellant selon lequel l'intimée n'avait pas démontré de durcissement de l'œil ordinairement associé à un saignement rétrooculaire. Toutefois, il a conclu que l'appellant avait pensé qu'il y avait un léger saignement rétrooculaire et qu'il devrait travailler rapidement avant que ne survienne une pression sur le contenu de l'œil. Il a fait remarquer que la décision de l'appellant «n'a pas tenu compte du bon sens» et il a accepté le témoignage de l'expert, le Dr Samis, selon lequel lorsqu'il y a un saignement autre que celui de la marque de piqûre de l'aiguille, l'intervention chirurgicale devrait être arrêtée car il est impossible de déterminer d'où provient le saignement.

^c Le juge Turnbull était d'avis que, lorsque l'appellant a pris la décision de poursuivre l'intervention chirurgicale, le principe *res ipsa loquitur* a eu pour effet de déplacer le fardeau de la preuve et de le lui imposer. Il a fondé cette conclusion sur l'arrêt de notre Cour *Finlay c. Auld*, [1975] 1 R.C.S. 338. Toutefois, étant donné que le défendeur pouvait donner de ce qui s'était produit une explication également compatible avec l'absence de négligence, la demanderesse ne pouvait avoir gain de cause en vertu de ce principe.

^d Bien qu'aucun des témoins experts cités par les parties n'ait pu dire si l'intervention chirurgicale avait causé le préjudice, le juge de première instance était convaincu que les faits de l'espèce l'inscrivaient «dans une nouvelle catégorie du droit relatif au lien de causalité» en vertu de laquelle le fardeau de réfuter la causalité incombe au défendeur dans certaines circonstances. À cet égard, il s'est fondé sur l'arrêt de la Chambre des lords *McGhee v. National Coal Board*, [1973] 1 W.L.R. 1. Il a conclu que l'intimée avait démontré à première vue que les actes de l'appellant avaient

satisfied the onus that had shifted to him. Therefore causation, and negligence, was made out.

Court of Appeal

In the opinion of the Court of Appeal, the evidence supported the trial judge's conclusion that the appellant recognized a small retrobulbar haemorrhage following his administration of the anaesthetic. Hoyt J.A. considered *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1987] 2 W.L.R. 425 (C.A.), and approved of the analysis of *McGhee, supra*, by Mustill L.J. According to Mustill L.J. if it is established that conduct of a certain kind materially adds to the risk of injury, if the defendant engages in such conduct in breach of a common law duty, and if the injury is the kind to which the conduct related, then the defendant is taken to have caused the injury even though the existence and extent of the contribution made by the breach cannot be ascertained. The Court of Appeal found that Turnbull J. was correct in applying the decision of the House of Lords in *McGhee*. The conduct of the appellant, in not aborting the operation, made it more likely that the respondent, to whom the appellant owed a duty, would lose the sight in her right eye.

The Issues

1. Is the burden of proof of causation in a medical malpractice case on the plaintiff and if so, how is it satisfied?
2. If the burden of proof of causation is on the plaintiff, did the trial judge infer causation in this case and if not, ought he to have done so?

Causation—Principles

Both the trial judge and the Court of Appeal relied on *McGhee*, which (subject to its re-interpretation in the House of Lords in *Wilsher*) purports to depart from traditional principles in the

causé ses blessures et que l'appelant ne s'était pas acquitté du fardeau de la preuve qui lui incombait. Par conséquent, l'existence du lien de causalité et de la négligence était établie.

Cour d'appel

De l'avis de la Cour d'appel, la preuve appuyait la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'appelant avait constaté une légère hémorragie rétrooculaire après l'injection de l'anesthésiant. Le juge Hoyt a examiné l'arrêt *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1987] 2 W.L.R. 425 (C.A.), et a approuvé l'analyse de l'arrêt *McGhee*, précité, qu'a faite le lord juge Mustill. Selon le lord juge Mustill, s'il est démontré qu'un certain genre de conduite augmente sensiblement le risque de préjudice, si le défendeur adopte une telle conduite contrairement à une obligation de common law et si le préjudice est du genre qui se rapporte à la conduite, alors le défendeur est réputé avoir causé le préjudice même s'il est impossible de vérifier l'existence et l'étendue de la contribution apportée par la violation. La Cour d'appel a conclu que le juge Turnbull avait eu raison d'appliquer l'arrêt *McGhee* de la Chambre des lords. La conduite de l'appelant, en ne mettant pas fin à l'intervention chirurgicale, a augmenté le risque que l'intimée, envers laquelle l'appelant avait une obligation, perde l'usage de son œil droit.

Les questions en litige

1. Le fardeau de prouver l'existence d'un lien de causalité dans une affaire de faute médicale incombe-t-il au demandeur et, dans l'affirmative, comment s'en acquitte-t-il?
2. Si le fardeau de prouver l'existence d'un lien de causalité incombe au demandeur, le juge de première instance a-t-il conclu à l'existence d'un lien de causalité en l'espèce et, dans la négative, aurait-il dû le faire?

La causalité—Les principes

Le juge de première instance et la Cour d'appel se sont fondés sur l'arrêt *McGhee* qui (sous réserve d'une nouvelle interprétation de la Chambre des lords dans l'arrêt *Wilsher*) paraît s'écarter des

law of torts that the plaintiff must prove on a balance of probabilities that, but for the tortious conduct of the defendant, the plaintiff would not have sustained the injury complained of. In view of the fact that *McGhee* has been applied by a number of courts in Canada to reverse the ordinary burden of proof with respect to causation, it is important to examine recent developments in the law relating to causation and to determine whether a departure from well-established principles is necessary for the resolution of this appeal.

The traditional approach to causation has come under attack in a number of cases in which there is concern that due to the complexities of proof, the probable victim of tortious conduct will be deprived of relief. This concern is strongest in circumstances in which, on the basis of some percentage of statistical probability, the plaintiff is the likely victim of the combined tortious conduct of a number of defendants, but cannot prove causation against a specific defendant or defendants on the basis of particularized evidence in accordance with traditional principles. The challenge to the traditional approach has manifested itself in cases dealing with non-traumatic injuries such as man-made diseases resulting from the widespread diffusion of chemical products, including product liability cases in which a product which can cause injury is widely manufactured and marketed by a large number of corporations. The developments in this area are admirably surveyed by Professor John G. Fleming in "Probabilistic Causation in Tort Law" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 661. Except for the United States, this challenge has had little impact in the common law jurisdictions. Even in the United States, its effect has been sporadic. In the area referred to above, courts in some states have experimented with a theory of probability which requires proof on the basis of probability at less than 51 percent, and apportionment of liability among defendant manufacturers of the product in

principes traditionnels du droit en matière de responsabilité civile délictuelle, selon lesquels le demandeur doit démontrer d'après une prépondérance des probabilités que, n'eût été la conduite délictueuse du défendeur, le demandeur n'aurait pas subi le préjudice reproché. Compte tenu du fait que l'arrêt *McGhee* a été appliqué par un certain nombre de tribunaux au Canada pour renverser le fardeau de la preuve ordinaire en matière de causalité, il est important d'examiner l'évolution récente du droit en matière de causalité et de déterminer s'il est nécessaire de s'écarter des principes bien établis pour résoudre le présent pourvoi.

La position traditionnelle en matière de causalité a été contestée dans un certain nombre d'affaires dans lesquelles on s'inquiète de ce qu'en raison de la complexité de la preuve la victime probable de la conduite délictueuse sera privée de réparation. Cette inquiétude est plus forte dans les circonstances où, selon un certain pourcentage de probabilités statistiques, le demandeur est la victime probable de la conduite délictueuse conjuguée d'un certain nombre de défendeurs, mais ne peut démontrer l'existence d'un lien de causalité à l'égard d'un seul ou de plusieurs défendeurs en particulier à partir d'éléments de preuve particularisés conformément aux principes traditionnels. La contestation de la position traditionnelle s'est manifestée dans des affaires portant sur des préjudices non traumatiques comme des maladies industrielles résultant de la diffusion généralisée de produits chimiques, y compris les affaires de responsabilité du fabricant de produits dans lesquelles un produit qui peut causer un préjudice est largement manufacturé et distribué par un grand nombre de sociétés. L'évolution dans ce domaine fait l'objet d'une étude remarquable par le professeur John G. Fleming dans «Probabilistic Causation in Tort Law» (1989), 68 *R. du B. can.* 661. Sauf en ce qui concerne les États-Unis, cette contestation a eu peu d'effet dans les ressorts de common law. Même aux États-Unis, son effet a été sporadique. Dans le domaine mentionné précédemment, les tribunaux de certains États ont mis à l'essai une théorie de la probabilité qui exige une preuve fondée sur la probabilité à moins de 51 pour 100 et une répartition de la responsabilité parmi les défendeurs fabricants du produit en

question on the basis of market share. See Fleming, *op. cit.*; *Sindell v. Abbott Laboratories*, 607 P.2d 924 (Cal. 1980).

Although, to date, these developments have had little impact in other common law countries, it has long been recognized that the allocation of the burden of proof is not immutable. The legal or ultimate burden of proof is determined by the substantive law "upon broad reasons of experience and fairness": 9 *Wigmore on Evidence*, § 2486, at p. 292. In a civil case, the two broad principles are:

1. that the onus is on the party who asserts a proposition, usually the plaintiff;
2. that where the subject matter of the allegation lies particularly within the knowledge of one party, that party may be required to prove it.

This Court has not hesitated to alter the incidence of the ultimate burden of proof when the underlying rationale for its allocation is absent in a particular case: see *National Trust Co. v. Wong Aviation Ltd.*, [1969] S.C.R. 481. This flexibility extends to the issue of causation. In *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830, the plaintiff was struck by a bullet fired from the gun of one of his two companions. The evidence supported the theory that they fired simultaneously in the plaintiff's direction when they knew his location. The plaintiff could not prove which shot struck him and therefore on traditional rules, he would fail. The basic premises referred to above did not make good legal sense in this instance. Both defendants were negligent and each asserted that his negligence did not cause the injury. Since the plaintiff could establish that one of them caused the injury, why should not the defendants be required to exculpate themselves by proving their assertions, and failing that, be held equally liable? Applying the reasoning in *Summers v. Tice* (1948), 5 A.L.R. (2d) 91, this

question en fonction de leur part du marché. Voir Fleming, *op. cit.*; *Sindell v. Abbott Laboratories*, 607 P.2d 924 (Cal. 1980).

Bien que jusqu'à maintenant cette évolution ait eu peu d'effet dans d'autres pays de common law, il est reconnu depuis longtemps que l'attribution du fardeau de la preuve n'est pas immuable. Le fardeau ultime de la preuve est déterminé par le droit positif [TRADUCTION] «en fonction de motifs généraux d'expérience et d'équité»: 9 *Wigmore on Evidence*, § 2486, à la p. 292. En matière civile, les deux principes généraux sont les suivants:

1. le fardeau incombe à la partie qui fait valoir un argument, habituellement le demandeur;
2. lorsqu'une partie possède une connaissance particulière de l'objet de l'allégation, celle-ci peut être tenue d'en faire la preuve.

Notre Cour n'a pas hésité à modifier l'attribution du fardeau ultime de la preuve en cas d'absence de motifs sous-jacents à son attribution dans un cas particulier: voir *National Trust Co. v. Wong Aviation Ltd.*, [1969] R.C.S. 481. Cette souplesse s'applique à la question de la causalité. Dans l'arrêt *Cook v. Lewis*, [1951] R.C.S. 830, le demandeur a été atteint par une balle provenant de l'arme de l'un de ses deux compagnons. La preuve appuyait la théorie selon laquelle ils avaient fait feu en même temps dans la direction du demandeur lorsqu'ils ont su où il se trouvait. Le demandeur n'a pas pu démontrer de quelle arme provenait la balle qui l'avait atteint et, par conséquent, selon les règles traditionnelles il n'aurait pas eu gain de cause. Les prémisses fondamentales mentionnées précédemment n'avaient pas juridiquement de bon sens dans cette affaire. Les deux défendeurs avaient été négligents et chacun affirmait que sa négligence n'avait pas causé de blessure. Étant donné que le demandeur pouvait démontrer que l'un d'eux avait causé la blessure, pourquoi les défendeurs ne seraient-ils pas tenus de se disculper eux-mêmes en prouvant leurs affirmations, à défaut de quoi, ils seraient tenus également responsables? Appliquant le raisonnement de l'arrêt *Summers v. Tice* (1948), 5 A.L.R. (2d) 91, notre Cour a conclu que si on ne pouvait détermi-

Court concluded that if it could not be determined which defendant fired the shot that struck the plaintiff, both defendants must be found liable.

Proof of causation in medical malpractice cases is often difficult for the patient. The physician is usually in a better position to know the cause of the injury than the patient. On the basis of the second basic principle referred to above, there is an argument that the burden of proof should be allocated to the defendant. In some jurisdictions, this has occurred to an extent by operation of the principle of *res ipsa loquitur*: *Cross on Evidence* (6th ed. 1985), at p. 138. In Canada, the rule has been generally regarded as a piece of circumstantial evidence which does not shift the burden of proof: see *Interlake Tissue Mills Co. v. Salmon and Beckett*, [1949] 1 D.L.R. 207 (Ont. C.A.); *Cudney v. Clements Motor Sales Ltd.*, [1969] 2 O.R. 209 (C.A.); *Kirk v. McLaughlin Coal & Supplies Ltd.*, [1968] 1 O.R. 311 (C.A.); *Jackson v. Millar* (1972), 31 D.L.R. (3d) 263 (Ont. C.A.). As the rule was properly held not to be applicable in this case and no argument was directed to this issue, I will refrain from commenting further upon it.

This brings me to the *McGhee* case and its influence on subsequent cases, particularly in the medical malpractice field. The appellant contracted dermatitis while employed as a labourer emptying pipe kilns. This work exposed him to clouds of abrasive dust. His employer provided no washing facilities with the result that the appellant would ride home on his bicycle caked with grime and sweat. He sued his employer, the respondent, for negligence. The medical evidence showed that the dermatitis was caused by the working conditions and that the longer the exposure to dust, the greater the chance of developing dermatitis. The medical evidence could not attribute the dermatitis to the additional exposure after work. The appellant's expert could not say that if washing facilities had been provided, the appellant would not have contracted the disease. A breach of duty was found with respect to the failure to provide washing facilities but not with respect to the conditions

ner quel défendeur avait tiré le coup de feu qui avait atteint le demandeur, les deux défendeurs devaient être déclarés responsables.

^a Il est souvent difficile pour le patient de faire la preuve d'un lien de causalité dans les cas de faute médicale. Le médecin est habituellement mieux placé que le patient pour connaître la cause du préjudice. D'après le second principe fondamental mentionné précédemment, il y a un argument selon lequel le fardeau de la preuve devrait incomber au défendeur. Dans certains ressorts, cela s'est produit dans une certaine mesure par l'application du principe *res ipsa loquitur*: *Cross on Evidence* (6^e éd. 1985), à la p. 138. Au Canada, la règle a généralement été considérée comme un élément de preuve circonstancielle qui n'a pas pour effet de déplacer le fardeau de la preuve: voir *Interlake Tissue Mills Co. v. Salmon and Beckett*, [1949] 1 D.L.R. 207 (C.A. Ont.); *Cudney v. Clements Motor Sales Ltd.*, [1969] 2 O.R. 209 (C.A.); *Kirk v. McLaughlin Coal & Supplies Ltd.*, [1968] 1 O.R. 311 (C.A.); *Jackson v. Millar* (1972), 31 D.L.R. (3d) 263 (C.A. Ont.). Étant donné qu'on a jugé, à bon droit, que la règle ne s'appliquait pas en l'espèce et qu'aucun argument n'a été présenté à cet égard, je m'abstiendrai de faire d'autres remarques à ce sujet.

^f Cela m'amène à examiner l'arrêt *McGhee* et son influence sur la jurisprudence subséquente, particulièrement dans le domaine de la faute médicale. L'appelant a contracté une dermatite lorsqu'il était préposé au vidage de fours tubulaires. Ce travail l'exposait à des nuages de poussière abrasive. Son employeur ne fournissait aucune installation où il aurait pu se laver, ce qui avait pour conséquence que l'appelant devait se rendre chez lui à bicyclette couvert de saleté et de sueur. Il a poursuivi son employeur, l'intimé, pour négligence. La preuve médicale indiquait que la dermatite avait été causée par les conditions de travail et que plus la période d'exposition à la poussière était longue plus le risque de dermatite était élevé. La preuve médicale ne pouvait pas démontrer que la dermatite avait été causée parce qu'il était encore couvert de poussière après le travail. L'expert de l'appelant n'a pas pu dire que, si des installations de nettoyage avaient été fournies, l'appelant n'au-

under which the kilns were operated. The Lord Ordinary dismissed the action on the ground that it had not been shown that the breach of duty caused or contributed to the injury. An appeal to the First Division of the Court of Session failed but an appeal was allowed by the House of Lords.

Of the five speeches in the House of Lords, only Lord Wilberforce advocated a reversal of the burden of proof. He did so in the following passage which has been the basis of decisions in a number of cases both in Canada and in Britain. He states at p. 6:

First, it is a sound principle that where a person has, by breach of a duty of care, created a risk, and injury occurs within the area of that risk, the loss should be borne by him unless he shows that it had some other cause.

He added at p. 7:

And I must say that, at least in the present case, to bridge the evidential gap by inference seems to me something of a fiction, since it was precisely this inference which the medical expert declined to make.

Two theories of causation emerge from an analysis of the speeches of the Lords in this case. The first, firmly espoused by Lord Wilberforce, is that the plaintiff need only prove that the defendant created a risk of harm and that the injury occurred within the area of the risk. The second is that in these circumstances, an inference of causation was warranted in that there is no practical difference between materially contributing to the risk of harm and materially contributing to the harm itself.

The speeches were subjected to a careful examination and interpretation in *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1988] 2 W.L.R. 557, by Lord Bridge when some fifteen years later, the House of Lords revisited the issue. The plaintiff claimed damages from the defendant health authority for negligence in medical treatment which resulted in

rait pas contracté la maladie. On a conclu qu'il y avait manquement à une obligation relativement au défaut de fournir des installations de nettoyage mais pas en ce qui a trait aux conditions d'exploitation des fours. Le lord juge a rejeté l'action pour le motif qu'on n'avait pas démontré que le manquement à l'obligation avait causé le préjudice ou y avait contribué. L'appel à la première division de la Court of Session a été rejeté, mais un appel a été accueilli par la Chambre des lords.

Des cinq allocutions en Chambre des lords, seul lord Wilberforce a soutenu qu'il y avait renversement du fardeau de la preuve. Il l'a fait dans le passage suivant qui a constitué le fondement d'un grand nombre de décisions au Canada et en Angleterre. Voici ce qu'il affirme, à la p. 6:

[TRADUCTION] Premièrement, il est juste que si une personne, en manquant à son devoir de prudence, crée un risque, et qu'un préjudice survient dans l'aire du risque, elle en assume la responsabilité, à moins qu'elle puisse prouver que le préjudice résulte d'une autre cause.

Il ajoute, à la p. 7:

[TRADUCTION] Et du moins en l'espèce, je dois dire que la possibilité de combler la lacune de preuve par déduction me semble tenir de la fiction puisque c'est précisément cette déduction que les experts médicaux refusent de faire.

Deux théories de la causalité ressortent de l'analyse des allocutions des lords dans cette affaire. La première, qui est fermement endossée par lord Wilberforce, porte que le demandeur n'a qu'à démontrer que le défendeur a créé un risque de préjudice et que le préjudice est survenu dans l'aire du risque. La seconde porte que, dans ces circonstances, il est possible de déduire l'existence du lien de causalité parce qu'il n'y a aucune différence pratique entre contribuer physiquement au risque de préjudice et contribuer physiquement au préjudice lui-même.

Les allocutions ont été examinées et interprétées avec soin par lord Bridge dans l'arrêt *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1988] 2 W.L.R. 557, quand, une quinzaine d'années plus tard, la Chambre des lords a examiné de nouveau la question. Le demandeur réclamait des dommages-intérêts contre les autorités sanitaires défenderesses

a condition of the eyes leading to blindness. A likely cause of the condition but not a definite one, in the opinion of medical experts, was too much oxygen. The plaintiff proved that for a period of time he was supersaturated with oxygen. A number of different factors other than excessive oxygen could have caused or contributed to the injury. The expert evidence was conflicting. The trial judge applied *McGhee* and held the defendant liable since it had failed to prove that the plaintiff's condition had not resulted from its negligence. The Court of Appeal dismissed the appeal by a majority judgment with the Vice-Chancellor dissenting. The House of Lords allowed the appeal and directed a new trial. Lord Bridge, delivering the unanimous judgment of the court, reaffirmed the principle that the burden of proving causation rested on the plaintiff. Since the trial judge had not made the relevant finding of fact to sort out the conflicting evidence, a new trial was directed on this basis. Lord Bridge interpreted *McGhee* as espousing no new principle. Instead, *McGhee* was explained as promoting a robust and pragmatic approach to the facts to enable an inference of negligence to be drawn even though medical or scientific expertise cannot arrive at a definitive conclusion. In the course of his reasons, Lord Bridge stated at p. 569:

The conclusion I draw from these passages is that *McGhee v. National Coal Board* [1973] 1 W.L.R. 1 laid down no new principle of law whatever. On the contrary, it affirmed the principle that the onus of proving causation lies on the pursuer or plaintiff. Adopting a robust and pragmatic approach to the undisputed primary facts of the case, the majority concluded that it was a legitimate inference of fact that the defenders' negligence had materially contributed to the pursuer's injury. The decision, in my opinion, is of no greater significance than that and to attempt to extract from it some esoteric principle which in some way modifies, as a matter of law, the nature of the burden of proof of causation

pour négligence dans un traitement médical à l'origine d'un état des yeux ayant entraîné la cécité. De l'avis des experts médicaux, l'état en question avait vraisemblablement été causé par une trop grande quantité d'oxygène, mais ce n'était pas certain. Le demandeur a démontré que pendant une certaine période, il a été sursaturé d'oxygène. Un certain nombre de facteurs autres que l'excès d'oxygène auraient pu causer le préjudice ou y contribuer. Les témoignages des experts étaient contradictoires. Le juge de première instance a appliqué l'arrêt *McGhee* et a conclu que la défenderesse était responsable étant donné qu'elle n'avait pas démontré que l'état du demandeur n'avait pas résulté de sa négligence. La Cour d'appel a rejeté l'appel à la majorité, le vice-chancelier étant dissident. La Chambre des lords a accueilli l'appel et a ordonné un nouveau procès. Lord Bridge, qui a rendu le jugement unanime de la cour, a réaffirmé le principe selon lequel le fardeau de prouver l'existence du lien de causalité incombe au demandeur. Étant donné que le juge de première instance n'avait pas tiré la conclusion de fait pertinente pour éliminer les éléments de preuve contradictoires, un nouveau procès a été ordonné pour ce motif. Selon l'interprétation de lord Bridge, l'arrêt *McGhee* ne dégagait aucun nouveau principe. Plutôt, a-t-il expliqué, l'arrêt *McGhee* préconisait une façon décisive et pragmatique d'aborder les faits pour pouvoir déduire qu'il y a eu négligence même si l'expertise médicale ou scientifique ne peut arriver à une conclusion définitive. Dans ses motifs, lord Bridge affirme, à la p. 569:

[TRADUCTION] La conclusion que je tire de ces passages est qu'il ne se dégage aucun nouveau principe de droit de l'arrêt *McGhee v. National Coal Board*, [1973] 1 W.L.R. 1. Au contraire, il a confirmé le principe selon lequel le fardeau de prouver l'existence du lien de causalité incombe au poursuivant ou au demandeur. En adoptant une façon décisive et pragmatique d'aborder les faits principaux non contestés, la majorité a conclu qu'il s'agissait d'une conclusion de fait légitime que la négligence des défendeurs avait contribué sensiblement au préjudice du poursuivant. À mon avis, la décision n'a pas une plus grande signification et il est inutile de tenter d'en extraire un principe ésotérique qui d'une certaine manière modifie, en droit, la nature du fardeau de prouver l'existence du lien de causalité dont un deman-

which a plaintiff or pursuer must discharge once he has established a relevant breach of duty is a fruitless one.

Earlier, at p. 567, he stated:

But where the layman is told by the doctors that the longer the brick dust remains on the body, the greater the risk of dermatitis, although the doctors cannot identify the process of causation scientifically, there seems to be nothing irrational in drawing the inference, as a matter of common sense, that the consecutive periods when brick dust remained on the body probably contributed cumulatively to the causation of the dermatitis. I believe that a process of inferential reasoning on these general lines underlies the decision of the majority in *McGhee's* case.

Lord Bridge concluded with a caution at p. 571:

But, whether we like it or not, the law, which only Parliament can change, requires proof of fault causing damage as the basis of liability in tort. We should do society nothing but disservice if we made the forensic process still more unpredictable and hazardous by distorting the law to accommodate the exigencies of what may seem hard cases.

Canadian cases decided after *McGhee* but before *Wilsher* tended to follow *McGhee* by adopting either the reversal of onus or the inference interpretation. Which interpretation was adopted made no practical difference because even when the latter approach was applied, the creation of the risk by the defendant's breach of duty was deemed to have established a prima facie case, thus shifting the onus to the defendant. *Powell v. Guttman* (1978), 89 D.L.R. (3d) 180 (Man. C.A.) and *Letnick v. Toronto (Municipality of Metropolitan)*, [1988] 2 F.C. 399 (C.A.), applied the reversal of proof theory. In *Dalpe v. City of Edmondston* (1979), 25 N.B.R. (2d) 102 (S.C., App. Div.), the New Brunswick Court of Appeal, in a flooding case in which negligence was alleged against a municipal authority, held that in circumstances in which a risk of the type of harm which in fact occurred had been created, causation should be inferred in the absence of evidence to the contrary on the part of the defendant. In *Newsco Well Service Ltd. v. Canadian Propane Gas & Oil Ltd.* (1981), 122 D.L.R. (3d) 228 (Sask. C.A.), the Saskatchewan Court of Appeal applied *McGhee*

deur ou un poursuivant doit s'acquitter lorsqu'il a établi un manquement pertinent à une obligation.

Précédemment, il avait dit, à la p. 567:

[TRADUCTION] Mais lorsque les médecins disent au profane que plus la poussière de brique demeure sur le corps, plus le risque de dermatite est grand, même si les médecins ne peuvent identifier le processus de la causalité de manière scientifique, il ne semble pas irrationnel de déduire que, selon bon sens, les périodes consécutives pendant lesquelles la poussière de brique est demeurée sur le corps ont probablement contribué de façon cumulative à causer la dermatite. Je suis d'avis que la décision de la majorité dans l'affaire *McGhee* est fondée sur un raisonnement par inférence qui suit ces lignes générales.

Lord Bridge conclut, à la p. 571, par une mise en garde:

[TRADUCTION] Toutefois, que nous soyons de cet avis ou non, le droit, que seul le législateur peut modifier, exige la preuve d'une faute causant des dommages comme fondement de la responsabilité civile. Ce ne serait pas rendre service à la société de rendre le processus médico-légal encore plus imprévisible et aléatoire en déformant le droit pour répondre aux exigences de ce qui peut sembler être des affaires difficiles.

La jurisprudence canadienne postérieure à l'arrêt *McGhee* mais antérieure à l'arrêt *Wilsher* a eu tendance à suivre l'arrêt *McGhee* par l'adoption soit du renversement du fardeau de la preuve soit de l'interprétation par inférence. Peu importe l'interprétation adoptée, cela ne faisait aucune différence pratique puisque, même lorsque la dernière méthode était appliquée, la création du risque par le manquement du défendeur à l'obligation était réputée avoir engendré une preuve suffisante à première vue, déplaçant ainsi le fardeau de la preuve et l'imposant au défendeur. Les arrêts *Powell v. Guttman* (1978), 89 D.L.R. (3d) 180 (C.A. Man.), et *Letnick c. Toronto (Municipalité de la communauté urbaine)*, [1988] 2 C.F. 399 (C.A.), ont appliqué la théorie du renversement de la preuve. Dans l'arrêt *Dalpe v. City of Edmondston* (1979), 25 N.B.R. (2d) 102 (C.S., div. d'app.), une affaire d'inondation où une allégation de négligence était dirigée contre une municipalité, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a conclu que dans des circonstances où avait été créé un risque de préjudice du genre de celui qui avait effectivement été causé, ou devait inférer le lien de causa-

on the basis that proof that the breach of duty which gave rise to the risk "is *prima facie* proof that the fire was caused by the escape of propane gas" (p. 248).

Decisions in Canada after *Wilsher* accept its interpretation of *McGhee*. In the circumstances in which *McGhee* had been previously interpreted to support a reversal of the burden of proof, an inference was now permissible to find causation, notwithstanding that causation was not proved by positive evidence: see *Rendall v. Ewert* (1989), 38 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.); *Kitchen v. McMullen* (1989), 100 N.B.R. (2d) 91 (C.A.); *Westco Storage Ltd. v. Inter-City Gas Utilities Ltd.*, [1989] 4 W.W.R. 289 (Man. C.A.); and *Haag v. Marshall*, [1990] 1 W.W.R. 361 (B.C.C.A.).

The question that this Court must decide is whether the traditional approach to causation is no longer satisfactory in that plaintiffs in malpractice cases are being deprived of compensation because they cannot prove causation where it in fact exists.

Causation is an expression of the relationship that must be found to exist between the tortious act of the wrongdoer and the injury to the victim in order to justify compensation of the latter out of the pocket of the former. Is the requirement that the plaintiff prove that the defendant's tortious conduct caused or contributed to the plaintiff's injury too onerous? Is some lesser relationship sufficient to justify compensation? I have examined the alternatives arising out of the *McGhee* case. They were that the plaintiff simply prove that the defendant created a risk that the injury which occurred would occur. Or, what amounts to the same thing, that the defendant has the burden of disproving causation. If I were convinced that defendants who have a substantial connection to

lité en l'absence de preuve contraire présentée par le défendeur. Dans l'arrêt *Newsco Well Service Ltd. v. Canadian Propane Gas & Oil Ltd.* (1981), 122 D.L.R. (3d) 228 (C.A. Sask.), la Cour d'appel de la Saskatchewan a appliqué l'arrêt *McGhee* dans le sens que la preuve du manquement à l'obligation qui a créé le risque [TRADUCTION] «est une preuve suffisante à première vue que l'incendie a été causé par une fuite de gaz propane» (à la p. 248).

Au Canada, les décisions postérieures à l'arrêt *Wilsher* acceptent son interprétation de l'arrêt *McGhee*. Dans les situations où l'arrêt *McGhee* avait déjà été interprété pour justifier un renversement du fardeau de la preuve, une inférence était maintenant permise pour établir l'existence du lien de causalité, même si l'existence de ce lien n'était pas démontrée par une preuve positive: voir *Rendall v. Ewert* (1989), 38 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.), *Kitchen v. McMullen* (1989), 100 R.N.-B. (2^e) 91 (C.A.), *Westco Storage Ltd. v. Inter-City Gas Utilities Ltd.*, [1989] 4 W.W.R. 289 (C.A. Man.), et *Haag v. Marshall*, [1990] 1 W.W.R. 361 (C.A.C.-B.).

La question que notre Cour doit trancher est de savoir si la façon traditionnelle d'aborder la causalité n'est plus satisfaisante du fait que les demandeurs dans les affaires de faute professionnelle sont privés d'indemnisation parce qu'ils sont incapables de démontrer l'existence du lien de causalité lorsqu'il existe effectivement.

La causalité est une expression du rapport qui doit être constaté entre l'acte délictueux et le préjudice subi par la victime pour justifier l'indemnisation de celle-ci par l'auteur de l'acte délictueux. L'exigence que le demandeur démontre que la conduite délictueuse du défendeur a causé le préjudice du demandeur ou y a contribué est-elle trop onéreuse? Un rapport moins important est-il suffisant pour justifier une indemnisation? J'ai examiné les possibilités qui découlent de l'arrêt *McGhee*. Le demandeur devait simplement démontrer que le défendeur avait créé un risque que le préjudice qui s'est produit se produise. Ou, ce qui revient au même, le défendeur avait le fardeau de réfuter l'existence du lien de causalité. Si j'étais convaincu que des défendeurs qui ont un

the injury were escaping liability because plaintiffs cannot prove causation under currently applied principles, I would not hesitate to adopt one of these alternatives. In my opinion, however, properly applied, the principles relating to causation are adequate to the task. Adoption of either of the proposed alternatives would have the effect of compensating plaintiffs where a substantial connection between the injury and the defendant's conduct is absent. Reversing the burden of proof may be justified where two defendants negligently fire in the direction of the plaintiff and then by their tortious conduct destroy the means of proof at his disposal. In such a case it is clear that the injury was not caused by neutral conduct. It is quite a different matter to compensate a plaintiff by reversing the burden of proof for an injury that may very well be due to factors unconnected to the defendant and not the fault of anyone.

The experience in the United States tells us that liberalization of rules for recovery in malpractice suits contributed to the medical malpractice crisis of the 1970's: See Glen O. Robinson, "The Medical Malpractice Crisis of the 1970's: A Retrospective", 49 *Law & Contemp. Probs.*, Spring 1986, p. 5, at p. 18. Insurance premiums in some states increased up to 500 percent. Some major commercial insurers withdrew from the market entirely, creating serious problems of availability of insurance. See James R. Posner, "Trends in Medical Malpractice Insurance, 1970-1985", 49 *Law & Contemp. Probs.*, Spring 1986, p. 37, at p. 38.

In Britain, proposals to reverse the burden of proof in malpractice cases which gained momentum by virtue of the *McGhee* case were not adopted. In 1978, the Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury (Pearson Report, vol. I) reported as follows at p. 285:

lien important avec le préjudice subi échappaient à toute responsabilité parce que les demandeurs sont dans l'impossibilité de démontrer l'existence du lien de causalité en vertu des principes qui sont actuellement appliqués, je n'hésiterais pas à adopter une de ces solutions. Toutefois, j'estime que, s'ils sont bien appliqués, les principes relatifs à la causalité fonctionnent adéquatement. L'adoption de l'une ou l'autre des solutions proposées aurait pour effet d'indemniser le demandeur en l'absence d'un rapport important entre le préjudice subi et la conduite du défendeur. Le renversement du fardeau de la preuve peut être justifié lorsque deux défendeurs ont, par négligence, fait feu dans la direction du demandeur et lorsque leur conduite délictueuse élimine ensuite les moyens de preuve dont il dispose. Dans un tel cas, il est clair que le préjudice n'a pas été causé par une conduite neutre. Il en va tout à fait différemment pour ce qui est d'indemniser un demandeur par le renversement du fardeau de la preuve en ce qui a trait à un préjudice qui peut très bien découler de facteurs qui ne sont pas reliés au défendeur et qui ne résultent de la faute de personne.

L'expérience aux États-Unis nous révèle que la libéralisation des règles en matière de recouvrement dans le cas de poursuites en matière de faute professionnelle a entraîné la crise de la faute médicale des années 1970: voir Glen O. Robinson, «The Medical Malpractice Crisis of the 1970's: A Retrospective», 49 *Law & Contemp. Probs.*, Spring 1986, p. 5, à la p. 18. Les primes d'assurance dans certains États ont augmenté jusqu'à 500 pour 100. Certains assureurs commerciaux importants se sont entièrement retirés du marché, créant de graves problèmes de disponibilité en matière d'assurance. Voir James R. Posner, «Trends in Medical Malpractice Insurance, 1970-1985», 49 *Law & Contemp. Probs.*, Spring 1986, p. 37, à la p. 38.

En Grande-Bretagne, les propositions pour renverser le fardeau de la preuve dans les cas de faute professionnelle qui ont connu un effet d'entraînement en vertu de l'arrêt *McGhee* n'ont pas été adoptées. En 1978, la Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury (le rapport Pearson, vol. I) a présenté le rapport suivant, à la p. 285:

Some witnesses suggested that, if the burden of proof were reversed, the patient's difficulties in obtaining and presenting his evidence would be largely overcome. It was said that doctors were in a better position to prove absence of negligence than patients were to establish liability. At the Council of Europe colloquy, however, although it was agreed that the patient was at a disadvantage when he sought to establish a claim, serious doubts were expressed on the desirability of making a radical change in the burden of proof. We share these doubts. We think that there might well be a large increase in claims, and although many would be groundless, each one would have to be investigated and answered. The result would almost certainly be an increase in defensive medicine.

The *Wilsher* decision in the House of Lords which followed ensured that the common law did not undermine this recommendation.

I am of the opinion that the dissatisfaction with the traditional approach to causation stems to a large extent from its too rigid application by the courts in many cases. Causation need not be determined by scientific precision. It is, as stated by Lord Salmon in *Alphacell Ltd. v. Woodward*, [1972] 2 All E.R. 475, at p. 490:

... essentially a practical question of fact which can best be answered by ordinary common sense rather than abstract metaphysical theory.

Furthermore, as I observed earlier, the allocation of the burden of proof is not immutable. Both the burden and the standard of proof are flexible concepts. In *Blatch v. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969, Lord Mansfield stated at p. 970:

It is certainly a maxim that all evidence is to be weighed according to the proof which it was in the power of one side to have produced, and in the power of the other to have contradicted.

In many malpractice cases, the facts lie particularly within the knowledge of the defendant. In these circumstances, very little affirmative evidence on the part of the plaintiff will justify the

[TRADUCTION] Certains témoins disent que, si il y avait renversement du fardeau de la preuve, les problèmes qu'ont les patients à obtenir des éléments de preuve et à les présenter seraient pour la plupart résolus. On a dit que les médecins étaient mieux placés pour démontrer l'absence de négligence que les patients l'étaient pour établir la responsabilité. Toutefois, au colloque du Conseil de l'Europe, bien qu'on ait reconnu que le patient était désavantagé lorsqu'il cherchait à prouver une réclamation, des doutes sérieux ont été exprimés sur le caractère souhaitable d'une modification radicale du fardeau de la preuve. Nous partageons ces doutes. Nous pensons qu'il pourrait très bien y avoir une augmentation importante des réclamations et, même si un grand nombre n'étaient pas fondées, chacune devrait être examinée et être traitée. Il en résulterait presque certainement une augmentation de la médecine défensive.

L'arrêt *Wilsher* de la Chambre des lords qui a suivi a fait en sorte que la common law ne mine pas cette recommandation.

Je suis d'avis que le mécontentement à l'égard de la façon traditionnelle d'aborder la causalité dépend dans une large mesure de son application trop rigide par les tribunaux dans un grand nombre d'affaires. La causalité n'a pas à être déterminée avec une précision scientifique. C'est, comme l'a dit lord Salmon dans l'arrêt *Alphacell Ltd. v. Woodward*, [1972] 2 All E.R. 475, à la p. 490:

[TRADUCTION] ... essentiellement une question de fait pratique à laquelle on peut mieux répondre par le bon sens ordinaire plutôt que par une théorie métaphysique abstraite.

En outre, comme je l'ai fait observer précédemment, l'attribution du fardeau de la preuve n'est pas immuable. Le fardeau et la norme de preuve sont des concepts souples. Dans l'arrêt *Blatch v. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969, lord Mansfield affirme, à la p. 970:

[TRADUCTION] Il s'agit certainement d'une maxime selon laquelle tout élément de preuve doit être apprécié en fonction de la preuve qu'une partie avait le pouvoir de produire et que la partie adverse avait le pouvoir de contredire.

Dans un grand nombre d'affaires en matière de faute professionnelle, le défendeur possède une connaissance particulière des faits. Dans ces circonstances, il suffit de très peu d'éléments de

drawing of an inference of causation in the absence of evidence to the contrary. This has been expressed in terms of shifting the burden of proof. In *Cummings v. City of Vancouver* (1911), 1 W.W.R. 31 (B.C.C.A.), Irving J.A. stated at p. 34:

Stephens [*sic*] in his Digest (Evidence Act, 1896) says: "In considering the amount of evidence necessary to shift the burden of proof, the Court has regard to the opportunities of knowledge with respect to the fact to be proved, which may be possessed by the parties respectively."

Hollis v. Young (1909) 1 K.B., 629, illustrates the rule that very little affirmative evidence will be sufficient where the facts lie almost entirely within the knowledge of the other side.

In *Dunlop Holdings Ltd.'s Application*, [1979] R.P.C. 523 (C.A.), Buckley L.J. affirmed this principle in the following terms at p. 544:

Where the relevant facts are peculiarly within the knowledge of one party, it is perhaps relevant to have in mind the rule as stated in Stephen's Digest, which is cited at page 86 of Cross on Evidence [3rd ed.]:

"In considering the amount of evidence necessary to shift the burden of proof, the court has regard to the opportunities of knowledge with respect to the facts to be proved which may be possessed by the parties respectively".

"This does not mean", Sir Rupert continues, "that the peculiar means of knowledge of one of the parties relieves the other of the burden of adducing some evidence with regard to the facts in question, although very slight evidence will often suffice". [Emphasis added.]

See also *Diamond v. British Columbia Thoroughbred Breeders' Society* (1965), 52 D.L.R. (2d) 146 (B.C.S.C.), at p. 158; *Pleet v. Canadian Northern Quebec R. Co.* (1921), 64 D.L.R. 316 (Ont. S.C., App. Div.), at pp. 319-20; and *Guaranty Trust Co. of Canada v. Mall Medical Group*, [1969] S.C.R. 541, at p. 545.

These references speak of the shifting of the secondary or evidential burden of proof or the burden of adducing evidence. I find it preferable to explain the process without using the term secondary or evidential burden. It is not strictly accurate

preuve affirmative de la part du demandeur pour justifier une déduction de causalité en l'absence de preuve contraire. Cela s'est traduit par le déplacement du fardeau de la preuve. Dans l'arrêt *Cummings v. City of Vancouver* (1911), 1 W.W.R. 31 (C.A.C.-B.), le juge Irving dit, à la p. 34:

[TRADUCTION] Stephen affirme dans son précis (Evidence Act, 1896): «Dans l'examen de la preuve nécessaire pour déplacer le fardeau de la preuve, la cour tient compte de la connaissance que l'une ou l'autre partie peut avoir des faits qui doivent être démontrés.»

L'arrêt *Hollis v. Young* (1909), 1 K.B. 629, illustre la règle selon laquelle il suffit de très peu d'éléments de preuve affirmative lorsque les faits sont presque tous connus par l'autre partie.

Dans l'arrêt *Dunlop Holdings Ltd.'s Application*, [1979] R.P.C. 523 (C.A.), le lord juge Buckley a confirmé ce principe de la manière suivante à la p. 544:

[TRADUCTION] Lorsqu'une partie possède une connaissance particulière des faits pertinents, il convient sans doute de se rappeler la règle énoncée dans le précis de Stephen, qui est citée à la p. 86 de Cross on Evidence [3^e éd.]:

«Dans l'examen de la preuve nécessaire pour déplacer le fardeau de la preuve, la cour tient compte de la connaissance que l'une ou l'autre partie peut avoir des faits qui doivent être démontrés.»

Sir Rupert poursuit, «Cela ne veut pas dire que les moyens particuliers de connaissance qu'a une des parties libèrent l'autre du fardeau de présenter certains éléments de preuve en ce qui a trait aux faits en question, même si une preuve très mince suffira souvent». [Je souligne.]

Voir également *Diamond v. British Columbia Thoroughbred Breeders' Society* (1965), 52 D.L.R. (2d) 146 (C.S.C.-B.), à la p. 158, *Pleet v. Canadian Northern Quebec R. Co.* (1921), 64 D.L.R. 316 (C.S. Ont., div. d'app.), aux pp. 319 et 320, et *Guaranty Trust Co. of Canada v. Mall Medical Group*, [1969] R.C.S. 541, à la p. 545.

Ces arrêts parlent du déplacement du fardeau de preuve secondaire ou du fardeau de présentation. Je suis d'avis qu'il est préférable d'expliquer le processus sans utiliser les expressions fardeau de preuve secondaire ou fardeau de présentation. Il

to speak of the burden shifting to the defendant when what is meant is that evidence adduced by the plaintiff may result in an inference being drawn adverse to the defendant. Whether an inference is or is not drawn is a matter of weighing evidence. The defendant runs the risk of an adverse inference in the absence of evidence to the contrary. This is sometimes referred to as imposing on the defendant a provisional or tactical burden. See Cross, *op. cit.*, at p. 129. In my opinion, this is not a true burden of proof, and use of an additional label to describe what is an ordinary step in the fact-finding process is unwarranted.

The legal or ultimate burden remains with the plaintiff, but in the absence of evidence to the contrary adduced by the defendant, an inference of causation may be drawn although positive or scientific proof of causation has not been adduced. If some evidence to the contrary is adduced by the defendant, the trial judge is entitled to take account of Lord Mansfield's famous precept. This is, I believe, what Lord Bridge had in mind in *Wilsher* when he referred to a "robust and pragmatic approach to the . . . facts" (p. 569).

It is not therefore essential that the medical experts provide a firm opinion supporting the plaintiff's theory of causation. Medical experts ordinarily determine causation in terms of certainties whereas a lesser standard is demanded by the law. As pointed out in Louisell, *Medical Malpractice*, vol. 3, the phrase "in your opinion with a reasonable degree of medical certainty," which is the standard form of question to a medical expert, is often misunderstood. The author explains, at p. 25-57, that:

Many doctors do not understand the phrase . . . as they usually deal in "certainties" that are 100% sure, whereas "reasonable" certainties which the law requires need only be more probably so, i.e., 51%.

In Harvey, *Medical Malpractice* (1973), the learned author states at p. 169:

n'est pas tout à fait exact de parler d'un déplacement du fardeau vers le défendeur lorsqu'on veut dire que la preuve présentée par le demandeur peut avoir comme résultat une inférence défavorable au défendeur. Qu'une inférence puisse ou non être tirée dépend de l'évaluation de la preuve. Le défendeur s'expose à une inférence défavorable en l'absence de preuve contraire. Quelquefois cette situation est désignée comme l'imposition au défendeur d'un fardeau provisoire ou tactique. Voir Cross, *op. cit.*, à la p. 129. À mon avis, il ne s'agit pas d'un véritable fardeau de la preuve et l'utilisation d'une étiquette supplémentaire pour décrire ce qui constitue une étape ordinaire du processus de constatation des faits n'est pas justifiée.

Le fardeau ultime de la preuve incombe au demandeur, mais en l'absence de preuve contraire présentée par le défendeur, une inférence de causalité peut être faite même si une preuve positive ou scientifique de la causalité n'a pas été produite. Si le défendeur présente des éléments de preuve contraires, le juge de première instance a le droit de tenir compte du fameux principe de lord Mansfield. À mon avis c'est ce que lord Bridge avait à l'esprit dans l'arrêt *Wilsher* lorsqu'il a parlé d'une [TRADUCTION] «façon décisive et pragmatique d'aborder les faits» (p. 569).

Par conséquent, il n'est pas essentiel que les experts médicaux donnent un avis ferme à l'appui de la théorie de la causalité du demandeur. Les experts médicaux déterminent habituellement l'existence de causalité en des termes de certitude, alors qu'une norme inférieure est exigée par le droit. Comme l'a souligné Louisell dans *Medical Malpractice*, vol. 3, l'expression [TRADUCTION] «à votre avis, avec un degré raisonnable de certitude médicale» qui constitue la forme de question normalement posée à un expert médical, est souvent mal comprise. L'auteur explique, à la p. 25-57:

[TRADUCTION] Un grand nombre de médecins ne comprennent pas l'expression [. . .] car ils parlent habituellement de «certitudes» à 100 pour 100, alors que les certitudes «raisonnables» requises en droit exigent seulement une probabilité supérieure, c'est-à-dire à 51 pour 100.

Harvey, dans son ouvrage *Medical Malpractice* (1973), dit, à la p. 169:

Some courts have assumed an unrealistic posture in requiring that the medical expert state conclusively that a certain act caused a given result. Medical testimony does not lend itself to precise conclusions because medicine is not an exact science.

The respective functions of the trier of fact and the expert witness are distinguished by Brennan J. of the United States Supreme Court in the following passage in *Sentilles v. Inter-Caribbean Shipping Corp.*, 361 U.S. 107 (1959), at pp. 109-10:

The jury's power to draw the inference that the aggravation of petitioner's tubercular condition, evident so shortly after the accident, was in fact caused by that accident, was not impaired by the failure of any medical witness to testify that it was in fact the cause. Neither can it be impaired by the lack of medical unanimity as to the respective likelihood of the potential causes of the aggravation, or by the fact that other potential causes of the aggravation existed and were not conclusively negated by the proofs. The matter does not turn on the use of a particular form of words by the physicians in giving their testimony. The members of the jury, not the medical witnesses, were sworn to make a legal determination of the question of causation. They were entitled to take all the circumstances, including the medical testimony, into consideration.

With respect, it was the failure to appreciate this distinction which led Lord Wilberforce in *McGhee* to suggest bridging the evidential gap by reversing the burden of proof. He writes at p. 7:

... to bridge the evidential gap by inference seems to me something of a fiction, since it was precisely this inference which the medical expert declined to make.

In *Wilsher, supra*, Lord Bridge gave effect to this difference when he explained *McGhee* at p. 567:

... where the layman is told by the doctors that the longer the brick dust remains on the body, the greater the risk of dermatitis, although the doctors cannot identify the process of causation scientifically, there seems to be nothing irrational in drawing the inference, as a matter of common sense, that the consecutive periods when brick dust remained on the body contributed

[TRADUCTION] Certains tribunaux ont adopté une position irréaliste en exigeant que l'expert médical affirme de manière concluante qu'un certain acte a entraîné un résultat donné. Le témoignage médical ne se prête pas à des conclusions précises parce que la médecine n'est pas une science exacte.

Le juge Brennan de la Cour suprême des États-Unis a établi une distinction entre les fonctions respectives du juge des faits et celles du témoin expert dans le passage suivant de l'arrêt *Sentilles v. Inter-Caribbean Shipping Corp.*, 361 U.S. 107 (1959), aux pp. 109 et 110:

[TRADUCTION] Le pouvoir du jury d'inférer que l'aggravation de la tuberculose du requérant, qui était évidente si peu de temps après l'accident, a en fait été causée par cet accident, n'était pas diminué par l'incapacité de tout témoin expert médical de témoigner que c'était en fait la cause. Il ne peut pas non plus être diminué par l'absence d'unanimité médicale quant à la vraisemblance respective des causes possibles de l'aggravation ou par le fait que d'autres causes possibles de l'aggravation existaient et n'ont pas été niées de façon concluante par les éléments de preuve. La réponse ne dépend pas de l'utilisation de termes particuliers par les médecins dans leurs témoignages. Ce sont les membres du jury, et non les témoins experts médicaux, qui ont prêté serment de rendre une décision juridique sur la question de la causalité. Ils ont été autorisés à tenir compte de toutes les circonstances, y compris le témoignage médical.

En toute déférence, c'est l'omission d'apprécier cette distinction qui a amené lord Wilberforce dans l'arrêt *McGhee* à proposer de combler la lacune en matière de preuve en renversant le fardeau de la preuve. Il écrit, à la p. 7:

[TRADUCTION] ... la possibilité de combler la lacune de preuve par inférence me semble tenir de la fiction puisque c'est précisément cette inférence que les experts médicaux refusent de faire.

Dans l'arrêt *Wilsher*, précité, lord Bridge a appliqué cette différence lorsqu'il a expliqué l'arrêt *McGhee*, à la p. 567:

[TRADUCTION] ... lorsque les médecins disent au profane que plus la poussière de brique demeure sur le corps, plus le risque de dermatite est grand, même si les médecins ne peuvent identifier le processus de la causalité de manière scientifique, il ne semble pas irrationnel de déduire que, selon le bon sens, les périodes consécutives pendant lesquelles la poussière de brique est demeu-

cumulatively to the causation of the dermatitis. I believe that a process of inferential reasoning on these general lines underlies the decision of the majority in *McGhee's* case. [Emphasis added.]

The issue, then, in this case is whether the trial judge drew an inference that the appellant's negligence caused or contributed to the respondent's injury, or whether, applying the above principles, he would or ought to have drawn such an inference.

Causation in This Case

The trial judge found that the appellant was negligent in continuing with the operation when retrobulbar bleeding occurred. This finding is not contested and is fully supported by the evidence. An opinion expressed by both the appellant and his assistant, Dr. Quinn, that what occurred was a "lid bleed" was rejected by the trial judge. It was common ground that the respondent's blindness occurred due to atrophy or death of the optic nerve which was occasioned by a stroke. A stroke is the destruction of a blood vessel due to an interruption of the blood supply. There were two possible causes of the stroke, one of which was natural and the other due to continuing the operation. Dr. Regan, the appellant's expert, testified as follows on cross-examination:

Q. But it's not the only thing. As you indicated earlier in your testimony a retrobulbar hemorrhage can also place pressure on the optic nerve.

A. Yes.

Q. And if it becomes aggravated for whatever reason or in whatever fashion it can eventually harm the optic nerve, even cause stroke?

A. Could.

Q. Well the stroke could occur due to some systemic disease of the patient as well, couldn't it?

A. By stroke you're talking about destruction of a vessel?

rée sur le corps ont contribué de façon cumulative à causer la dermatite. Je suis d'avis que la décision de la majorité dans l'affaire *McGhee* est fondée sur un raisonnement par inférence qui suit ces lignes générales. [Je souligne.]

Donc, il s'agit en l'espèce de déterminer si le juge de première instance a inféré que la négligence de l'appelant avait causé le préjudice de l'intimée ou y avait contribué, ou de savoir si, en appliquant les principes susmentionnés, il aurait tiré une telle inférence ou aurait dû le faire.

La causalité en l'espèce

Le juge de première instance a conclu que l'appelant avait fait preuve de négligence en continuant l'intervention chirurgicale lorsqu'un saignement rétrooculaire est survenu. Cette conclusion n'est pas contestée et est entièrement appuyée par la preuve. L'opinion exprimée par l'appelant et par son assistant, le Dr Quinn, selon laquelle il s'agissait d'un «saignement de la paupière» a été rejetée par le juge de première instance. Il est admis que la cécité de l'intimée s'est produite par suite de l'atrophie ou de la mort du nerf optique qui a été causée par un accident vasculaire. Un accident vasculaire est la destruction d'un vaisseau sanguin en raison de l'interruption de l'approvisionnement en sang. Il y avait deux causes possibles pour expliquer l'accident, l'une était naturelle et l'autre découlait de la poursuite de l'opération. Le Dr Regan, l'expert de l'appelant a déposé de la manière suivante lors du contre-interrogatoire:

[TRADUCTION]

Q. Mais ce n'est pas la seule chose. Comme vous l'avez indiqué précédemment dans votre témoignage, une hémorragie rétrooculaire peut également exercer une pression sur le nerf optique.

R. Oui.

Q. Et si la situation s'aggrave pour une raison quelconque, ou d'une manière quelconque, elle peut finalement endommager le nerf optique, voire causer un accident vasculaire?

R. C'est possible.

Q. Alors l'accident vasculaire pourrait résulter également d'une maladie systémique de la patiente, n'est-ce pas?

R. Par accident vasculaire, vous voulez dire la destruction d'un vaisseau?

Q. Yes.

A. Yes.

Q. That could happen either as a result of a retrobulbar bleed which continued or got aggravated, or naturally. It could occur naturally without any traumatic interference. ^a

A. That's correct.

Earlier in chief, Dr. Regan gave the following answer: ^b

Q. Is it possible to tell what caused the atrophy of the optic nerve in your opinion? ^c

A. I would think probably the base cause is the retrobulbar hemorrhage, the fact that there was enough pressure behind the eye at some point that caused all this bleeding, that this may have been sufficient to compromise the blood supply to the optic nerve and result in the optic damage, but I can't tell you this for sure, it's just a . . . in reading the charts this may well be what it is. Certainly there are people that have retrobulbar hemorrhages who do not have any compromise of the vascular supply and do not end up with nerve damage. ^d

The appellant testified in cross-examination as follows: ^e

Q. Right. But we're on common ground that the most likely cause of blindness in Mrs. Snell's case was an ocular occlusion or an occlusion, a stroke, affecting the blood supply to the optic nerve. ^f

A. Yes.

Q. The most reasonable explanation.

In re-examination he gave the following answer:

Q. The question, doctor, is that there's no evidence, is there, that anything other than the operation, the whole operation, was a factor in causing the stroke which Mrs. Snell suffered. There's no evidence of anything external to the operation that caused that stroke, is there? ^g

Q. Oui.

R. Oui.

Q. Cela pourrait résulter d'un saignement rétrooculaire qui a continué ou qui s'est aggravé, ou se produire naturellement. Cela pourrait se produire naturellement sans aucune intervention traumatique.

R. C'est exact.

Précédemment au cours de l'interrogatoire principal, le D^r Regan avait répondu de la manière suivante:

[TRADUCTION]

Q. Est-il possible de dire à votre avis ce qui a causé l'atrophie du nerf optique? ^c

R. Je croirais que ce qui est probablement la cause fondamentale, c'est l'hémorragie rétrooculaire, le fait qu'il y avait suffisamment de pression à l'arrière de l'œil à un certain point qui a causé tout ce saignement, ceci a pu être suffisant pour compromettre l'approvisionnement sanguin du nerf optique et causer le dommage optique, mais je ne puis vous l'affirmer avec certitude, il s'agit uniquement . . . à la lecture des graphiques, ce peut bien être ce qui s'est produit. De toute évidence il y a des personnes qui subissent des hémorragies rétrooculaires sans que leur approvisionnement vasculaire ne soit compromis et sans que le nerf ne soit atteint. ^d

L'appelant a déposé lors du contre-interrogatoire de la manière suivante: ^e

[TRADUCTION]

Q. C'est juste. Toutefois, tous reconnaissent que ce qui est le plus susceptible d'avoir causé la cécité dans le cas de M^{me} Snell c'était une occlusion oculaire ou une occlusion, un accident vasculaire, qui a affecté l'approvisionnement sanguin du nerf optique. ^f

R. Oui.

Q. L'explication la plus raisonnable.

En réinterrogatoire, il a répondu de la manière suivante:

[TRADUCTION] ^g

Q. La question, docteur, est qu'il n'y a aucune preuve, n'est-ce pas, qu'autre chose que l'intervention chirurgicale, l'ensemble de l'intervention, a constitué un facteur qui a causé l'accident vasculaire dont M^{me} Snell a souffert. Il n'y a aucun élément de preuve que quelque chose d'étranger à l'intervention a causé cet accident vasculaire, n'est-ce-pas?

A. Well it's partially semantics here but there's a very . . . in medical terms there's a very distinct definition or distinction between the operation and the anesthetic so that if you're including the anesthetic in your general term operation, then fine, I can agree, but in particular, there's no evidence that the operation per se, other than the anesthetic, involved or caused a problem with the stroke. There are the other systemic problems that Mrs. Snell has that may possibly have caused the stroke but there's no indication that they did. [Emphasis added.]

The anaesthetic, of course, was the needle which caused the retrobulbar bleeding. The trial judge found that it should have been recognized as such and the operation terminated. If it had, the bleeding would have been stanching. Continuing with the operation permitted the bleeding to continue undetected because the eye was occluded by blood and patched. Palpitation of the eye to test for hardness apparently failed to disclose the haemorrhaging. A crucial finding of the trial judge was the following at pp. 228-29:

Neither Dr. Samis nor Dr. Regan could give an opinion as to what caused the atrophy to the optic nerve. Neither doctor could state when the atrophy occurred since it was some eight months before Dr. Farrell could see the optic nerve because of the blood in the anterior chamber. It was atrophied when he first saw it in August 1984. Neither doctor was able to express an opinion that the operation contributed to the atrophy except to the extent that the retrobulbar hemorrhage which may have been stanching may have been reopened by the operation. Perhaps what eventually did happen was going to happen once the injection was completed. The retrobulbar bleeding commenced at that time. It may have been a slow hemorrhage that had not stopped and was not going to stop. The hemorrhage would have been allowed to flow more freely with the removal of the tamponade effect of opening the cornea. I cannot go beyond this since neither doctor did and I should not speculate in matters of medical opinion. Both doctors agree that the atrophy resulted from a loss of its own blood supply. This may have been as a result of natural causes although I am not inclined to this view. The

R. Eh bien, il s'agit ici partiellement d'une question de sémantique, mais il y a une très . . . en termes médicaux, il existe une définition très différente entre l'intervention et l'anesthésie et si vous incluez l'anesthésie dans le terme général d'intervention chirurgicale alors très bien, je puis être d'accord mais en particulier, il n'y a aucun élément de preuve que l'intervention chirurgicale en soi, autre que l'anesthésie, a entraîné ou causé un problème relativement à l'accident vasculaire. Il y a les autres problèmes systémiques dont souffre M^{me} Snell qui peuvent avoir causé l'accident vasculaire mais il n'y a aucune indication qu'ils l'ont fait. [Je souligne.]

Évidemment, l'anesthésie visait l'aiguille qui a causé le saignement rétrooculaire. Le juge de première instance a conclu que cela aurait dû être reconnu comme tel et que l'intervention aurait dû prendre fin. Dans un tel cas, le saignement aurait été arrêté. La poursuite de l'intervention chirurgicale a permis au saignement de continuer sans être décelé parce que l'œil était fermé par le sang et couvert d'un pansement. La palpation de l'œil pour vérifier sa fermeté n'a apparemment pas révélé l'hémorragie. Le juge de première instance fait la constatation cruciale suivante, aux pp. 228 et 229:

[TRADUCTION] Ni le Dr. Samis ni le Dr. Regan n'ont pu donner d'opinion sur la cause de l'atrophie du nerf optique. Ni l'un ni l'autre médecin n'a pu dire quand est survenue l'atrophie étant donné qu'il s'est écoulé environ huit mois avant que le Dr. Farrell puisse voir le nerf optique en raison du sang contenu dans l'espace antérieur. Il était atrophie lorsqu'il l'a vu pour la première fois en août 1984. Ni l'un ni l'autre médecin n'a été en mesure d'exprimer une opinion quant à savoir si l'intervention chirurgicale avait contribué à l'atrophie sauf dans la mesure où l'hémorragie rétrooculaire qui a pu être arrêtée a pu recommencer en raison de l'intervention. Il se peut que ce qui s'est produit en fin de compte, devait se produire une fois l'injection complétée. Le saignement rétrooculaire a commencé à ce moment-là. C'était peut-être une hémorragie lente qui ne s'était pas arrêtée et qui n'allait pas arrêter. L'hémorragie aurait pu s'écouler plus librement avec la suppression de l'effet tampon par l'ouverture de la cornée. Je ne puis aller plus loin étant donné que les médecins ne l'ont pas fait et je ne devrais pas faire des conjectures sur des questions médicales. Les deux médecins ont reconnu que l'atrophie du nerf résultait d'une perte de son propre approvisionnement sanguin. Cela peut avoir résulté de causes naturelles bien que je ne sois pas enclin à partager cet avis.

operation would assist bleeding while the cornea remained open. [Emphasis added.]

It is significant that this finding virtually rules out natural causes as did the appellant. The trial judge then continued at p. 241:

Dr. Farrell greatly increased the risk of injury to Mrs. Snell's eye by operating when he knew she had a retrobulbar bleed. Bleeding in the retrobulbar area was facilitated during the operation. No one can say what happened or with certainty when it happened, because the bleeding from the cataract removal prohibited the doctors from seeing the optic nerve. I am of the opinion that the defendant was "asking for trouble" by operating when he knew his patient had a retrobulbar bleed and that the increased risk was followed by injury in the same area of risk.

I am of the opinion that the plaintiff has prima facie proved that the defendant's actions caused the plaintiff's injury and that the defendant has not satisfied the onus that shifted to him. [Emphasis added.]

The finding in the last paragraph can be read as a finding of causation inferred from the circumstances and in the absence of evidence to the contrary in satisfaction of the evidential burden cast upon the defendant. Or it could be interpreted as accepting Lord Wilberforce's formulation in *McGhee* which reverses the ultimate burden upon finding that a risk was created and an injury occurred within the area of the risk. If the former was intended, I am of the opinion that such an inference was fully warranted on the evidence. On the other hand, if the latter is the interpretation to be placed on that statement, and I am inclined to think that it is, then I am satisfied that had the trial judge applied the principles referred to above he would have drawn an inference of causation between the appellant's negligence and the injury to the respondent.

The appellant was present during the operation and was in a better position to observe what occurred. Furthermore, he was able to interpret

L'intervention aurait favorisé le saignement pendant que la cornée était ouverte. [Je souligne.]

Il est important de souligner que cette conclusion écarte virtuellement les causes naturelles comme l'a fait l'appelant. Le juge de première instance a ensuite poursuivi, à la p. 241:

[TRADUCTION] Le Dr Farrell a considérablement augmenté le risque que l'œil de M^{me} Snell subisse un préjudice en l'opérant alors qu'il savait qu'elle avait un saignement rétrooculaire. Un saignement dans l'espace rétrooculaire a été favorisé au cours de l'intervention chirurgicale. Nul ne peut dire ce qui s'est produit, ni déterminer avec certitude le moment où cela s'est produit, parce que le saignement de l'ablation de la cataracte a empêché les médecins de voir le nerf optique. Je suis d'avis que le défendeur «allait au devant des ennuis» lorsqu'il a pratiqué l'intervention chirurgicale en sachant que sa patiente avait un saignement rétrooculaire et que l'augmentation du risque a entraîné un préjudice dans cette même aire du risque.

Je suis d'avis que la demanderesse a démontré à première vue que les actes du défendeur lui ont causé un préjudice et que le défendeur ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait. [Je souligne.]

La conclusion énoncée dans le dernier paragraphe peut être interprétée comme une conclusion de causalité déduite des circonstances et en l'absence d'éléments de preuve contraires qui auraient permis au défendeur de s'acquitter du fardeau de preuve qui lui incombait. Ou encore, elle pourrait être interprétée comme l'acceptation de la formulation de lord Wilberforce dans l'arrêt *McGhee* qui renverse le fardeau ultime de la preuve lorsqu'il y a une conclusion qu'un risque a été créé et qu'un préjudice est survenu dans l'aire du risque. Si la première hypothèse devait être appliquée, je suis d'avis qu'une telle déduction est entièrement justifiée par la preuve. Par ailleurs, si la seconde conclusion constitue l'interprétation qui doit être donnée à cette affirmation, et je suis porté à croire que c'est le cas, alors je suis convaincu que, si le juge de première instance avait appliqué les principes mentionnés précédemment, il aurait déduit qu'il y avait un lien de causalité entre la négligence de l'appelant et le préjudice causé à l'intimée.

L'appelant était présent pendant l'intervention chirurgicale et était mieux placé pour observer ce qui s'est produit. En outre, il était en mesure

from a medical standpoint what he saw. In addition, by continuing the operation which has been found to constitute negligence, he made it impossible for the respondent or anyone else to detect the bleeding which is alleged to have caused the injury. In these circumstances, it was open to the trial judge to draw the inference that the injury was caused by the retrobulbar bleeding. There was no evidence to rebut this inference. The fact that testing the eye for hardness did not disclose bleeding is insufficient for this purpose. If there was any rebutting evidence it was weak, and it was open to the trial judge to find causation, applying the principles to which I have referred.

I am confident that had the trial judge not stated that "I cannot go beyond this since neither doctor did and I should not speculate", he would have drawn the necessary inference. In stating the above, he failed to appreciate that it is not essential to have a positive medical opinion to support a finding of causation. Furthermore, it is not speculation but the application of common sense to draw such an inference where, as here, the circumstances, other than a positive medical opinion, permit.

While this Court does not ordinarily make findings of fact, this course is fully justified in this case. First, I am of the opinion that the trial judge either made the necessary finding or would have but for error of law. Second, it would be a disservice to all to send this case back for a new trial when the evidence is not essentially in conflict. I note that in *Wilsher*, the House of Lords refrained from deciding the case only because the evidence of the experts was seriously in conflict. That is not the case here.

In the result, I would dismiss the appeal with costs.

d'interpréter d'un point de vue médical ce qu'il a vu. De plus, en poursuivant l'intervention qui, a-t-on conclu, a constitué de la négligence, il a rendu impossible pour l'intimée ou pour toute autre personne de déceler le saignement qui, allègue-t-on, a causé le préjudice. Dans de telles circonstances, le juge de première instance pouvait déduire que le préjudice a été causé par le saignement rétrooculaire. Il n'y avait aucun élément de preuve qui réfutait cette déduction. Le fait que la vérification de la fermeté de l'œil n'a pas révélé de saignement est insuffisant à cette fin. S'il y a eu contre-preuve, elle était faible et le juge de première instance pouvait conclure qu'il y avait un lien de causalité en appliquant les principes que j'ai mentionnés.

Je suis convaincu que si le juge de première instance n'avait pas dit [TRADUCTION] «Je ne puis aller plus loin étant donné que les médecins ne l'ont pas fait et je ne devrais pas faire des conjectures», il aurait fait la déduction nécessaire. En disant ce qui précède, il n'a pas tenu compte du fait qu'il n'est pas essentiel d'obtenir une opinion médicale positive pour justifier une conclusion de causalité. En outre, ce n'est pas faire des conjectures mais appliquer le bon sens que de faire une telle déduction lorsque, comme en l'espèce, les circonstances, autres qu'une opinion médicale positive, les permettent.

Bien que notre Cour ne fasse habituellement pas de constatations de fait, cela est entièrement justifié en l'espèce. Premièrement, je suis d'avis que le juge de première instance a tiré la conclusion nécessaire ou l'aurait tirée n'eût été une erreur de droit. Deuxièmement, ce serait un mauvais service à rendre à tous que de renvoyer cette affaire pour qu'elle fasse l'objet d'un nouveau procès alors que la preuve n'est pas essentiellement discordante. Je souligne que, dans l'arrêt *Wilsher*, la Chambre des lords s'est abstenue de rendre une décision uniquement parce que la preuve des experts était sérieusement discordante. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Gilbert, McGloan, Gillis, Saint John.

Solicitors for the respondent: McKelvey, Macaulay, Machum, Saint John.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Gilbert, McGloan, Gillis, Saint John.

Procureurs de l'intimée: McKelvey, Macaulay, Machum, Saint John.

Knox Contracting Limited and Harold Hazen
Knox Appellants

v.

Her Majesty The Queen, the Minister of National Revenue, the Attorney General of Canada, the Deputy Attorney General of Canada, the Attorney General for New Brunswick, John Byron Clarke and Bernard Gerard Gillis Respondents

INDEXED AS: KNOX CONTRACTING LTD. v. CANADA

File No.: 21271.

1989: December 7; 1990: August 16.

Present: Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Income tax — Search warrants — Offences alleged as defined in s. 239 of Income Tax Act — Search warrants issued under s. 231.3 of Income Tax Act — Application to quash — Whether or not issuing judge had jurisdiction to review — Whether or not ss. 231.3 and 239 of the Income Tax Act derive their constitutional validity from the federal government's taxing power or from its criminal law power — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 231.3(1), 239(1), (2) — Constitution Act, 1867, s. 91(3), (27) — Judicature Act, R.S.N.B. 1973, c. J-2, s. 8(3).

Courts — Jurisdiction — Search warrants — Offences alleged as defined in s. 239 of Income Tax Act — Search warrants issued under s. 231.3 of Income Tax Act — Application to quash — Whether or not issuing judge had jurisdiction to review — Whether or not ss. 231.3 and 239 of the Income Tax Act derive their constitutional validity from the federal government's taxing power or from its criminal law power.

Constitutional law — Division of powers — Taxation and criminal law powers — Offences alleged as defined in s. 239 of Income Tax Act — Search warrants issued under s. 231.3 of Income Tax Act — Application to quash — Whether or not issuing judge had jurisdiction to review — Whether or not ss. 231.3 and 239 of the Income Tax Act derive their constitutional validity

Knox Contracting Limited et Harold Hazen
Knox Appelants

c.

a Sa Majesté la Reine, le ministre du Revenu national, le procureur général du Canada, le sous-procureur général du Canada, le procureur général du Nouveau-Brunswick, John Byron Clarke et Bernard Gerard Gillis Intimés

RÉPERTORIÉ: KNOX CONTRACTING LTD. c. CANADA

N° du greffe: 21271.

c 1989; 7 décembre; 1990: 16 août.

Présents: Les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Impôt sur le revenu — Mandats de perquisition — Les infractions alléguées sont définies à l'art. 239 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Mandats de perquisition décernés en vertu de l'art. 231.3 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Demande d'annulation — Le juge qui a décerné les mandats est-il compétent pour les examiner? — La constitutionnalité des art. 231.3 et 239 de la Loi de l'impôt sur le revenu découle-t-elle du pouvoir de taxation du gouvernement fédéral ou de son pouvoir en matière de droit criminel? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 231.3(1), 239(1), (2) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(3), (27) — Loi sur l'organisation judiciaire, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2, art. 8(3).

Tribunaux — Compétence — Mandats de perquisition — Les infractions alléguées sont définies à l'art. 239 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Mandats de perquisition décernés en vertu de l'art. 231.3 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Demande d'annulation — Le juge qui a décerné les mandats est-il compétent pour les examiner? — La constitutionnalité des art. 231.3 et 239 de la Loi de l'impôt sur le revenu découle-t-elle du pouvoir de taxation du gouvernement fédéral ou de son pouvoir en matière de droit criminel?

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Pouvoir en matière de taxation et de droit criminel — Les infractions alléguées sont définies à l'art. 239 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Mandats de perquisition décernés en vertu de l'art. 231.3 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Demande d'annulation — Le juge qui a décerné les mandats est-il compétent pour les exami-

from the federal government's taxing power or from its criminal law power.

As a result of alleged offences contrary to s. 239 of the *Income Tax Act*, search warrants issued for appellants' premises following an *ex parte* application by the Ministry of National Revenue pursuant to s. 231.3 of that Act. Appellants brought an application to quash before the judge who had issued the search warrants. The judge determined that he had an inherent jurisdiction as a judge making an *ex parte* order to review or rescind an *ex parte* order. He then considered the matter on the merits, found that the search warrants were validly issued and dismissed the application. The Court of Appeal dismissed the appeal and vacated the order sealing the documents.

At issue here was whether or not ss. 231.3 and 239 of the *Income Tax Act* derive their constitutional validity from the federal government's taxing power or from its criminal law power. If the constitutional authority for the provisions were derived from the criminal law power, no appeal would lie to the Court of Appeal from the decision of a Superior Court judge to issue the search warrants because no such right of appeal was given by the statute.

Held (L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Wilson, Gonthier and Cory JJ.: The criminal law embraces acts which the law, with appropriate penal sanctions, forbids because of some evil or injurious or undesirable effect upon the public against which the law is directed. The criminal law has also been defined as laws prohibiting, with penal consequences, acts or omissions considered to be harmful to the State, or to persons or property within the State.

The offences described in s. 239 (fraud, deception, destruction and alteration of documents, false statements, false documents and the wilful evasion of income tax) are criminal in nature and are clearly harmful to the State. These offences may be prosecuted upon indictment and substantial prison terms may be imposed. The Act, which depends on the integrity of the taxpayer, imposes a public duty and a breach of that fundamentally important public duty should constitute a criminal offence. The fact that the Act is concerned with

ner? — La constitutionnalité des art. 231.3 et 239 de la *Loi de l'impôt sur le revenu découle-t-elle du pouvoir de taxation du gouvernement fédéral ou de son pouvoir en matière de droit criminel?*

^a En raison d'infractions qui auraient été commises contrairement à l'art. 239 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des mandats de perquisition ont été décernés relativement aux bureaux des appelants suite à une requête *ex parte* présentée par le ministère du Revenu national conformément à l'art. 231.3 de cette loi. Les appelants ont présenté une demande d'annulation au juge qui avait décerné les mandats de perquisition. Le juge a déterminé qu'à titre de juge qui avait rendu une ordonnance *ex parte*, il avait une compétence inhérente pour la révoquer ou l'annuler. Il a ensuite examiné l'affaire au fond et a conclu que les mandats de perquisition avaient été valablement décernés et a rejeté la requête. La Cour d'appel a rejeté l'appel et a annulé l'ordonnance de mise sous scellé des documents.

^d La question soulevée en l'espèce est de savoir si la constitutionnalité des art. 231.3 et 239 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* découle du pouvoir de taxation du gouvernement fédéral ou de son pouvoir en matière de droit criminel. Si le pouvoir constitutionnel relativement à ces dispositions découlait du pouvoir en matière de droit criminel, aucun appel ne pourrait être interjeté devant la Cour d'appel contre la décision d'un juge d'une cour supérieure de décerner les mandats de perquisition parce que la *Loi* ne prévoit pas un tel droit d'appel.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

^g Les juges Wilson, Gonthier et Cory: Le droit criminel vise les actes que la loi interdit et auxquels elle attache une peine en raison d'une situation contre laquelle le législateur veut, dans l'intérêt public, lutter. Le droit criminel a également été défini comme l'ensemble des lois qui interdisent, sous peine de sanctions pénales, des actes ou omissions jugés préjudiciables à l'État, à des personnes ou à des biens y situés.

Les infractions décrites à l'art. 239 (fraude, tromperie, destruction et altération de documents, déclarations fausses, faux documents et évasion fiscale volontaire) sont de nature criminelle et sont clairement préjudiciables à l'État. Ces infractions peuvent faire l'objet de poursuites en vertu d'un acte d'accusation et des peines d'emprisonnement importantes peuvent être infligées. La *Loi*, qui dépend de l'intégrité du contribuable, impose une obligation publique et un manquement à cette obligation publique fondamentalement importante

taxation does not prevent its penal provisions from also being characterized as criminal law.

The jurisdiction and the procedures to be followed by a court in the application of laws enacted by the federal government fall within the paramount jurisdiction of the federal government. This is particularly true of criminal law. The provisions of s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867* cannot be construed to include jurisdiction over the conduct of criminal prosecutions.

Any right to appeal the issuance of a search warrant under that Act must be found within a statute. No common law right to appeal in interlocutory matters in criminal cases exists. A right of appeal cannot be founded upon the provincial *Judicature Act*, which is concerned with civil procedures, because ss. 231.3 and 239 constitute an exercise of the criminal law jurisdiction. The *Income Tax Act* does not provide for an appeal from such an order.

An accused is not without remedies. The *Criminal Code* provides wide powers for a person from whom articles are seized pursuant to a search warrant to make a speedy application for their return. If the matter should proceed to trial, the accused may attack the search warrant in any way he or she considers appropriate, including the allegation that it infringes the provisions of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. If the matter should not go to trial, a party may still seek civil damages for compensation. No injustice arises from the absence of a right to appeal the order issuing the search warrants.

The fact that the legislative authority for the enactment of these statutes may arise under both the criminal law power and the federal taxation power does not mean that the provisions in them creating offences and imposing penal sanctions are not criminal law. An otherwise predominantly regulatory piece of legislation may contain criminal prohibitions and sanctions and a challenge to specific provisions in the statute under the division of powers must be directed at the challenged provisions, not at the statute as a whole. To the extent the legislation makes the filing of a fraudulent and dishonest return an offence punishable by fine or imprisonment, it is just as clearly legislation in relation to criminal law.

devrait constituer une infraction criminelle. Le fait que la Loi porte sur la taxation n'empêche pas ses dispositions pénales d'être qualifiées de droit criminel.

a La compétence et les procédures qu'une cour doit suivre dans l'application des lois adoptées par le gouvernement fédéral relèvent de la compétence prépondérante du gouvernement fédéral. Cela est particulièrement vrai dans le cas du droit criminel. Les dispositions du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne peuvent être interprétées de manière à inclure la compétence en matière de poursuites criminelles.

c Tout droit d'interjeter appel contre la délivrance d'un mandat de perquisition en vertu de cette loi doit se trouver dans un texte de loi. En common law, il n'existe aucun droit d'interjeter appel sur des questions interlocutoires en matière criminelle. Un droit d'appel ne découle pas de la *Loi sur l'organisation judiciaire* provinciale qui vise les procédures civiles parce que les art. 231.3 et 239 constituent un exercice de la compétence en matière de droit criminel. La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne prévoit pas d'appel contre une telle ordonnance.

e Un accusé n'est pas sans recours. Le *Code criminel* prévoit des pouvoirs étendus afin de permettre à la personne dont les articles sont saisis conformément à un mandat de perquisition de demander rapidement qu'ils lui soient retournés. Si l'affaire doit donner lieu à un procès, l'accusé peut contester le mandat de perquisition de la manière qu'il juge convenable, y compris l'allégation qu'il viole les dispositions de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Si l'affaire ne doit pas donner lieu à un procès, une partie peut toujours chercher à obtenir des dommages-intérêts civils à titre de réparation. Aucune injustice ne découle de l'absence d'un droit d'interjeter appel contre une ordonnance portant délivrance des mandats de perquisition.

h Le fait que le pouvoir législatif d'adopter ces lois puisse découler à la fois du pouvoir en matière de droit criminel et du pouvoir fédéral de taxation ne signifie pas que les dispositions y contenues qui créent des infractions et imposent des peines ne constituent pas du droit criminel. Une mesure législative par ailleurs surtout réglementaire qui contient des interdictions et des sanctions criminelles et une contestation de dispositions précises de la Loi, fondée sur le partage des pouvoirs, doit être dirigée contre les dispositions en question et non contre l'ensemble de cette loi. Dans la mesure où la Loi fait de la présentation d'une déclaration frauduleuse et malhonnête une infraction punissable d'une amende ou d'emprisonnement, il s'agit tout aussi clairement d'une loi relevant du droit criminel.

It was unrealistic, for purposes of deciding whether or not there was an appeal from a refusal to quash a search warrant, to divorce s. 231.3 from the offences sought to be uncovered by the search and to characterize the former as a matter of civil procedure and the latter as criminal law. It was not necessary to explore aspects of the case arising from the fact that ss. 231.3 and 239 may be constitutionally justified under the general taxing power. These sections are truly criminal in their nature, and criminal procedure is expressly excluded from provincial jurisdiction.

Per La Forest J.: Notwithstanding a general preference for Sopinka J.'s approach to the juristic character of the relevant provisions, the appeal should be dismissed. In choosing a criminal sanction and applying all the provisions of the *Criminal Code* "except to the extent that the enactment otherwise provides", Parliament has shown a disposition to adopt the ordinary procedures of the criminal law for their enforcement, subject to any variations spelled out in the *Income Tax Act*.

Per L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ. (dissenting): Sections 231.3 and 239 of the *Income Tax Act* are supportable under both the criminal law power and the federal taxation power. Since s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867* confers jurisdiction on the province to legislate in respect of procedure in civil matters, an appeal lies not only under federal legislation but also under New Brunswick's *Judicature Act*. Absent conflict, both forms of legislation are valid on the basis of the double aspect doctrine. Provision for enforcement, including the creation of severe penalties, does not mean that the legislation is necessarily criminal.

Provincial procedure is not ousted because the procedures to be followed by a court in the application of federal laws are within the paramount jurisdiction of Parliament. The provincial courts are competent to and do adjudicate in relation to federal law and apply their procedure unless that law prescribes otherwise.

A motion to review the issuance of a search warrant takes its character from earlier proceedings out of which it arises. The motion for review cannot therefore be characterized as exclusively criminal for the purpose of determining rights of appeal—no charges were laid and indeed may not be laid. Nothing in the nature of the application can convert the proceeding into an exclusively criminal proceeding.

Il était irréaliste, aux fins de décider si un appel pouvait être interjeté contre un refus d'annuler un mandat de perquisition, de dissocier l'art. 231.3 des infractions que la perquisition vise à découvrir et de qualifier la première disposition de question de procédure civile et la deuxième de droit criminel. Il n'était pas nécessaire d'examiner les aspects de l'affaire découlant du fait que les art. 231.3 et 239 puissent se justifier constitutionnellement en vertu du pouvoir général de taxation. Ces articles sont vraiment de nature criminelle et la procédure en matière criminelle est expressément soustraite à la compétence provinciale.

Le juge La Forest: Malgré une préférence générale pour la façon dont le juge Sopinka aborde la nature juridique des dispositions pertinentes, le pourvoi est rejeté. En choisissant une sanction criminelle et en appliquant toutes les dispositions du *Code criminel* «[s]auf disposition contraire du texte créant l'infraction», le Parlement s'est montré disposé à adopter les procédures ordinaires du droit criminel pour les appliquer, sous réserve de tout changement énoncé dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin (dissidents): Les articles 231.3 et 239 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* peuvent s'appuyer à la fois sur la compétence en matière de droit criminel et sur le pouvoir fédéral de taxation. Étant donné que le par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère aux provinces le pouvoir de légiférer relativement à la procédure en matière civile, un appel peut être interjeté non seulement en vertu d'une loi fédérale mais également en vertu de la *Loi sur l'organisation judiciaire* du Nouveau-Brunswick. En l'absence de conflit, les deux mesures législatives sont valides selon la théorie du double aspect. Une disposition d'application qui comprend la création de peines graves ne signifie pas que cette mesure législative est nécessairement de nature criminelle.

La procédure provinciale n'est pas écartée parce que les procédures que doit suivre un tribunal en appliquant des lois fédérales relèvent de la compétence prépondérante du Parlement. Les tribunaux provinciaux sont compétents pour rendre des jugements relativement à une loi fédérale et pour appliquer leur procédure à moins que cette loi ne dispose autrement et c'est ce qu'ils font.

Une requête en révision de la délivrance d'un mandat de perquisition tire son caractère des procédures précédentes dont elle découle. La requête en révision ne saurait être qualifiée de criminelle exclusivement aux fins de déterminer les droits d'appel—aucune accusation n'a été portée et, en fait, il est possible qu'aucune ne le soit. Il n'y a rien dans la nature de la demande qui permette de la transformer en une procédure exclusivement criminelle.

Finally, the appellants may find themselves without a remedy. If the matter should proceed to trial (assuming charges are laid), the problems arising out of *Wilson v. The Queen*, which precludes a collateral attack on an order made by a court having jurisdiction to make it, make it doubtful that the trial judge would have jurisdiction to set aside an order of a superior court judge. Section 490(7), (10) and (17) of the *Criminal Code*, if applicable to a seizure under the *Income Tax Act*, have no application where the search is alleged to be unlawful and it is sought to prevent or terminate the search. If the matter does not go to trial, an action for damages, grounded on conduct of the authorities pursuant to an order of the superior court which had not been set aside, is highly unlikely.

Cases Cited

By Cory J.

Referred to: *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act (Margarine Reference)*, [1949] S.C.R. 1; *R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984; *Re Ramm* (1957), 120 C.C.C. 44; *Attorney-General of Quebec v. Attorney-General of Canada*, [1945] S.C.R. 600; *Reference re Validity of the Combines Investigation Act and of s. 498 of the Criminal Code*, [1929] S.C.R. 409; *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206; *R. v. Hoffmann-La Roche Ltd.* (1981), 33 O.R. (2d) 694; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Stelco Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 1 S.C.R. 617.

By Sopinka J. (dissenting)

Multiple Access Ltd. v. McCutcheon, [1982] 2 S.C.R. 161; *R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984; *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Board v. Board*, [1919] A.C. 956; *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206; *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764; *R. v. Cass* (1985), 71 A.R. 248; *Poje v. A.G. for British Columbia*, [1953] 1 S.C.R. 516; *In re Storgoff*, [1945] S.C.R. 526; *Hunter*

Enfin, les appelants peuvent se retrouver sans recours. Si un tribunal devait être saisi de l'affaire (à supposer que des accusations soient portées), il n'est pas certain, en raison des problèmes découlant de l'arrêt *Wilson c. La Reine*, qui empêche la contestation indirecte d'une ordonnance rendue par un tribunal compétent, que le juge du procès serait compétent pour annuler l'ordonnance d'un juge d'une cour supérieure. Si les par. 490(7), (10) et (17) du *Code criminel* s'appliquent à une saisie effectuée en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ils ne s'appliquent pas lorsqu'on allègue que la perquisition est illégale et qu'on cherche à l'empêcher ou à y mettre fin. Si l'affaire ne fait pas l'objet d'un procès, une action en dommages-intérêts fondée sur la conduite des autorités qui ont agi conformément à une ordonnance de la cour supérieure qui n'avait pas été annulée est très peu probable.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts mentionnés: *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act (Renvoi sur la margarine)*, [1949] R.C.S. 1; *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984; *Re Ramm* (1957), 120 C.C.C. 44; *Attorney-General of Quebec c. Attorney-General of Canada*, [1945] R.C.S. 600; *Reference re Validity of the Combines Investigation Act and of s. 498 of the Criminal Code*, [1929] R.C.S. 409; *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206; *R. v. Hoffmann-La Roche Ltd.* (1981), 33 O.R. (2d) 694; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Stelco Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 1 R.C.S. 617.

Citée par le juge Sopinka (dissent)

Multiple Access Ltd. c. McCutcheon, [1982] 2 R.C.S. 161; *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Board v. Board*, [1919] A.C. 956; *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206; *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764; *R. v. Cass* (1985), 71 A.R. 248; *Poje v. A.G. for British Columbia*, [1953] 1 R.C.S. 516; *In re Storgoff*, [1945]

v. *Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, aff'g (1983), 3 C.C.C. (3d) 497, rev'g (1982), 68 C.C.C. (2d) 356; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Komadowski* (1986), 27 C.C.C. (3d) 319, leave to appeal denied [1986] 1 S.C.R. x; *Re Zevallos and The Queen* (1987), 37 C.C.C. (3d) 79.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.
Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 17.
Constitution Act, 1867, ss. 91(3), (27), 92(14).
Courts of Justice Act, 1984, S.O. 1984, c. 11.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 490(7), (8), (10), (17).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7.
Income Tax Act, R.S.O. 1980, c. 213, ss. 38, 43.
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 231.3(1), 239(1), (2).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 34(2).
Judicature Act, R.S.N.B. 1973, c. J-2, s. 8(3).
Public Accountancy Act, R.S.O. 1950, c. 302.
Rules of Civil Procedure, O. Reg. 560/84, r. 37.14.

Authors Cited

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
 Laskin, Bora. "The Constitutional Systems of Canada and the United States: Some Comparisons" (1967), 16 *Buffalo L. Rev.* 591.
 Laskin, Bora. *The British Tradition in Canadian Law*. London: Stevens & Sons, 1969.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1988), 94 N.B.R. (2d) 8, 46 C.C.C. (3d) 75, 89 DTC 5075, [1989] C.T.C. 174, dismissing an appeal from a judgment of Turnbull J. (1987), 35 C.C.C. (3d) 466, dismissing an application to revoke an *ex parte* order for search warrants issued by him. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting.

Guy Du Pont and *R. Bruce Eddy*, for the appellants.

John R. Power, Q.C., and *Douglas L. Richard, Q.C.*, for the respondents.

R.C.S. 526; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, conf. (1983), 3 C.C.C. (3d) 497, inf. (1982), 68 C.C.C. (2d) 356; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. v. Komadowski* (1986), 27 C.C.C. (3d) 319, autorisation de pourvoi refusée [1986] 1 R.C.S. x; *Re Zevallos and The Queen* (1987), 37 C.C.C. (3d) 79.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 490(7), (8), (10), (17).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(3), (27), 92(14).
Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires, L.O. 1984, ch. 11.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.O. 1980, ch. 213, art. 38, 43.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 231.3(1), 239(1), (2).
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 34(2).
Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 17.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7.
Loi sur l'organisation judiciaire, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2, art. 8(3).
Public Accountancy Act, R.S.O. 1950, ch. 302.
Règles de procédure civile, Règl. de l'Ont. 560/84, art. 37.14.

Doctrine citée

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
 Laskin, Bora. «The Constitutional Systems of Canada and the United States: Some Comparisons» (1967), 16 *Buffalo L. Rev.* 591.
 Laskin, Bora. *The British Tradition in Canadian Law*. London: Stevens & Sons, 1969.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1988), 94 R.N.-B. (2^e) 8, 46 C.C.C. (3d) 75, 89 DTC 5075, [1989] C.T.C. 174, qui a rejeté l'appel interjeté contre un jugement du juge Turnbull (1987), 35 C.C.C. (3d) 466, qui avait rejeté une demande d'annulation d'une ordonnance *ex parte*, rendue par lui, portant délivrance de mandats de perquisition. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin sont dissidents.

Guy Du Pont et *R. Bruce Eddy*, pour les appellants.

John R. Power, c.r., et *Douglas L. Richard, c.r.*, pour les intimés.

The judgment of Wilson, Gonthier and Cory JJ. was delivered by

CORY J.—The question presented in this case is whether a Court of Appeal has jurisdiction to hear an appeal from the decision of a Superior Court judge not to quash a search warrant which that judge had earlier issued upon an *ex parte* motion pursuant to s. 231.3 of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended.

Factual Background

On July 5, 1986, Turnbull J. of the Court of Queen's Bench of New Brunswick heard an *ex parte* application brought by officials of the Ministry of National Revenue to issue a search warrant pursuant to s. 231.3 of the *Income Tax Act*. At the conclusion of the hearing, Turnbull J. issued search warrants for the premises occupied by Knox Contracting Ltd. as well as for the home and garage of the corporation's President, Harold Hazen Knox. On July 22, 1986, further search warrants were issued for the offices of their auditors. When the warrants were executed the appellants, Knox Contracting Ltd. and its President, brought an application before Turnbull J. seeking to quash the warrants on the ground that they were invalid and to impound the material seized until the disposition of the matter. On August 22, 1986, it was ordered that all the documents seized pursuant to the warrants were to be impounded and sealed pending a decision on the application.

Turnbull J. considered the matter carefully. He determined that he had jurisdiction to review the *ex parte* order on the ground that there is an inherent jurisdiction in a judge who makes an *ex parte* order to revoke or rescind it. He then considered the matter on the merits. He found that the search warrants were validly issued and dismissed the application on March 3, 1987.

The appellants then appealed. The Court of Appeal once again ordered that the documents be impounded and sealed pending its decision on the matter. The court held that Turnbull J. did not

Version française du jugement des juges Wilson, Gonthier et Cory rendu par

LE JUGE CORY—La question soulevée en l'espèce est de savoir si une cour d'appel est compétente pour entendre un appel contre la décision d'un juge d'une cour supérieure de ne pas annuler un mandat de perquisition que ce juge avait décerné précédemment suite à une requête *ex parte* présentée conformément à l'art. 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63 et ses modifications.

Les faits

Le 5 juillet 1986, le juge Turnbull de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick a entendu une requête *ex parte* présentée par des fonctionnaires du ministère du Revenu national en vue d'obtenir un mandat de perquisition en vertu de l'art. 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. À la fin de l'audience, le juge Turnbull a décerné des mandats de perquisition relativement aux locaux occupés par Knox Contracting Ltd. ainsi qu'à la résidence et au garage du président de la société, Harold Hazen Knox. Le 22 juillet 1986, d'autres mandats de perquisition ont été décernés relativement aux bureaux de leurs vérificateurs. Lorsque les mandats ont été exécutés, les appelants, Knox Contracting Ltd. et son président, ont présenté une requête au juge Turnbull en vue d'obtenir l'annulation des mandats pour le motif qu'ils n'étaient pas valides et la mise sous scellé des biens saisis jusqu'à ce que l'affaire soit réglée. Le 22 août 1986, on a ordonné que tous les documents saisis en vertu des mandats soient mis sous scellé en attendant une décision sur la requête.

Le juge Turnbull a examiné la question attentivement. Il a déterminé qu'il était compétent pour examiner l'ordonnance *ex parte* pour le motif que le juge qui rend une ordonnance *ex parte* a compétence inhérente pour la révoquer ou l'annuler. Il a ensuite examiné l'affaire au fond. Il a conclu que les mandats de perquisition avaient été validement décernés et a rejeté la requête le 3 mars 1987.

Les appelants ont alors interjeté appel. La Cour d'appel a de nouveau ordonné que les documents soient mis sous scellé en attendant sa décision sur l'affaire. La cour a statué que le juge Turnbull

have jurisdiction to review the issuing of the search warrants. It found that while a trial judge has jurisdiction to review his or her own orders, there was no order in existence which could be reviewed or appealed. A distinction was drawn between the ordering of the issuance of a search warrant and the mere act of issuing the warrant. It was held that no order had been given and that the issuing of the search warrants was an administrative process which could not be reviewed. The appeal was dismissed and the order sealing the documents was vacated.

Position of the Parties

At the outset, the respondents very properly conceded that the Court of Appeal was in error in holding that the issuance of search warrants was not an *ex parte* order. There can be no question that the issuing of the search warrant pursuant to s. 231.3 of the *Income Tax Act*, must be considered to be an order of the judge. Since it is an *ex parte* order, it was properly reviewable pursuant to the inherent jurisdiction of trial judges to review such an *ex parte* order. See for example, *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594. It still must be determined whether or not the Court of Appeal had jurisdiction to review or to hear an appeal from the review of the *ex parte* order.

The appellants contended that s. 231.3 derives its constitutional validity from the taxing power of the federal government pursuant to s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*. It is argued that the constitutional basis for the impugned section rests upon the taxation power for the federal government and not upon the criminal law power provided by s. 91(27). As a result, the appellants argued that the province, pursuant to s. 92(14), had the constitutional authority to dictate the appropriate routes, methods and procedures of appeal. This, it was said, had been done in the present case by means of s. 8(3) of the *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2, as amended, which granted jurisdiction to the Court of Appeal to entertain the appeal.

n'était pas compétent pour examiner la délivrance des mandats de perquisition. Elle a conclu que bien qu'un juge de première instance ait le pouvoir d'examiner ses propres ordonnances, il n'y avait aucune ordonnance qui pouvait être examinée ou faire l'objet d'un appel. Une distinction a été établie entre le fait d'ordonner la délivrance d'un mandat de perquisition et le simple acte de la délivrance du mandat. On a conclu qu'aucune ordonnance n'avait été rendue et que la délivrance des mandats de perquisition constituait une procédure administrative qui ne pouvait faire l'objet d'un examen. L'appel a été rejeté et l'ordonnance de mise sous scellé des documents a été annulée.

Position des parties

Au départ, les intimés ont, à très juste titre, admis que la Cour d'appel avait commis une erreur en statuant que la délivrance de mandats de perquisition ne constituait pas une ordonnance *ex parte*. Il est évident que la délivrance d'un mandat de perquisition en vertu de l'art. 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* doit être considérée comme une ordonnance du juge. Étant donné qu'il s'agit d'une ordonnance *ex parte*, elle pouvait être à bon droit examinée en application de la compétence inhérente qu'ont les juges de première instance pour examiner une telle ordonnance *ex parte*. Voir, par exemple, *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594. Il reste encore à déterminer si la Cour d'appel était compétente pour examiner ou pour entendre un appel contre l'examen de l'ordonnance *ex parte*.

Les appellants ont soutenu que la constitutionnalité de l'art. 231.3 découle du pouvoir de taxation que possède le gouvernement fédéral en vertu du par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ils ont soutenu que le fondement constitutionnel de l'article contesté est le pouvoir de taxation du gouvernement fédéral et non la compétence en matière de droit criminel conférée par le par. 91(27). Par conséquent, les appelants ont fait valoir que la province avait, en vertu du par. 92(14), le pouvoir constitutionnel de dicter les voies, les méthodes et les procédures d'appel qui conviennent. On a dit que cela avait été fait en l'espèce au moyen du par. 8(3) de la *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2 et ses modifications, qui a accordé à la Cour d'appel la compétence pour entendre l'appel.

The respondents took the position that s. 231.3 is purely criminal in nature in that it authorizes search warrants to obtain documents which may afford evidence of the commission of an "offence" as defined in s. 239 of the Act. It is said that the offences described in that section should be considered to be criminal in nature and that, therefore, search warrants issued to obtain evidence for the prosecution of those offences should also be considered criminal in nature. The respondents submitted that criminal law and criminal procedure come within the exclusive jurisdiction of the federal government, and this must include the authority to legislate regarding provisions for appeals.

The respondents argued that since s. 231.3 must be considered to be criminal in nature and no appeal procedure from the issuance of search warrants is provided in the *Income Tax Act*, it is then necessary to look to the *Criminal Code* to determine whether the decision may be appealed. The *Code* does not provide for an appeal from an order issuing search warrants and thus it is said the appellants cannot appeal the order of Turnbull J. If sections 231.3 and 239 are, as I believe them to be, criminal in nature, then this submission must prevail.

Are Sections 231.3 and 239 of the *Income Tax Act* in Their Essence Criminal Law?

This appeal can be resolved by determining but one issue, namely, whether the provisions of ss. 231.3 and 239 of the *Income Tax Act* are by their nature criminal law. If they are, then no appeal lies to the Court of Appeal from the decision of a Superior Court judge to issue the search warrants.

These sections of the *Income Tax Act* read as follows:

Les intimés ont adopté la position selon laquelle l'art. 231.3 est de nature purement criminelle parce qu'il autorise la délivrance de mandats de perquisition en vue d'obtenir des documents qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration d'une «infraction» au sens de l'art. 239 de la Loi. On a dit que les infractions décrites dans cet article devraient être considérées comme étant de nature criminelle et que, par conséquent, les mandats de perquisition décernés en vue d'obtenir des éléments de preuve afin d'engager des poursuites relatives à ces infractions devraient également être considérés comme étant de nature criminelle. Les intimés ont soutenu que le droit criminel et la procédure en matière criminelle relèvent exclusivement du gouvernement fédéral, ce qui doit comprendre le pouvoir de légiférer en ce qui a trait aux dispositions prévoyant des appels.

Les intimés ont soutenu que puisque l'art. 231.3 doit être considéré comme étant de nature criminelle et que la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne prévoit aucune procédure d'appel contre la délivrance de mandats de perquisition, il est alors nécessaire d'examiner le *Code criminel* pour déterminer si la décision peut faire l'objet d'un appel. Le *Code* ne prévoit pas d'appel contre une ordonnance portant délivrance d'un mandat de perquisition et on soutient donc que les appelants ne peuvent interjeter appel contre l'ordonnance du juge Turnbull. Si les art. 231.3 et 239 sont, comme je le crois, de nature criminelle, alors cet argument doit l'emporter.

Les articles 231.3 et 239 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* constituent-ils essentiellement du droit criminel?

On peut régler le présent pourvoi en tranchant une seule question, savoir, si les dispositions des art. 231.3 et 239 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont, de par leur nature, du droit criminel. Si c'est le cas, alors il n'est pas possible d'interjeter appel devant la Cour d'appel contre la décision d'un juge de cour supérieure de décerner les mandats de perquisition.

Voici le texte de ces articles de la *Loi de l'impôt sur le revenu*:

231.3 (1) A judge may, on *ex parte* application by the Minister, issue a warrant in writing authorizing any person named therein to enter and search any building, receptacle or place for any document or thing that may afford evidence as to the commission of an offence under this Act and to seize and, as soon as practicable, bring the document or thing before, or make a report in respect thereof to, the judge or, where the judge is unable to act, another judge of the same court to be dealt with by the judge in accordance with this section.

239. (1) Every person who has

(a) made, or participated in, assented to or acquiesced in the making of, false or deceptive statements in a return, certificate, statement or answer filed or made as required by or under this Act or a regulation,

(b) to evade payment of a tax imposed by this Act, destroyed, altered, mutilated, secreted or otherwise disposed of the records or books of account of a taxpayer,

(c) made, or assented to or acquiesced in the making of, false or deceptive entries, or omitted, or assented to or acquiesced in the omission, to enter a material particular, in records or books of account of a taxpayer,

(d) wilfully, in any manner, evaded or attempted to evade, compliance with this Act or payment of taxes imposed by this Act, or

(e) conspired with any person to commit an offence described by paragraphs (a) to (d),

is guilty of an offence and, in addition to any penalty otherwise provided, is liable on summary conviction to

(f) a fine of not less than 25% and not more than double the amount of the tax that was sought to be evaded, or

(g) both the fine described in paragraph (f) and imprisonment for a term not exceeding 2 years.

(2) Every person who is charged with an offence described in subsection (1) may, at the election of the Attorney General of Canada, be prosecuted upon indictment and, if convicted, is, in addition to any penalty otherwise provided, liable to imprisonment for a term not exceeding 5 years and not less than 2 months.

As a point of commencement, it may be helpful to consider what constitutes criminal law. While, like a work of art, it is something that may be easier to recognize than define, some guidelines have been established. It would be going too far to

231.3 (1) Sur requête *ex parte* du ministre, un juge peut décerner un mandat écrit qui autorise toute personne qui y est nommée à pénétrer dans tout bâtiment, contenant ou endroit et y perquisitionner pour y chercher des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction à la présente loi, à saisir ces documents ou choses et, dès que matériellement possible, soit à les apporter au juge ou, en cas d'incapacité de celui-ci, à un autre juge du même tribunal, soit à lui en faire rapport, pour que le juge en dispose conformément au présent article.

239. (1) Toute personne qui

a) a fait des déclarations fausses ou trompeuses, ou a participé, consenti ou acquiescé à leur énonciation dans une déclaration, certificat, état ou réponse produits ou faits en vertu de la présente loi ou d'un règlement,

b) a, pour éluder le paiement d'un impôt établi par la présente loi, détruit, altéré, mutilé, caché les registres ou livres de comptes d'un contribuable ou en a disposé autrement,

c) a fait des inscriptions fausses ou trompeuses, ou a consenti ou acquiescé à leur accomplissement, ou a omis, ou a consenti ou acquiescé à l'omission d'inscrire un détail important dans les registres ou livres de comptes d'un contribuable,

d) a, volontairement, de quelque manière, éludé ou tenté d'éluder l'observation de la présente loi ou le paiement d'un impôt établi en vertu de cette loi, ou

e) a conspiré avec une personne pour commettre une infraction visée aux alinéas a) à d),

est coupable d'une infraction et, en plus de toute autre peine prévue par ailleurs, est passible, sur déclaration sommaire de culpabilité,

f) d'une amende d'au moins 25% et d'au plus le double du montant de l'impôt que cette personne a tenté d'éluder, ou

g) à la fois de l'amende prévue à l'alinéa f) et d'un emprisonnement d'au plus 2 ans.

(2) Toute personne accusée d'une infraction désignée au paragraphe (1) peut, au choix du procureur général du Canada, être poursuivie par voie de mise en accusation et, si elle est déclarée coupable, en plus de toute autre peine prévue par ailleurs, elle est passible d'un emprisonnement d'au plus 5 ans et d'au moins 2 mois.

Tout d'abord, il peut être utile d'examiner en quoi consiste le droit criminel. Bien que, comme une œuvre d'art, il s'agisse de quelque chose qui peut être plus facile à reconnaître qu'à définir, certaines lignes directrices ont été établies. Ce

say that a law needs only to prohibit an act with penal consequences to be criminal. Such an overly wide definition would permit Parliament to “colourably invade areas of exclusively provincial legislative competence”: *Scowby v. Glendinning*,^a [1986] 2 S.C.R. 226, at p. 237.

A very helpful definition of criminal law can be found in the *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act (Margarine Reference)*, [1949] S.C.R. 1. In that case Rand J. stated at p. 49:

A crime is an act which the law, with appropriate penal sanctions, forbids; but as prohibitions are not enacted in a vacuum, we can properly look for some evil or injurious or undesirable effect upon the public against which the law is directed. That effect may be in relation to social, economic or political interests; and the legislature has had in mind to suppress the evil or to safeguard the interest threatened.

Dickson J., as he then was, in dissenting reasons in *R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984, defined the subject in this way at p. 1026:

Head 27 of s. 91 of the *British North America Act* empowers Parliament to make substantive laws prohibiting, with penal consequences, acts or omissions considered to be harmful to the State, or to persons or property within the State.

Section 239 and its investigative arm s. 231.3 fall within these definitions.

Section 231.3 provides for the issuance of search warrants where they may afford evidence of an “offence” under the Act. Section 239 describes those offences. They are by their very nature criminal. Upon reading s. 239 the key descriptive words spring from the page, such as: “false or deceptive statements”, “to evade payment of a tax imposed by this Act, destroyed, altered, mutilated, secreted . . . records”, “false or deceptive entries” and “wilfully . . . evaded”. The section speaks of fraud, deception, destruction and alteration of

serait aller trop loin que d'affirmer qu'il suffit qu'une loi interdise un acte en l'assortissant de conséquences pénales pour qu'elle soit de nature criminelle. Une telle définition trop large permettrait au Parlement «d'empiéter spécieusement sur des domaines de compétence législative provinciale exclusive»: *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, à la p. 237.

^b Dans *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act (Renvoi sur la margarine)*, [1949] R.C.S. 1, on trouve une définition très utile du droit criminel. Dans cet arrêt le juge Rand affirme, à la p. 49:

^c [TRADUCTION] Le crime est l'acte que la loi interdit et auquel elle attache une peine; les interdictions portant sur quelque chose, l'on peut toujours trouver à leur base une situation contre laquelle le législateur veut, dans l'intérêt public, lutter. La situation que le législateur a voulu faire cesser ou les intérêts qu'il a voulu sauvegarder peuvent être autant du domaine social que du domaine économique ou politique; et la législature avait à l'esprit de supprimer le mal ou de sauvegarder les intérêts menacés.

^e Le juge Dickson, maintenant Juge en chef, dissident dans l'arrêt *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984, définit la question de cette manière, à la p. 1026:

^f Le paragraphe 27 de l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* habilite le Parlement à édicter des lois qui interdisent, sous peine de sanctions pénales, des actes ou omissions jugés préjudiciables à l'État, à des personnes ou à des biens y situés.

^g L'article 239 et sa ramification investigatrice l'art. 231.3 relèvent de ces définitions.

^h L'article 231.3 prévoit que des mandats de perquisition peuvent être décernés lorsqu'ils peuvent fournir des éléments de preuve de la perpétration d'une «infraction» à la Loi. L'article 239 décrit ces infractions. De par leur nature même, ils constituent du droit criminel. À la lecture de l'art. 239, les mots clés qui en ressortent sont: «déclarations fausses ou trompeuses», «a, pour éluder le paiement d'un impôt établi par la présente loi, détruit, altéré, mutilé, caché les registres», «inscriptions fausses ou trompeuses» et «a, volontairement . . . éludé». L'article parle de fraude, de tromperie, de destruction et d'altération de documents, de déclara-

documents, false statements, false documents and the wilful evasion of income tax.

It is readily apparent that those who commit these offences have deliberately committed acts which by their very nature come well within the definition of what constitutes criminal law. The offences described in s. 239 are "clearly harmful to the State". The fact that these offences may be prosecuted upon indictment and that terms of imprisonment of up to 5 years may be imposed serves to further strengthen the conclusion that these offences are criminal in nature.

The criminal nature of making false or deceptive statements on income tax returns has long been recognized. In *Re Ramm* (1957), 120 C.C.C. 44, the Ontario Court of Appeal considered whether the Public Accountants Council could revoke the appellant's licence to practise after he had been convicted of making a false or deceptive statement on an income tax return. This was dependent upon whether the conviction constituted a "criminal offence" under the *Public Accountancy Act*, R.S.O. 1950, c. 302. The court held that a conviction for such an offence under the earlier *Income Tax Act* would be a criminal offence. As stated by LeBel J.A. at p. 47:

... we are convinced that to make false or deceptive statements in a return filed or made as required by either tax Act is to commit a crime, and a serious crime, rather than to contravene a statutory law not ordinarily regarded as criminal.

It is fitting and appropriate that the s. 239 offences be considered as criminal law. The *Income Tax Act* is a major source of funds for the federal government. Its provisions are applicable to most adult Canadians. The vast majority pay their income tax by way of payroll deduction with little or no opportunity for evasion or misstatement. Those who do evade the payment of income tax not only cheat the State of what is owing to it, but inevitably increase the burden placed upon the

rations fausses, de faux documents et d'évasion fiscale volontaire.

Il est facile de constater que ceux qui commettent ces infractions ont délibérément commis des actes qui, de par leur nature même, s'inscrivent bien dans la définition de ce qui constitue du droit criminel. Les infractions décrites à l'art. 239 sont clairement «préjudiciables à l'État». Le fait que ces infractions puissent faire l'objet de poursuites en vertu d'un acte d'accusation et que des amendes très importantes et des peines d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à cinq ans puissent être infligées contribue à renforcer davantage la conclusion que ces infractions sont de nature criminelle.

La nature criminelle des déclarations fausses ou trompeuses dans des déclarations d'impôt sur le revenu est reconnue depuis longtemps. Dans l'arrêt *Re Ramm* (1957), 120 C.C.C. 44, la Cour d'appel de l'Ontario a examiné la question de savoir si le Public Accountants Council pouvait révoquer le permis d'exercice de l'appellant après qu'il eut été déclaré coupable d'avoir fait une déclaration fausse ou trompeuse dans une déclaration d'impôt sur le revenu. Cela dépendait de la question de savoir si la déclaration de culpabilité constituait une «infraction criminelle» aux termes de la *Public Accountancy Act*, R.S.O. 1950, ch. 302. La cour a statué qu'une déclaration de culpabilité à l'égard d'une telle infraction à l'ancienne *Loi de l'impôt sur le revenu* aurait constitué une infraction criminelle. Le juge LeBel affirme, à la p. 47:

[TRADUCTION] ... nous sommes convaincus qu'une déclaration fausse ou trompeuse dans une déclaration déposée ou remplie conformément à une loi fiscale constitue un crime, et un crime grave, plutôt qu'une contravention à une disposition législative qui n'est pas ordinairement considérée comme relevant du droit criminel.

Il convient de considérer les infractions prévues à l'art. 239 comme relevant du droit criminel. La *Loi de l'impôt sur le revenu* constitue une source majeure de revenus pour le gouvernement fédéral. Ses dispositions s'appliquent à la plupart des Canadiens adultes. La grande majorité paie son impôt sur le revenu au moyen de déductions à la source, ce qui laisse peu de possibilité d'évasion ou de fausse déclaration. Ceux qui éludent le paiement de l'impôt sur le revenu frustrant non seule-

honest taxpayers. It is ironic that those who evade payment of taxes think nothing of availing themselves of the innumerable services which the State provides by means of taxes collected from others.

The entire system of levying and collecting income tax is dependent upon the integrity of the taxpayer in reporting and assessing income. If the system is to work, the returns must be honestly completed. All taxpayers have the right to know that it is a criminal violation to commit any of the offences described in s. 239. The Act imposes a public duty. A breach of that fundamentally important public duty should constitute a criminal offence.

Federal Jurisdiction Flowing from Criminal Law Authority

The appellants submitted that the *Income Tax Act* must derive its constitutional validity from the taxing provision set out in s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867* and not the criminal law powers provided in s. 91(27). The submission is not appropriate when considering ss. 231.3 and 239 of the Act. It is no doubt correct that the Act is concerned with taxation, but that does not prevent its penal provisions from also being characterized as criminal law. And for the reasons I have set out earlier, I am convinced that ss. 231.3 and 239 are truly criminal in their nature. They must be considered as enacted pursuant to the exclusive federal jurisdiction in the domain of criminal law.

The relevant provisions of the *Constitution Act, 1867* are as follows:

91. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this

ment l'État de ce qu'ils lui doivent, mais ils augmentent inévitablement le fardeau des contribuables honnêtes. Il est ironique de constater que ceux qui éludent le paiement de l'impôt n'hésitent pas à se prévaloir des innombrables services que l'État fournit au moyen des impôts perçus auprès des autres personnes.

Le système d'imposition dépend entièrement de l'intégrité du contribuable qui déclare et évalue son revenu. Pour que le système fonctionne, les déclarations doivent être remplies honnêtement. Tous les contribuables ont le droit de savoir que la perpétration des infractions décrites à l'art. 239 constitue une violation de nature criminelle. La Loi impose une obligation publique. Le manquement à cette obligation publique fondamentalement importante devrait constituer une infraction criminelle.

Compétence fédérale qui découle du pouvoir en matière de droit criminel

Les appelants ont soutenu que la constitutionnalité de la *Loi de l'impôt sur le revenu* doit découler de la disposition sur la taxation énoncée au par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et non des pouvoirs en matière de droit criminel que prévoit le par. 91(27). L'argument n'est pas valable lorsqu'on examine les art. 231.3 et 239 de la Loi. Il est sans doute juste de dire que la Loi porte sur la taxation, mais cela n'empêche pas ses dispositions pénales d'être également qualifiées de droit criminel. Et pour les motifs que j'ai exposés précédemment, je suis convaincu que les art. 231.3 et 239 sont véritablement de nature criminelle. Ils doivent être considérés comme ayant été adoptés en vertu de la compétence fédérale exclusive en matière de droit criminel.

Les dispositions pertinentes de la *Loi constitutionnelle de 1867* sont les suivantes:

91. Il sera loisible à la Reine, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets exclusivement assignés aux législatures des provinces par la présente loi mais, pour plus de certitude, sans toutefois restreindre la généralité des termes employés plus haut dans le présent article, il est par les présentes

Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say,—

27. The Criminal Law, except the Constitution of Courts of Criminal Jurisdiction, but including the Procedure in Criminal Matters.

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subject next hereinafter enumerated; that is to say,—

14. The Administration of Justice in the Province, including the Constitution, Maintenance, and Organization of Provincial Courts, both of Civil and of Criminal Jurisdiction, and including Procedure in Civil Matters in those Courts.

It has long been held that although a court may be provincially organized and maintained, its jurisdiction and the procedures to be followed by such a court in the application of laws enacted by the federal government are within the paramount jurisdiction of the federal government. This is particularly true of criminal law.

In *Attorney-General of Quebec v. Attorney-General of Canada*, [1945] S.C.R. 600, Taschereau J. stated at p. 602:

It is also well established that, although a court may be provincially organized and maintained, its jurisdiction and the procedure to be followed for the application of laws enacted by the Parliament of Canada, in relation to matters confided to that Parliament, are within its exclusive jurisdiction. That applies to criminal law and procedure in criminal matters which by subsection 27 of section 91 of the B.N.A. Act are subject to the legislative powers of the Dominion.

Still earlier, Duff J. set forth the same principle in *Reference re Validity of the Combines Investigation Act and of s. 498 of the Criminal Code*, [1929] S.C.R. 409, at p. 418:

The authority in relation to the Criminal Law and Criminal Procedure given by s. 91(27) would appear to confer upon the Dominion, not as an incidental power merely, but as an essential part of it, the power to provide for investigation into crime, actual and potential.

déclaré que (nonobstant toute disposition de la présente loi) l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets énumérés ci-dessous, à savoir:

27. le droit criminel, sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle, mais y compris la procédure en matière criminelle;

92. Dans chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer relativement aux matières entrant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, à savoir:

14. l'administration de la justice dans la province, y compris la constitution, le maintien et l'organisation de tribunaux provinciaux, de juridiction tant civile que criminelle, y compris la procédure en matière civile devant ces tribunaux;

Il est reconnu depuis longtemps que bien qu'une cour puisse être organisée et maintenue par une province, sa compétence et les procédures qu'elle doit suivre dans l'application des lois adoptées par le gouvernement fédéral relèvent de la compétence prépondérante du gouvernement fédéral. Cela est particulièrement vrai dans le cas du droit criminel.

Dans l'arrêt *Attorney-General of Quebec v. Attorney-General of Canada*, [1945] R.C.S. 600, le juge Taschereau affirme, à la p. 602:

[TRADUCTION] Il est également bien établi que bien qu'un tribunal puisse être organisé et maintenu par une province, sa compétence et la procédure qu'elle doit suivre pour l'application des lois adoptées par le Parlement du Canada, en ce qui a trait aux matières attribuées à ce Parlement, relèvent de sa compétence exclusive. Cela s'applique au droit criminel et à la procédure en matière criminelle qui sont assujettis aux pouvoirs législatifs du Dominion en vertu du paragraphe 27 de l'article 91 de l'A.A.N.B.

Encore plus tôt, le juge Duff énonçait le même principe dans *Reference re Validity of the Combines Investigation Act and of s. 498 of the Criminal Code*, [1929] R.C.S. 409, à la p. 418:

[TRADUCTION] La compétence en matière de droit criminel et de procédure en matière criminelle, conférée par le par. 91(27), semblerait conférer au Dominion, non pas à titre de pouvoir incident simplement mais comme partie essentielle de celle-ci, le pouvoir de prescrire des enquêtes sur le crime, réel ou potentiel.

It has been made quite clear that the provisions of s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867* cannot be construed to include jurisdiction over the conduct of criminal prosecutions. Laskin C.J. in *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206, at p. 223 stated:

Section 92(14) grants jurisdiction over the administration of justice, including procedure in civil matters and including also the constitution, maintenance and organization of civil and criminal provincial courts. The section thus narrows the scope of the criminal law power under s. 91, but only with respect to what is embraced within "the Constitution, Maintenance, and Organization of Provincial Courts . . . of Criminal Jurisdiction". By no stretch of language can these words be construed to include jurisdiction over the conduct of criminal prosecutions. Moreover, as a matter of conjunctive assessment of the two constitutional provisions, the express inclusion of procedure in civil matters in provincial Courts points to an express provincial exclusion of procedure in criminal matters specified in s. 91(27).

In that same case Laskin C.J. expressly adopted the reasons of Martin J.A. in *R. v. Hoffmann-La Roche Ltd.* (1981), 33 O.R. (2d) 694, where it was held that legislation which in pith and substance pertains to criminal procedure is within the exclusive competence of Parliament. The investigation and prosecution of offences under the *Income Tax Act* is thus a valid exercise of the exclusive criminal law power of the federal government.

Any right to appeal the issuance of a search warrant under that Act must be found within a statute since at the least a right to appeal in interlocutory matters in criminal cases does not exist at common law: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 958. However, because ss. 231.3 and 239 constitute an exercise of the criminal law jurisdiction, a right of appeal cannot be founded upon the provincial *Judicature Act*, which is concerned with civil procedures. Nor does the

On a établi très clairement que les dispositions du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne pouvaient être interprétées de manière à inclure la compétence en matière de poursuites criminelles. Le juge en chef Laskin affirme dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206, à la p. 223:

Le paragraphe 92(14) confère une compétence sur l'administration de la justice, pour ce qui est notamment de la procédure en matière civile et de la création, du maintien et de l'organisation de tribunaux de juridiction civile et criminelle dans la province. Le paragraphe réduit donc la portée de la compétence en matière de droit criminel conférée par l'art. 91, mais seulement quant à ce qui touche la «création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice pour la province, ayant juridiction . . . criminelle». Aucune extension du sens de ces mots ne peut leur faire dire qu'ils visent la compétence en matière de poursuites criminelles. De plus, si on examine de concert les deux dispositions constitutionnelles, l'inclusion expresse de la procédure en matière civile devant les tribunaux provinciaux emporte l'exclusion expresse de toute compétence provinciale relativement à la procédure en matière criminelle mentionnée au par. 91(27).

Dans ce même arrêt le juge en chef Laskin a expressément adopté les motifs du juge Martin dans l'affaire *R. v. Hoffmann-La Roche Ltd.* (1981), 33 O.R. (2d) 694, qui a conclu que la disposition législative qui, de par son caractère véritable, se rattache à la procédure en matière criminelle relève de la compétence exclusive du Parlement. Les enquêtes et les poursuites relatives à des infractions à la *Loi de l'impôt sur le revenu* constituent donc un exercice valide de la compétence exclusive du gouvernement fédéral en matière de droit criminel.

Tout droit d'interjeter appel contre la délivrance d'un mandat de perquisition en vertu de cette loi doit se trouver dans un texte de loi étant donné tout au moins, que le droit d'interjeter appel sur des questions interlocutoires en matière criminelle n'existe pas en common law: *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, à la p. 958. Toutefois, étant donné que les art. 231.3 et 239 constituent un exercice de la compétence en matière de droit criminel, le droit d'appel ne découle pas de la *Loi*

Income Tax Act itself provide for an appeal from such an order.

Section 34(2) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, states that the provisions of the *Criminal Code* are to apply to indictable and summary conviction offences created by an Act of Parliament unless the enacting statute provides otherwise. It reads:

34. ...

(2) All the provisions of the *Criminal Code* relating to indictable offences apply to indictable offences created by an enactment, and all the provisions of that Code relating to summary conviction offences apply to all other offences created by an enactment, except to the extent that the enactment otherwise provides.

The *Criminal Code* does not provide for an appeal from the issuance of a search warrant. Thus Parliament has refrained from providing for an appeal of such an order and the Court of Appeal therefore lacked jurisdiction to hear the appeal.

This does not mean that an accused is left without remedies. Wide powers are provided in the *Criminal Code* for a person from whom articles are seized pursuant to a search warrant to make a speedy application for their return. See *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 490(7), (8), (10) and (17). If the matter should proceed to trial then of course the accused may attack the search warrant in any way he considers appropriate, including the allegation that it infringes the provisions of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. If, for any reason, the matter should not go to trial, a party may still seek civil damages for compensation. No injustice arises from the absence of a right to appeal the order issuing the search warrants.

In summary, the issuance of search warrants is an interlocutory procedure. Appeals from interlocutory orders by the parties in criminal proceed-

sur l'organisation judiciaire provinciale qui vise les procédures civiles. La *Loi de l'impôt sur le revenu* elle-même ne prévoit pas d'appel contre une telle ordonnance.

a

Le paragraphe 34(2) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, prévoit que les dispositions du *Code criminel* s'appliquent aux actes criminels et aux infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité créés par une Loi du Parlement sauf disposition contraire de la loi créant l'infraction. En voici le texte:

b

34. ...

c

(2) Sauf disposition contraire du texte créant l'infraction, les dispositions du *Code criminel* relatives aux actes criminels s'appliquent aux actes criminels prévus par un texte et celles qui portent sur les infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire s'appliquent à toutes les autres infractions créées par le texte.

d

Le *Code criminel* ne prévoit pas d'appel contre la délivrance d'un mandat de perquisition. Le Parlement n'a donc pas prévu d'appel contre une telle ordonnance et la Cour d'appel n'était pas compétente pour entendre l'appel.

e

f

Cela ne veut pas dire que l'accusé est sans recours. Le *Code criminel* prévoit des pouvoirs étendus afin de permettre à la personne dont les articles sont saisis conformément à un mandat de perquisition de demander rapidement qu'ils lui soient retournés. Voir *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, par. 490(7), (8), (10) et (17). Si l'affaire doit donner lieu à un procès alors, évidemment, l'accusé peut contester le mandat de perquisition de la manière qu'il juge convenable, y compris l'allégation qu'il viole les dispositions de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Si, pour une raison quelconque, l'affaire ne doit pas donner lieu à un procès, une partie peut toujours chercher à obtenir des dommages-intérêts civils à titre de réparation. Aucune injustice ne découle de l'absence d'un droit d'interjeter appel contre une ordonnance portant délivrance des mandats de perquisition.

g

h

i

j

Bref, la délivrance de mandats de perquisition constitue une procédure interlocutoire. Les appels contre les ordonnances interlocutoires par les par-

ings must be based upon a statutory provision. No such statutory provision exists and thus no appeal lies to the Court of Appeal. It is appropriate that the *Code* provides no avenue for appeal from these procedures, as such appeals are neither desirable nor necessary and should not, as a general rule, be encouraged. See *Mills v. The Queen, supra*, and *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764.

It is unnecessary to consider the effect of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as no submission was advanced that the proceedings before the judge of first instance on the issuance of the search warrants infringed in any way s. 8.

Since preparing the above, I have had the benefit of reading the reasons of my colleague, Sopinka J. and would add the following observations.

In *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, Wilson J. indicated, for the majority of the Court, that the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, was essentially administrative and regulatory in nature since it put in place a self-reporting and self-assessing system which depended upon the honesty and integrity of taxpayers for its effectiveness. In this respect she carefully contrasted the *Income Tax Act* with the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, dealt with in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, and *Stelco Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 1 S.C.R. 617, which was essentially a policing statute designed to uncover and punish anti-competitive behaviour.

L'Heureux-Dubé J., relying on *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, *supra*, held in *Thomson* that the combines legislation was supportable under the federal trade and commerce power. Sopinka J. in the

ties en matière de procédures criminelles doivent être fondés sur une disposition législative. Une telle disposition législative n'existe pas et, par conséquent, il ne peut y avoir d'appel devant la Cour d'appel. Il est opportun que le *Code* ne prévoie aucun moyen d'appel contre ces procédures, car ces appels ne sont ni souhaitables ni nécessaires et ne devraient pas, en règle générale, être encouragés. Voir les arrêts *Mills c. La Reine*, précité, et *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764.

Il n'est pas nécessaire d'examiner l'effet de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* étant donné qu'on n'a présenté aucun argument selon lequel les procédures engagées devant le juge de première instance concernant la délivrance des mandats de perquisition portaient atteinte d'une façon ou d'une autre à l'art. 8.

Depuis que j'ai rédigé les motifs qui précèdent, j'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Sopinka et j'ajouterais les observations suivantes.

Dans l'arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, le juge Wilson a indiqué, au nom de la Cour à la majorité, que la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, est essentiellement de nature administrative et réglementaire puisqu'elle instaure un régime d'auto-déclaration et d'auto-cotisation dont l'efficacité repose sur l'honnêteté et l'intégrité des contribuables. À ce propos, elle prend soin de mettre en contraste la *Loi de l'impôt sur le revenu* avec la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, dont il était question dans les arrêts *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, et *Stelco Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 1 R.C.S. 617, et qui était essentiellement une loi de police destinée à découvrir et à punir les comportements contraires à la concurrence.

Se fondant sur l'arrêt *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, précité, le juge L'Heureux-Dubé a conclu, dans l'arrêt *Thomson*, que la loi relative aux coalitions était justifiable en vertu de la compétence

present case similarly asserts that the *Income Tax Act* was passed pursuant to the federal taxing power. I take no issue with my colleagues as to the legislative authority for the enactment of these statutes. This does not mean, however, that the provisions in them creating offences and imposing penal sanctions are not criminal law. The *Income Tax Act*, for example, to the extent it creates a regulatory scheme for the calculation and payment of taxes by taxpayers and authorizes spot audits to ensure that voluntary compliance is working, is not criminal law. It is clearly tax law. But to the extent the legislation makes the filing of a fraudulent and dishonest return an offence punishable by fine or imprisonment, it just as clearly appears to be legislation in relation to criminal law. Those provisions recognize that not all taxpayers can be trusted to report their incomes accurately and that the self-reporting and self-assessing system has to have some teeth in it in order to deal with miscreants. While it is, of course, possible to view these provisions as part of administration or regulation in that they may have a deterrent effect on those disposed in the future to stray from the straight and narrow path, they are more than that. They deal with deliberate misconduct that has already taken place by characterizing it as an offence punishable on summary conviction or by indictment. They are aimed at the suppression of an evil and an injury to the public interest. In that sense they are quintessential criminal law. There is, in my view, nothing unusual or inconsistent about an otherwise predominantly regulatory piece of legislation containing criminal prohibitions and sanctions and a challenge to specific provisions in the statute under the division of powers must, in my view, be directed at the challenged provisions, not at the statute as a whole.

In this case the question is whether, in the absence of any right of appeal in either the *Income Tax Act* or the *Criminal Code* from a decision of a

fédérale en matière d'échanges et de commerce. Dans la présente affaire, le juge Sopinka affirme de la même façon que la *Loi de l'impôt sur le revenu* a été adoptée conformément au pouvoir fédéral de taxation. Je partage l'avis de mes collègues quant au pouvoir législatif d'adopter ces lois. Toutefois, cela ne signifie pas que les dispositions y contenues qui créent des infractions et imposent des peines ne constituent pas du droit criminel. Par exemple, la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dans la mesure où elle crée un régime réglementaire de calcul et de paiement d'impôts par les contribuables et autorise des vérifications ponctuelles pour assurer qu'il y a respect spontané de la Loi, ne constitue pas du droit criminel. Il s'agit nettement de droit fiscal. Mais dans la mesure où la Loi fait de la présentation d'une déclaration frauduleuse et malhonnête une infraction punissable d'une amende ou d'emprisonnement, il semble tout aussi clairement s'agir d'une loi relevant du droit criminel. Ces dispositions reconnaissent qu'on ne peut pas se fier que tous les contribuables déclareront exactement leurs revenus, et que le régime d'auto-déclaration et d'auto-cotisation doit avoir des dents pour pouvoir corriger les fraudeurs. Bien qu'il soit évidemment possible de considérer ces dispositions comme faisant partie de l'administration ou de la réglementation parce qu'elles peuvent avoir un effet dissuasif sur ceux et celles qui, à l'avenir, peuvent être enclins à s'écarter du droit chemin, elles sont plus que cela. Elles visent l'inconduite délibérée dont on s'est déjà rendu coupable en la qualifiant d'infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité ou par voie de mise en accusation. Elles ont pour objet de supprimer un fléau et un préjudice causé à l'intérêt public. En ce sens, elles constituent du droit criminel sous sa forme la plus pure. J'estime qu'il n'y a rien d'exceptionnel ou d'illogique à avoir une mesure législative par ailleurs surtout réglementaire qui contient des interdictions et des sanctions criminelles, et une contestation de dispositions précises de la Loi, fondée sur le partage des pouvoirs, doit à mon avis être dirigée contre les dispositions en question et non contre l'ensemble de cette loi.

En l'espèce, la question est de savoir si, en l'absence, dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou dans le *Code criminel*, d'un droit d'interjeter appel

superior court judge not to quash a search warrant issued pursuant to s. 231.3 of the *Income Tax Act*, the province can confer such a right pursuant to its power under s. 92(14). It seems fairly clear that the purpose of the search contemplated in s. 231.3 of the *Income Tax Act* is to gather evidence of an offence under s. 239. Such offence may be proceeded on by way of summary conviction under s. 239(1) or by way of indictment under s. 239(2) at the election of the Attorney General of Canada. It is, in my view, unrealistic, for purposes of deciding whether or not there is an appeal from a refusal to quash a search warrant, to divorce s. 231.3 from the offences sought to be uncovered by the search and to characterize the former as a matter of civil procedure and the latter as criminal law. Thus, although ss. 231.3 and 239 may be constitutionally justified under the general taxing power, it is not necessary for the purposes of this case to explore that aspect. These sections are truly criminal in their nature, and criminal procedure is expressly excluded from provincial jurisdiction: see *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, *supra*, at pp. 216-23.

Conclusion

In the result, the appeal must be dismissed although for reasons that are different from those of the Court of Appeal.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues, Sopinka and Cory JJ. While I generally prefer Sopinka J.'s approach to the juristic character of the relevant provisions, I would dispose of the appeal in the manner proposed by Cory J. for the following reason. In choosing a criminal sanction and applying all the provisions of the *Criminal Code* "except to the extent that the enactment otherwise provides" (see *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 34(2)), Parliament, it seems to me, has shown a disposition to adopt the ordinary procedures of the criminal law for their enforcement,

contre la décision d'un juge d'une cour supérieure de ne pas annuler un mandat de perquisition décerné conformément à l'art. 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la province peut conférer ce droit conformément à sa compétence en vertu du par. 92(14). Il semble assez clair que la perquisition envisagée à l'art. 231.3 de la *Loi sur l'impôt sur le revenu* a pour objet de recueillir des éléments de preuve d'une infraction à l'art. 239. Une telle infraction est punissable sur déclaration sommaire de culpabilité en vertu du par. 239(1) ou par voie de mise en accusation en vertu du par. 239(2), au choix du procureur général du Canada. Il est irréaliste, selon moi, aux fins de décider si un appel peut être interjeté contre un refus d'annuler un mandat de perquisition, de dissocier l'art. 231.3 des infractions que la perquisition vise à découvrir et de qualifier la première disposition de question de procédure civile et la deuxième, de droit criminel. Ainsi, bien que les art. 231.3 et 239 puissent se justifier constitutionnellement en vertu du pouvoir général de taxation, il n'est pas nécessaire, aux fins de l'espèce, d'examiner cet aspect. Ces articles sont vraiment de nature criminelle et la procédure en matière criminelle est expressément soustraite à la compétence provinciale; voir l'arrêt *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada*, *Ltée*, précité, aux pp. 216 à 223.

Conclusion

En définitive, le pourvoi est rejeté, quoique pour des motifs différents de ceux de la Cour d'appel.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges Sopinka et Cory. Bien qu'en général je préfère la façon dont le juge Sopinka aborde la nature juridique des dispositions pertinentes, je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la manière proposée par le juge Cory, pour la raison suivante. En choisissant une sanction criminelle et en appliquant toutes les dispositions du *Code criminel* «[s]auf disposition contraire du texte créant l'infraction» (voir la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, par. 34(2)), le Parlement, me semble-t-il, s'est montré disposé à adopter les procédures ordinaires du

subject to any variations spelled out in the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63. It is unnecessary to consider whether a province could, in other circumstances, constitutionally deal with procedure respecting a penal provision conjointly supportable under the criminal law power and some other head of federal legislative power.

The reasons of L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ. were delivered by

SOPINKA J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the reasons for judgment herein of my colleague, Cory J., but I am unable to agree with either his reasons or his disposition of this appeal.

The appellants claim that the trial judge erred in refusing to quash search warrants under s. 231.3 of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended. Without considering the merits of their claim, the Court of Appeal determined that the trial judge, Turnbull J., did not have the jurisdiction to review the s. 231.3 search warrants. While the respondents now concede that the trial judge did have such jurisdiction, they contend that there was no appeal from the trial judge's decision.

The issue in this appeal, therefore, is whether an appeal lies from the decision of a superior court judge not to quash a search warrant issued pursuant to s. 231.3 of the *Income Tax Act*. Cory J. finds that ss. 231.3 and 239 of the *Income Tax Act* are supportable under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867* and that appeal procedures are therefore within the federal government's exclusive jurisdiction over criminal procedure. In his opinion, since the *Income Tax Act* and the *Criminal Code* are silent with respect to appeals from an

droit criminel pour les appliquer, sous réserve de tout changement énoncé dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63. Il n'est pas nécessaire de se demander si, dans d'autres circonstances, une province pourrait constitutionnellement examiner une procédure concernant une disposition pénale conjointement justifiable en vertu de la compétence en matière de droit criminel et de quelque autre chef de compétence législative fédérale.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mon collègue le juge Cory, mais je ne puis y souscrire ni faire mienne la manière dont il statue sur le présent pourvoi.

Les appelants soutiennent que le juge de première instance a commis une erreur en refusant d'annuler des mandats de perquisition décernés en vertu de l'art. 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63 et ses modifications. Sans examiner le bien-fondé de leur demande, la Cour d'appel a décidé que le juge de première instance, le juge Turnbull, n'avait pas compétence pour examiner les mandats de perquisition décernés en vertu de l'art. 231.3. Bien que les intimés reconnaissent maintenant que le juge de première instance possédait cette compétence, ils soutiennent qu'il n'y a pas eu d'appel contre la décision de ce dernier.

Par conséquent, la question qui est soulevée en l'espèce est de savoir s'il est possible d'interjeter appel contre la décision d'un juge d'une cour supérieure de ne pas annuler un mandat de perquisition décerné en vertu de l'art. 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le juge Cory est d'avis que les art. 231.3 et 239 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* peuvent s'appuyer sur le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et que, par conséquent, les procédures d'appel relèvent de la compétence exclusive du gouvernement fédéral en matière de procédure criminelle. À son avis, puisque la *Loi de l'impôt sur le revenu* et le *Code criminel* ne disent rien au sujet des appels contre une ordonnance touchant des mandats de perquisi-

order regarding search warrants, then necessarily no appeal lies.

In my opinion, these provisions are supportable under both the criminal law power and the power in relation to federal taxation. Accordingly, an appeal lies under New Brunswick's *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2.

While I accept that ss. 231.3 and 239 are supportable under the power over criminal law and procedure, that does not end the inquiry. If these provisions are also supportable under s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*, the federal taxation power, then the jurisdiction to provide for an appeal is not exclusively federal. Section 92(14) of the *Constitution Act, 1867* confers jurisdiction on the province to legislate in respect of procedure in civil matters. Accordingly, if ss. 231.3 and 239 are supportable under two heads of power, one criminal and one civil in nature, a right of appeal can be conferred by either federal or provincial legislation. In the absence of conflict, both forms of legislation are valid on the basis of the double aspect doctrine: see *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161.

The notion that a statute is supportable under two heads of legislation is well established: see *R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984; *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284. The fact that provision is made for enforcement, including the creation of severe penalties, does not mean that the legislation is necessarily criminal. For example, the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, which contains provision for the issue of search warrants and creates indictable offences, has been held by this Court to be supportable under the trade and commerce power: see *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641. In *R. v. Hauser*, *supra*, Pigeon J. stated, at p. 1000:

The mere fact that severe penalties are provided for violations cannot of itself stamp out a federal statute as criminal law. Such is the case for most revenue acts

tion, alors nécessairement aucun appel n'est possible.

À mon avis, ces dispositions peuvent s'appuyer à la fois sur la compétence en matière de droit criminel et sur le pouvoir fédéral de taxation. Par conséquent, un appel peut être interjeté en vertu de la *Loi sur l'organisation judiciaire* du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2.

Bien que je sois d'avis que les art. 231.3 et 239 peuvent s'appuyer sur la compétence relative au droit criminel et à la procédure en matière criminelle, cela ne règle pas la question. Si ces dispositions peuvent également s'appuyer sur le par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le pouvoir fédéral de taxation, alors la compétence en matière d'appel n'est pas exclusivement fédérale. Le paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère aux provinces le pouvoir de légiférer relativement à la procédure en matière civile. Par conséquent, si les art. 231.3 et 239 peuvent s'appuyer sur deux chefs de compétence, l'un de nature criminelle et l'autre de nature civile, un droit d'appel peut être conféré par une loi fédérale ou provinciale. En l'absence de conflit, les deux mesures législatives sont valides selon la théorie du double aspect: voir *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161.

La notion selon laquelle une loi peut s'appuyer sur deux textes législatifs est bien établie: voir *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284. Le fait qu'il s'agisse d'une disposition d'application qui comprend la création de peines graves, ne signifie pas que cette mesure législative est nécessairement de nature criminelle. Par exemple, notre Cour a jugé que la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, qui contient une disposition sur la délivrance des mandats de perquisition et qui définit des actes criminels, pouvait s'appuyer sur la compétence en matière d'échanges et de commerce. Voir *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641. Dans l'arrêt *R. c. Hauser*, précité, le juge Pigeon a dit, à la p. 1000:

Ce n'est pas parce qu'une loi fédérale prévoit des sanctions sévères en cas d'inobservation qu'elle relève automatiquement du droit criminel. C'est d'ailleurs le cas de

which are clearly a class of statutes founded on legislative authority other than head 27. [Emphasis added.]

Similar enforcement provisions, including powers of search and seizure, are found in provincial taxing statutes. See *Income Tax Act*, R.S.O. 1980, c. 213, ss. 38 and 43. Could it be suggested that these are *ultra vires* the province because they create penalties by way of fines and imprisonment?

The nature of the *Income Tax Act* is such that it was undoubtedly passed under the federal taxation power. Most of its provisions have nothing to do with the criminal law power. In *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, we held that the *Income Tax Act* is a taxation statute and not criminal in nature. Wilson J. states, at p. 641:

Section 231(3) is not criminal or quasi-criminal legislation. The *Income Tax Act* is essentially a regulatory statute since it controls the manner in which income tax is calculated and collected. This Court pointed out in *R. v. Grimwood*, [1987] 2 S.C.R. 755, at p. 756, that “the purpose of ss. 231(3) and 238(2), when read together, is not to penalize criminal conduct but to enforce compliance with the Act”.

McKinlay dealt with the *Income Tax Act* as it stood before the amendment which added s. 231.3 in its present form—S.C. 1986, c. 6, s. 121. But as pointed out by La Forest J. in his reasons in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, the offence sections do not remove the Act from the regulatory, administrative sphere. He stated, at pp. 516-17:

All of these offences relate to conduct that might well be discovered by the exercise of the power to order the production of documents which s. 231(3) confers on the Minister of National Revenue. This has not prevented this Court from characterizing s. 231(3) as a regulatory or administrative power of investigation; see *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, *supra*.

la plupart des lois fiscales qui manifestement relèvent d'un autre domaine de compétence législative. [Je souligne.]

Les lois fiscales provinciales contiennent des dispositions d'application semblables, y compris des pouvoirs en matière de perquisition et de saisie. Voir la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.O. 1980, ch. 213, art. 38 et 43. Pourrait-on laisser entendre qu'elles excèdent les pouvoirs de la province parce qu'elles créent des peines sous forme d'amendes et d'emprisonnement?

La nature de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est telle qu'elle a été indubitablement adoptée en vertu du pouvoir fédéral de taxation. La plupart de ses dispositions n'ont rien à voir avec la compétence en matière de droit criminel. Dans l'arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, nous avons conclu que la *Loi de l'impôt sur le revenu* est une loi fiscale et non de nature criminelle. Le juge Wilson affirme, à la p. 641:

Le paragraphe 231(3) ne constitue pas du droit criminel ou quasi criminel. La *Loi de l'impôt sur le revenu* est essentiellement une mesure de réglementation puisqu'elle régit la façon dont l'impôt sur le revenu est calculé et perçu. Notre Cour a souligné dans l'arrêt *R. c. Grimwood*, [1987] 2 R.C.S. 755, à la p. 756, que «l'objet des par. 231(3) et 238(2), considérés simultanément, n'est pas de sanctionner une conduite criminelle mais d'imposer le respect de la Loi.»

L'arrêt *McKinlay* a traité de la *Loi de l'impôt sur le revenu* tel qu'elle existait avant la modification qui a ajouté l'art. 231.3 sous sa forme actuelle—S.C. 1986, ch. 6, art. 121. Comme l'a souligné le juge La Forest dans les motifs qu'il a rédigés dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, les articles qui créent des infractions n'excluent pas la loi du domaine réglementaire et administratif. Voici ce qu'il dit, aux pp. 516 et 517:

Toutes ces infractions se rapportent à une conduite qui pourrait fort bien être découverte par l'exercice du pouvoir d'ordonner la production de documents que le par. 231(3) confère au ministre du Revenu national. Cela n'a pas empêché notre Cour de dire que le pouvoir d'enquête du par. 231(3) est de nature réglementaire ou administrative; voir l'arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, précité.

... the degree of privacy that can reasonably be expected within the investigative scope of the Act is akin to that which can be expected by those subject to other administrative and regulatory legislation, rather than to that which can legitimately be expected by those subject to police investigation for what I have called "real" or "true" crimes.

While I agree with the statement of Cory J. that the procedures to be followed by a court in the application of federal laws are within the paramount jurisdiction of Parliament, it does not follow that in the absence of conflict, provincial procedure is ousted. The provincial courts are competent to and do adjudicate in relation to federal law and apply their procedure unless that law prescribes otherwise. The contrary view would leave a huge hiatus in the procedure to be followed because federal laws seldom specify either the court or the procedure by which they are to be administered. In the absence of a provision in the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, conferring exclusive jurisdiction on that court, provincial courts have jurisdiction, and in that case apply their own procedure.

Professor Hogg, in *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), summarizes this set-up as follows, at p. 135:

The general jurisdiction of the provincial courts means that there is no need for a separate system of federal courts to decide "federal" questions. Nor does the power to decide federal questions have to be specifically granted to the provincial courts by the federal Parliament. On the contrary, if federal law calls for the exercise of adjudication, but is silent as to the forum, the appropriate forum will be the provincial courts.

The learned author refers in support to *Board v. Board*, [1919] A.C. 956; Laskin, "The Constitutional Systems of Canada and the United States: Some Comparisons" (1967), 16 *Buffalo L. Rev.* 591, at p. 592; and Laskin, *The British Tradition in Canadian Law*, at p. 114.

... le respect du droit à la vie privée auquel on peut raisonnablement s'attendre dans le cadre d'une enquête en vertu de la Loi est semblable à celui auquel peuvent s'attendre ceux qui sont assujettis à d'autres lois de nature administrative et réglementaire, plutôt qu'à celui auquel peuvent légitimement s'attendre ceux qui font l'objet d'une enquête policière relativement à ce que j'ai appelé des crimes «proprement dits».

Bien que je partage l'opinion du juge Cory selon laquelle les procédures que doit suivre un tribunal en appliquant des lois fédérales relèvent de la compétence prépondérante du Parlement, il ne s'ensuit pas qu'en l'absence de conflit la procédure provinciale est écartée. Les tribunaux provinciaux sont compétents pour rendre des jugements relativement à une loi fédérale et pour appliquer leur procédure à moins que cette loi ne dispose autrement et c'est ce qu'ils font. L'opinion contraire laisserait un vide énorme dans la procédure à suivre parce que les lois fédérales précisent rarement le tribunal qui les appliquera ou la procédure en vertu de laquelle elles seront appliquées. En l'absence d'une disposition dans la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, qui confère une compétence exclusive à cette cour, les tribunaux provinciaux sont compétents et, dans ce cas, ils appliquent leur propre procédure.

Le professeur Hogg, dans *Constitutional Law of Canada* (2^e éd. 1985) résume cette position de la manière suivante, à la p. 135:

[TRADUCTION] La compétence générale des tribunaux provinciaux signifie qu'il n'est pas nécessaire qu'un système distinct de tribunaux fédéraux tranche les questions «fédérales». Le pouvoir de trancher les questions fédérales n'a pas à être accordé précisément aux tribunaux provinciaux par le Parlement fédéral. Au contraire, si une loi fédérale exige une décision judiciaire, mais ne mentionne pas de tribunal, celui qui sera approprié sera un tribunal provincial.

L'auteur mentionne à l'appui l'arrêt *Board v. Board*, [1919] A.C. 956, Laskin, «The Constitutional Systems of Canada and the United States: Some Comparisons» (1967), 16 *Buffalo L. Rev.* 591, à la p. 592, et Laskin, *The British Tradition in Canadian Law*, à la p. 114.

There is nothing in *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206, that conflicts with this view. That case dealt with the power to legislate with respect to the prosecution of offences under the *Combines Investigation Act*. Parliament had legislated to confer on the Attorney General of Canada concurrent jurisdiction with the Attorney General of a province over prosecution of offences under that Act. In upholding the legislation, Laskin C.J. opined that the federal government had exclusive legislative jurisdiction in relation to the prosecution of all federal offences. This *obiter dictum*, concurred in by three judges, has been criticized. See Hogg, *supra*, at p. 430. It is clear, however, that the exclusivity of federal legislation depended on the fact that Parliament had legislated. Laskin C.J. explained why the province did not have concurrent jurisdiction in the following passage (at pp. 226-27):

It is patent that neither the respondents nor their supporting interveners view the present case as pointing to possible concurrency. Since Parliament has in fact legislated, that would defeat their contention without more. Yet there is good reason to say that even if there is merit in the respondents' position, there is at least equal merit in the assertion of parliamentary authority to control prosecution for violation of the federal criminal law. The issue, put in these terms, is not a new one. The Privy Council explained the matter in terms of the so-called trenching doctrine in *Tennant v. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31, as supporting a privileged encroachment on provincial legislative authority to give effect to exclusive and paramount federal power in relation to the classes of subjects assigned to Parliament under the enumerated heads of s. 91. The obverse view arises, as shown in the *Assignments and Preferences case, Attorney-General of Ontario v. Attorney-General of Canada*, [1894] A.C. 189, when there is an absence of federal legislation to supersede the lawful enactment of provincial legislation within one of its assigned powers. [Emphasis added.]

In the present case, Parliament has not legislated and concurrency does arise. The obverse view referred to by Laskin C.J. therefore applies.

Il n'y a rien dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206, qui soit contraire à cette opinion. Cet arrêt traitait du pouvoir de légiférer en matière de poursuites relatives à des infractions à la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Le Parlement avait légiféré pour conférer au procureur général du Canada et au procureur général d'une province une compétence concurrente en matière de poursuites relatives à des infractions à cette loi. En confirmant la validité de la Loi, le juge en chef Laskin a exprimé l'avis que le gouvernement fédéral avait une compétence législative exclusive en matière de poursuites relatives à toutes les infractions fédérales. Cette opinion incidente à laquelle ont souscrit trois juges a fait l'objet de critiques. Voir Hogg, précité, à la p. 430. Toutefois, il est évident que le caractère exclusif de la loi fédérale dépendait du fait que le Parlement avait légiféré. Le juge en chef Laskin a expliqué dans le passage suivant pour quelles raisons la province n'avait pas une compétence concurrente (aux pp. 226 et 227):

Il est évident que ni les intimés, ni les intervenants qui les appuient, ne voient dans la présente affaire un cas possible de compétence concurrente. Vu que le Parlement a effectivement légiféré, cela aurait pour effet de contredire leurs prétentions sans plus. Il y a toutefois des motifs valables d'affirmer que, même si le point de vue des intimés est fondé, la revendication de la compétence du Parlement pour diriger les poursuites dans les cas d'infractions au droit criminel fédéral l'est tout autant. Posée en ces termes, la question n'est pas nouvelle. Le Conseil privé a expliqué la question en fonction du principe dit de l'empiètement dans l'arrêt *Tennant v. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31, en affirmant qu'elle justifie un empiètement privilégié sur la compétence législative des provinces afin d'exercer la compétence exclusive et prépondérante du Parlement fédéral sur les catégories de sujets qui lui sont attribués en vertu de l'art. 91. Le contraire se présente, comme le démontre l'arrêt sur les *Cessions volontaires, Attorney-General of Ontario v. Attorney-General of Canada*, [1894] A.C. 189, lorsqu'il n'y a pas de loi du Parlement fédéral pour écarter l'adoption valide d'une loi provinciale relevant d'un sujet de compétence qui lui est attribué. [Je souligne.]

En l'espèce, le Parlement n'a pas légiféré et il y a compétence concurrente. Par conséquent, l'opinion contraire que mentionne le juge en chef Laskin s'applique.

The operation of the constitutional scheme referred to above is illustrated by this very case. The application to quash the search warrants was made to Turnbull J. of the New Brunswick Court of Queen's Bench. No procedure for such an application is prescribed in the *Income Tax Act*. In dealing with the application, the judge applied the procedure applicable on a motion to a judge of that court. The propriety of so doing is not contested. The rule that a judge may review an *ex parte* order is itself a rule inhering in a superior court judge of the province, and is often the subject of a specific rule of procedure. For an example one may refer to R. 37.14 of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, O. Reg. 560/84. It would be anomalous if provincial procedure applied in first instance but ceased to apply thereafter. I know of no constitutional principle which would distinguish between proceedings at first instance and appeal with respect to the legislative jurisdiction over procedure.

Provincial law of procedure is inapplicable only in respect of proceedings that are exclusively criminal in nature. By virtue of s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, Parliament is given exclusive legislative power over criminal law and procedure. Matters arising out of a statute enacted exclusively under the criminal law power must be dealt with under federal laws, including laws of procedure. A recent example can be found in *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764. This Court held that no appeal lay from the decision of a judge renewing a wiretap authorization. In so doing, McIntyre J., for the Court, adopted the following passage from *R. v. Cass* (1985), 71 A.R. 248:

In my view it cannot be argued that a wire tap authorization, or a review of it, or an appeal from such a review, is anything other than a criminal matter. Indeed, Parliament's authority in the field of interception of private communications derives from its criminal law

Le fonctionnement du régime constitutionnel mentionné précédemment est illustré par la présente affaire. La demande d'annulation des mandats de perquisition a été présentée au juge Turnbull de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick. La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne prescrit aucune procédure relativement à une telle demande. En traitant la demande, le juge a appliqué la procédure applicable à une requête présentée devant un juge de cette cour. La justesse de procéder ainsi n'est pas contestée. La règle selon laquelle un juge peut examiner une ordonnance *ex parte* est elle-même une règle propre à un juge d'une cour supérieure de la province et fait souvent l'objet d'une règle de procédure précise. Par exemple, on peut mentionner l'art. 37.14 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario, Règl. de l'Ont. 560/84. Il ne serait pas normal qu'une procédure provinciale s'applique en première instance et cesse de s'appliquer par la suite. Je ne connais aucun principe constitutionnel qui ferait la distinction entre des procédures en première instance et en appel relativement à la compétence législative en matière de procédure.

Le droit provincial en matière de procédure est inapplicable seulement en ce qui a trait aux procédures qui sont de nature exclusivement criminelle. En vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement a une compétence législative exclusive relativement au droit criminel et à la procédure en matière criminelle. Les questions qui découlent d'une loi adoptée exclusivement en vertu de la compétence en matière de droit criminel doivent être traitées sous le régime des lois fédérales, y compris les lois en matière de procédure. Un exemple récent se dégage de l'arrêt *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764. Notre Cour a conclu qu'il n'était pas possible d'interjeter appel contre la décision d'un juge de renouveler une autorisation d'écoute électronique. Ce faisant, le juge McIntyre, s'exprimant au nom de la Cour, a fait sien le passage suivant de l'arrêt *R. v. Cass* (1985), 71 A.R. 248:

[TRADUCTION] À mon avis, on ne saurait prétendre qu'une autorisation d'écoute électronique, ou une révision de cette autorisation, ou un appel de cette révision, est autre chose qu'une affaire de nature criminelle. En fait, le pouvoir du Parlement dans le domaine de l'inter-

jurisdiction. An Alberta statute or rule of court relating to civil matters purporting to govern an appeal from the review of an authorization would be *ultra vires*. [*Meltzer*, at pp. 1769-70.]

Poje v. A.G. for British Columbia, [1953] 1 S.C.R. 516, and *In re Storgoff*, [1945] S.C.R. 526, contain further examples of proceedings that are exclusively criminal in nature.

As previously stated, a matter arising under a federal statute that is supportable under another head of power in addition to the criminal law power can have two aspects: one criminal and one civil. A provincial court which is seized of the matter may validly apply its own rules of civil procedure unless resort thereto is precluded by federal legislation or the matter is clearly related to a criminal proceeding. This is particularly true of proceedings to review a search warrant or other process issued under federal legislation that is supportable under a head of power other than the criminal law power.

In *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, *supra*, this Court found the *Combines Investigation Act* as a whole supportable under the trade and commerce power as well as the criminal law power. That Act contains provision for searches and seizures pursuant to warrants to search. The sections authorizing the issue of search warrants were found to violate s. 8 of the *Charter* in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, and were struck down. The proceeding to review the warrant was by way of interlocutory injunction to a judge of the Court of Queen's Bench of Alberta. The appeals were taken and eventually reached this court. The proceedings by way of interlocutory injunction and the appeal were taken in accordance with the procedure applicable to civil proceedings in the Alberta Court of Queen's Bench and Court of Appeal: see

ception des communications privées découle de sa compétence en matière de droit criminel. Une loi ou une règle de procédure albertaine relative aux affaires civiles qui aurait pour effet de régir un appel contre la révision d'une autorisation serait inconstitutionnelle. [*Meltzer*, aux pp. 1769 et 1770.]

Dans les arrêts *Poje v. A.G. for British Columbia*, [1953] 1 R.C.S. 516, et *In re Storgoff*, [1945] R.C.S. 526, il y a d'autres exemples de procédures qui sont de nature exclusivement criminelle.

Comme je l'ai mentionné précédemment, une question soulevée en vertu d'une loi fédérale qui peut s'appuyer sur un autre chef de compétence en plus de la compétence en matière de droit criminel peut comporter deux aspects: un criminel et un civil. Un tribunal provincial qui est saisi de la question peut valablement appliquer ses propres règles de procédure civile à moins que le recours à ces règles ne soit interdit par une loi fédérale ou que la question se rapporte clairement à une procédure de nature criminelle. Cela est particulièrement vrai dans le cas de procédures d'examen d'un mandat de perquisition ou d'un autre bref délivré en vertu d'une loi fédérale qui peut s'appuyer sur un chef de compétence autre que la compétence en matière de droit criminel.

Dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, précité, notre Cour a conclu que la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* dans son ensemble pouvait s'appuyer sur la compétence en matière d'échanges et de commerce ainsi que sur la compétence en matière de droit criminel. Cette loi contient des dispositions en matière de perquisition et de saisie en vertu d'un mandat de perquisition. Les articles qui permettent la délivrance de mandats de perquisition ont été jugés contraires à l'art. 8 de la *Charte* dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, et ont été annulés. La procédure d'examen du mandat était par voie d'injonction interlocutoire devant un juge de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. Les appels ont été interjetés et se sont finalement rendus devant notre Cour. Les procédures par voie d'injonction interlocutoire ont été engagées et l'appel a été interjeté conformément à la procédure applicable aux procédures civiles devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta et

(1982), 68 C.C.C. (2d) 356, and (1983), 3 C.C.C. (3d) 497.

Similarly, in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, *supra*, the proceeding to quash, on *Charter* grounds, orders issued under s. 17 of the *Combines Investigation Act* for the attendance of witnesses and production of documents could not have reached this Court but for the provisions of the *Ontario Courts of Justice Act, 1984*, S.O. 1984, c. 11, and the *Ontario Rules of Civil Procedure*.

A motion to review the issuance of a search warrant, like a prerogative proceeding, takes its character from earlier proceedings out of which it arises. In *Storgoff*, *supra*, Kellock J. stated, at pp. 585-86 and 588:

In my opinion, all the members of the Court approach the matter first from the standpoint of the situation with regard to the nature of *certiorari* as it was understood before the *Judicature Acts* were passed, and they determine that its nature depends upon the character of the earlier proceedings to which the proceeding by way of *certiorari* is directed.

In my opinion, all these authorities are based on the view that *habeas corpus*, being procedural, partakes of the nature of the earlier proceeding, as a result of which it has been invoked, and that this view of its nature is not dependent upon anything enacted in England by the *Judicature Acts* but was well recognized long before their enactment.

I have explained above that in my opinion the provision out of which this proceeding arises has both a civil and criminal aspect. The motion for review cannot therefore be characterized as exclusively criminal for the purpose of determining rights of appeal. This is particularly so in view of the fact that no charges have been laid and indeed may not be laid. The main purpose of the application is stated in the Notice of Application as follows:

la Cour d'appel: voir (1982), 68 C.C.C. (2d) 356, et (1983), 3 C.C.C. (3d) 497.

De même, dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, précité, la procédure d'annulation, fondée sur la *Charte*, des ordonnances rendues en vertu de l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* pour la comparution des témoins et la production de documents ne serait pas parvenue devant notre Cour n'eussent été les dispositions de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario, L.O. 1984, ch. 11, et les *Règles de procédure civile* de l'Ontario.

Une requête en révision de la délivrance d'un mandat de perquisition, comme une procédure en matière de prérogative, tire son caractère des procédures précédentes dont elle découle. Dans l'arrêt *Storgoff*, précité, le juge Kellock a dit, aux pp. 585, 586 et 588:

[TRADUCTION] À mon avis, tous les membres de la Cour ont commencé par aborder la question du point de vue de la situation relative à la nature du *certiorari* tel qu'il était interprété avant l'adoption des lois sur l'organisation judiciaire, et ils ont déterminé que sa nature dépend du caractère des procédures précédentes que vise la procédure par voie de *certiorari*.

À mon avis, toute cette jurisprudence et cette doctrine sont fondées sur l'opinion selon laquelle l'*habeas corpus*, étant de nature procédurale, tient de la procédure précédente par suite de laquelle il a été invoqué, et que cette perception de sa nature ne dépend pas d'une disposition adoptée en Angleterre dans le cadre des lois sur l'organisation judiciaire mais a été reconnue longtemps avant leur adoption.

J'ai expliqué précédemment qu'à mon avis la disposition dont cette procédure découle comporte à la fois un aspect civil et un aspect criminel. Par conséquent, la requête en révision ne saurait être qualifiée de criminelle exclusivement aux fins de déterminer les droits d'appel. Cela est particulièrement vrai compte tenu du fait qu'aucune accusation n'a été portée et qu'en fait il est possible qu'aucune ne le soit. Le but principal de la requête est énoncé dans l'avis de requête de la manière suivante:

5. The Applicants seek the order for return of the documents and things that were seized from the Applicants and from Thorne Riddell on July 7, 1986 and July 23, 1986, respectively, and all extracts therefrom, on the following grounds

There is nothing therefore in the nature of the application itself to convert the proceeding into an exclusively criminal proceeding.

Finally, I am concerned that, contrary to the views expressed by my colleague, the appellants and others in the same position will find themselves without a remedy. If the matter should proceed to trial (assuming charges are laid), it is doubtful that the trial judge would have jurisdiction to set aside an order of a superior court judge. In New Brunswick, the trial would be before a provincial court judge. The applicant would be faced with this Court's decision in *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594, which precludes a collateral attack on an order made by a court having jurisdiction to make it. The application of this principle to an attempt to review a search warrant at trial is illustrated by the case of *R. v. Komadowski* (1986), 27 C.C.C. (3d) 319 (leave to appeal to the Supreme Court of Canada denied, [1986] 1 S.C.R. x). O'Sullivan J.A. stated, at p. 325:

Since the search was conducted under a search warrant, which is valid on its face and which has not been quashed or set aside in a proceeding directly attacking it, the search warrant should be upheld.

He dismissed an appeal from the trial judge who refused to reject evidence obtained as a result of the execution of a search warrant which was attacked at trial by the appellant.

Although *Wilson, supra*, may have no application where the attack on a previous order is based on *Charter* grounds, it presents grave difficulties for an applicant who seeks to attack a search warrant on traditional grounds for the first time at trial. Apart from *Wilson*, it has been suggested that where the purpose of the motion is to obtain the property seized and not a rejection of the evidence obtained, the trial judge may not be the

[TRADUCTION] 5. Les requérants cherchent à obtenir une ordonnance visant la remise des documents et des objets qui leur ont été saisis ainsi qu'à Thorne Riddell le 7 juillet 1986 et le 23 juillet 1986 respectivement et tous les extraits de ceux-ci, pour les motifs suivants: . . .

Par conséquent, il n'y a rien dans la nature de la demande elle-même qui permette de la transformer en une procédure exclusivement criminelle.

Enfin, je suis préoccupé par le fait que, contrairement aux opinions exprimées par mon collègue, les appelants et les autres personnes dans la même situation vont se retrouver sans recours. Si un tribunal devait être saisi de l'affaire (à supposer que des accusations soient portées), il n'est pas certain que le juge du procès serait compétent pour annuler l'ordonnance d'un juge d'une cour supérieure. Au Nouveau-Brunswick, le procès serait tenu devant un juge de la Cour provinciale. Le requérant serait confronté à l'arrêt de notre Cour *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594, qui empêche la contestation indirecte d'une ordonnance rendue par un tribunal compétent. L'application de ce principe à une tentative de révision d'un mandat de perquisition au procès est illustrée par l'arrêt *R. v. Komadowski* (1986), 27 C.C.C. (3d) 319 (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée, [1986] 1 R.C.S. x). À la p. 325, le juge O'Sullivan dit:

[TRADUCTION] Étant donné que la perquisition a été effectuée en vertu d'un mandat qui est valide à première vue et qui n'a pas été annulé ou écarté dans une procédure où on le contestait directement, ce mandat de perquisition devrait être maintenu.

Il a rejeté un appel contre la décision du juge du procès qui avait refusé de rejeter les éléments de preuve obtenus par suite de l'exécution d'un mandat de perquisition contesté au procès par l'appelant.

Bien que l'arrêt *Wilson*, précité, soit susceptible de ne pas s'appliquer lorsque la contestation d'une ordonnance précédente est fondée sur des moyens relevant de la *Charte*, il pose de graves problèmes au requérant qui cherche à contester un mandat de perquisition pour des motifs classiques pour la première fois au procès. Indépendamment de l'arrêt *Wilson*, on a dit que lorsque la requête a pour but d'obtenir la remise des biens saisis et non le

appropriate forum. See *Re Zevallos and The Queen* (1987), 37 C.C.C. (3d) 79, at pp. 86-87.

Furthermore, if ss. 490(7), (10) and (17) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, have any application to a seizure under the *Income Tax Act*, they have no application where it is alleged that the search is unlawful and it is sought to prevent or terminate the search.

On the other hand, if the matter does not go to trial, I fail to see how an action for damages could be pursued grounded on conduct of the authorities pursuant to an order of the superior court which had not been set aside.

I would therefore allow the appeal and remit the matter to the Court of Appeal to hear the appeal on its merits.

Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ, SOPINKA and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Phillips & Vineberg, Montréal.

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

rejet des éléments de preuve obtenus, il est possible que le juge du procès ne constitue pas le tribunal approprié. Voir *Re Zevallos and The Queen* (1987), 37 C.C.C. (3d) 79, aux pp. 86 et 87.

^a En outre, si les par. 490(7), (10) et (17) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, s'appliquent à une saisie effectuée en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ils ne s'appliquent pas lorsqu'on allègue que la perquisition est illégale et qu'on cherche à l'empêcher ou à y mettre fin.

^b Par ailleurs, si l'affaire ne fait pas l'objet d'un procès, je ne vois pas de quelle manière il serait possible d'engager une action en dommages-intérêts fondée sur la conduite des autorités qui ont agi conformément à une ordonnance de la cour supérieure qui n'avait pas été annulée.

^c Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'affaire devant la Cour d'appel pour qu'elle entende l'appel sur le fond.

^d *Pourvoi rejeté, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, SOPINKA et MCLACHLIN sont dissidents.*

^e *Procureurs des appelants: Phillips & Vineberg, Montréal.*

Procureur des intimés: John C. Tait, Ottawa.

The Professional Institute of the Public Service of Canada *Appellant*

v.

The Commissioner of the Northwest Territories and the Northwest Territories Public Service Association *Respondents*

and

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

INDEXED AS: PROFESSIONAL INSTITUTE OF THE PUBLIC SERVICE OF CANADA v. NORTHWEST TERRITORIES (COMMISSIONER)

File No.: 21230.

1990: February 20; 1990: August 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR THE NORTHWEST TERRITORIES

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Collective bargaining — Territorial legislation requiring employee association to be incorporated by statute in order to bargain collectively — Whether territorial legislation infringes freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether limitation on freedom of association justifiable under s. 1 of Charter — Public Service Act, R.S.N.W.T. 1974, c. P-13, s. 42(1)(b).

The appellant Institute was the bargaining agent for a number of nurses employed by the federal government in the Northwest Territories until the nurses became employees of the territorial government. As a result of their change of employment the nurses ceased to belong to the bargaining unit on behalf of which the Institute had been certified to bargain collectively and became eligible for membership in the respondent Association, which had been incorporated to bargain collectively on behalf of all non-excluded territorial employees. The Institute sought incorporation as required by s. 42(1)(b) of the *Public Service Act* for the purposes of representing its former members. Under that section an employees' association must be incorporated by an Act if it is to bargain collectively on behalf of its members.

* Chief Justice at the time of hearing.

L'Institut professionnel de la Fonction publique du Canada *Appelant*

c.

a Le Commissaire des territoires du Nord-Ouest et la Northwest Territories Public Service Association *Intimés*

et

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

RÉPERTORIÉ: INSTITUT PROFESSIONNEL DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA c. TERRITOIRES DU NORD-OUEST (COMMISSAIRE)

N° du greffe: 21230.

1990: 20 février; 1990: 16 août.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DES TERRITOIRES DU NORD-OUEST

e Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Négociation collective — Loi des territoires du Nord-Ouest exigeant qu'une association d'employés soit constituée en personne morale par une loi afin de négocier collectivement — La mesure législative des Territoires viole-t-elle la liberté d'association garantie par l'art. 2d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette restriction à la liberté d'association est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Public Service Act, R.S.N.W.T. 1974, ch. P-13, art. 42(1)(b).

L'Institut appelant était l'agent négociateur d'un certain nombre d'infirmières et infirmiers employés du gouvernement fédéral dans les territoires du Nord-Ouest jusqu'à ce que ceux-ci deviennent des employés du gouvernement des Territoires. À cause du changement d'employeur, les infirmières et infirmiers ont cessé d'appartenir à l'unité de négociation dont l'Institut était l'agent négociateur accrédité et sont devenus admissibles à devenir membres de l'Association intimée, qui avait été constituée en personne morale en vue de négocier collectivement pour tous les employés des Territoires qui ne sont pas exclus. L'Institut a demandé la constitution en personne morale requise par l'al. 42(1)(b) de la *Public Service Act* afin de représenter ses anciens membres. En vertu de cet alinéa, une association d'employés doit être

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

The territorial government declined to enact the required legislation. The Institute applied to the territorial Supreme Court for a declaration that s. 42(1) of the Act was inconsistent with freedom of association guaranteed in s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge found that s. 42(1) violated s. 2(d) of the *Charter* and was not a reasonable limit within the meaning of s. 1. The Court of Appeal allowed the respondent Commissioner's appeal.

Held (Wilson, Gonthier and Cory JJ. dissenting): The appeal should be dismissed. Section 42(1)(b) of the *Public Service Act* does not infringe s. 2(d) of the *Charter*.

Per Sopinka J.: The absence in s. 42(1)(b) of a set of objective conditions for the certification of a union is not a violation of freedom of association. While the statutory monopoly created by the section prevents a rival union from bargaining for its members, such legislative frustration of an association's objects is not a violation of s. 2(d) if the restriction is not aimed at and does not affect the establishment or existence of the association — unless the association's activity is another *Charter*-protected right or an activity that may lawfully be performed by an individual. The statutory monopoly has no effect on the existence of the Institute or the ability of any individual to be a member of it, and the activity of collective bargaining for working conditions is not constitutionally protected. Since the activity of bargaining is not itself constitutionally protected, neither is a legislative choice of the bargainer. Given that a government has no common law obligation to bargain at all and can suspend a statutory obligation to bargain altogether, there can be no constitutional impediment to its choosing to bargain with a particular employees' representative.

Further, the requirement in s. 42(1)(b) that a union be incorporated for it to bargain collectively does not constitute a violation of s. 2(d) of the *Charter*. The section does not prohibit the establishment of or membership in other unions, or prevent any such union from seeking incorporation under the Act. Nor does it require that an employees' association incorporated under the Act be constituted in a particular way or that it submit the scope of its objects, terms of membership or rules of internal governance to legislative control. The requirement of incorporation in s. 42(1)(b) is the means by

constituée en personne morale par une loi qui l'habilite à négocier collectivement au nom de ses membres. Le gouvernement des Territoires a refusé d'adopter la loi nécessaire pour ce faire. L'Institut a présenté à la Cour suprême des Territoires une demande de jugement déclaratoire statuant que le par. 42(1) de la Loi est incompatible avec la liberté d'association garantie à l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge de première instance a conclu que le par. 42(1) viole l'al. 2d) de la *Charte* et qu'il n'est pas une limite raisonnable au sens de l'article premier. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par le Commissaire intimé.

Arrêt (les juges Wilson, Gonthier et Cory sont dissidents): Le pourvoi est rejeté. L'alinéa 42(1)b) de la *Public Service Act* ne porte pas atteinte à l'al. 2d) de la *Charte*.

Le juge Sopinka: L'absence, à l'al. 42(1)b), d'un ensemble de conditions objectives pour obtenir l'accréditation d'un syndicat ne viole pas la liberté d'association. Bien que le monopole créé par la mesure législative empêche un syndicat rival de négocier pour ses membres, cet empêchement pour une association de réaliser ses objectifs créé par une disposition législative ne constitue pas une violation de l'al. 2d) si la restriction ne vise pas la constitution ou l'existence de l'association, ni ne leur porte atteinte, à moins que l'activité de l'association ne soit un autre droit protégé par la *Charte* ou une activité qu'une personne, prise individuellement, peut exercer légitimement. Le monopole créé par la loi n'a aucun effet sur l'existence de l'Institut, ni sur la capacité pour une personne d'y adhérer. De plus, la négociation collective des conditions de travail n'est pas protégée par la Constitution. Puisque l'activité de la négociation n'est pas elle-même protégée par la Constitution, le choix du négociateur en vertu de la loi ne l'est pas non plus. Puisqu'un gouvernement n'a aucune obligation de négocier en vertu de la common law et puisqu'il peut aussi suspendre une obligation légale de négocier, il ne peut y avoir d'obstacle constitutionnel à ce qu'il choisisse de négocier avec un représentant particulier des employés.

De plus, l'exigence de constitution en personne morale imposée au syndicat par l'al. 42(1)b) pour qu'il puisse négocier collectivement ne viole pas l'al. 2d) de la *Charte*. L'alinéa n'interdit pas la constitution d'autres syndicats, ni l'appartenance à ceux-ci, et il n'empêche aucun de ces syndicats de demander la constitution en personne morale en vertu de la Loi. L'alinéa n'exige pas non plus que l'association d'employés constituée en personne morale en vertu de la Loi soit formée d'une manière particulière ou qu'elle soumette l'étendue de ses objets, les conditions d'adhésion ou les règles de fonc-

which the territorial government has chosen to recognize the union or unions with which it will bargain collectively. A grant of collective bargaining rights must account for the associational rights of affected individuals, but this means nothing more than permitting rival associations to exist and vie for recognition.

Per L'Heureux-Dubé J.: Sopinka J.'s reasons and result were agreed with subject to brief comments. The impugned legislative provision in this case does not burden the appellant's freedom of association. The objects, purposes and activities of an association are irrelevant for *Charter* purposes. While one of the primary goals of employee associations is to attain the status of bargaining agent and to bargain collectively, the attaining of this status, its retention and the association's subsequent activity are not protected under s. 2(d). Interpreting s. 2(d) as embracing any object of an association whose fulfillment is fundamental to the existence of the association has serious consequences which militate strongly against adopting such an approach, since the concept of freedom of association must be applied to a wide range of political, religious, social or economic associations with a wide variety of objects. Further, adopting the line of reasoning of the majority in the trilogy, which is determinative of the issue in the present case, does not leave unions powerless to achieve their objectives, since a broad range of union activity is still protected and since unions have access to the political process.

Per La Forest J.: Sopinka J.'s judgment was generally agreed with, but it is unnecessary to say anything about whether the right of association must include the freedom of persons to join together in pursuit of objects they could lawfully pursue as individuals.

Per Dickson C.J.: The constitutional guarantee of freedom of association in s. 2(d) of the *Charter* does not include a guarantee of the right to bargain collectively, and the s. 2(d) right adheres only to individuals. The determination of how bargaining agents are chosen is the first stage of the right to bargain collectively. Further, in the context of an inter-union struggle for the status of exclusive bargaining agent, the right claimed by the appellant must be characterized as a group right adhering to the trade union. The legislative choice of how bargaining agents are chosen is thus beyond constitutional scrutiny under s. 2(d) of the *Charter* both

because it is an element of the collective bargaining
 a tionnement interne au contrôle du législateur. L'exigence de constitution en personne morale énoncée à l'al. 42(1)b) est le moyen par lequel le gouvernement des Territoires a choisi de reconnaître le ou les syndicats avec lesquels il négociera collectivement. L'attribution de droits de négocier collectivement doit respecter les droits collectifs des personnes touchées, mais ceci se limite à permettre aux associations rivales d'exister et de lutter pour leur reconnaissance.

b *Le juge L'Heureux-Dubé:* Il y a accord avec les motifs et la conclusion du juge Sopinka, sous réserve de brefs commentaires. La disposition législative contestée en l'espèce ne porte pas atteinte à la liberté d'association de l'appelant. Les buts, objectifs et activités d'une association ne sont pas pertinents aux fins de la *Charte*. Bien qu'un des objectifs premiers des associations d'employés soit d'obtenir le statut d'agent négociateur et de négocier collectivement, l'obtention de ce statut, son maintien et l'activité subséquente de l'association ne sont aucunement protégés en vertu de l'al. 2d). Considérer que l'al. 2d) englobe tout objectif d'une association dont la réalisation est fondamentale à son existence a des conséquences sérieuses qui militent fortement contre l'adoption d'une telle interprétation, étant donné que la notion de la liberté d'association doit viser toute une gamme d'associations politiques, religieuses, sociales ou économiques ayant des objectifs très variés. De plus, l'adoption du raisonnement de la majorité dans la trilogie, qui est décisive en l'espèce, n'a pas pour effet d'empêcher les syndicats d'atteindre leurs objectifs, étant donné qu'une vaste gamme d'activités syndicales demeure protégée et que les syndicats ont accès au processus politique.

Le juge La Forest: Il y a accord général avec les motifs de jugement du juge Sopinka mais il n'est pas nécessaire de dire quoi que ce soit au sujet de la question de savoir si le droit d'association doit comprendre la liberté pour les gens de se regrouper afin de poursuivre les objectifs qu'ils peuvent légitimement poursuivre à titre individuel.

h *Le juge en chef Dickson:* La garantie constitutionnelle de la liberté d'association que l'on trouve à l'al. 2d) de la *Charte* ne comprend pas la garantie du droit de négocier collectivement et le droit reconnu à l'al. 2d) ne s'applique qu'aux individus. La détermination de la manière de choisir les agents négociateurs constitue la première étape du droit de négocier collectivement. En outre, dans le contexte d'une lutte intersyndicale pour obtenir le statut d'agent négociateur exclusif, le droit revendiqué par l'appelant doit être qualifié de droit collectif attaché au syndicat. Le choix législatif de la manière de choisir les agents négociateurs échappe donc à l'examen constitutionnel pour ce qui est de l'al. 2d) de la *Charte* parce

process and because of the individual nature of the s. 2(d) right. Finally, since the Northwest Territories government was under no duty to enact a scheme of collective bargaining, the limitations placed upon a purely statutory entitlement do not attract the protection of s. 2(d) of the *Charter*. If section 2(d) does not guarantee the right to bargain collectively, it cannot guarantee a right to any particular bargaining agent.

Per Wilson, Gonthier and Cory JJ. (dissenting): By restricting the freedom of employees to form and to change their association, s. 42(1)(b) of the *Public Service Act* infringes an individual's right to associate protected by s. 2(d) of the *Charter*. Section 42(1)(b) allows the government to totally monopolize the decision as to which associations are to be incorporated and thereby become "employees' associations". Only those associations which in the government's discretion have been incorporated can then participate in the collective bargaining process. There are neither bars to curb nor guidelines to direct the exercise of this absolute discretion. The section thus provides the means by which the government can, for all collective bargaining purposes, deny the very existence of an association selected by the employees to bargain on their behalf. Such untrammelled government discretion *prima facie* violates an individual's freedom of association. The fact that those who form the association may still meet together without interference from the state has no meaning if this association cannot be recognized under the relevant labour legislation. Once a government has enacted a statutory definition of a group, as a legal entity, then any individual should be able to attempt to get his group recognized as such an entity, or to change the existing group entitled to exercise the rights granted under that legislative scheme. The right of employees to join the association of their choice, and their right to change their collective bargaining association, are of fundamental importance, yet these rights are frustrated by s. 42(1)(b).

Section 42(1)(b) of the *Public Service Act* is not justifiable under s. 1 of the *Charter*. The objective of the Act is to provide the means of selecting a collective bargaining agent for the employees. While the necessity of having some structure to the process is of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right, the legislation is out of proportion to the objective sought and restricts the employees' freedom of association far more than is reasonably necessary.

qu'il s'agit d'un élément du processus de négociation collective et à cause aussi de la nature individuelle du droit reconnu à l'al. 2d). Enfin, puisque le gouvernement des territoires du Nord-Ouest n'était pas tenu d'adopter un régime de négociation collective, les restrictions imposées à un droit d'origine purement législative ne font pas intervenir la protection de l'al. 2d) de la *Charte*. Si l'alinéa 2d) ne garantit pas le droit de négocier collectivement, il ne peut garantir un droit à un agent négociateur en particulier.

Les juges Wilson, Gonthier et Cory (dissidents): En restreignant la liberté des employés de constituer ou de changer leur association, l'al. 42(1)b) de la *Public Service Act* porte atteinte au droit qu'ont les personnes de s'associer en vertu de l'al. 2d) de la *Charte*. L'alinéa 42(1)b) permet au gouvernement de se réserver de façon absolue le droit de décider quelles associations seront constituées en personnes morales et deviendront ainsi des «associations d'employés». Seules les associations que le gouvernement a constituées en personnes morales dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire peuvent prendre part au processus de négociation collective. Il n'y a ni obstacle qui empêche, ni directive qui détermine l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire absolu. L'alinéa fournit au gouvernement la possibilité de refuser, pour toutes les fins de la négociation collective, l'existence même à l'association choisie par les employés pour négocier en leur nom. Un tel pouvoir discrétionnaire illimité enfreint à première vue la liberté d'association d'une personne. Le fait que les personnes qui forment l'association peuvent quand même se réunir sans empêchement de la part de l'État n'a aucun sens si l'association ne peut pas être reconnue en vertu des dispositions de droit du travail applicables. Dès qu'un gouvernement adopte une définition législative d'un groupe, à titre d'entité juridique, toute personne devrait pouvoir essayer de le faire reconnaître comme tel ou de changer le groupe déjà habilité à exercer les droits accordés par ce régime législatif. Le droit des employés d'adhérer à une association de leur choix et celui de changer l'association qui doit procéder à des négociations collectives ont une importance fondamentale et l'al. 42(1)b) contrecarre ces droits.

L'alinéa 42(1)b) de la *Public Service Act* n'est pas justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*. La Loi a pour objet de donner le moyen de choisir l'agent qui négociera collectivement au nom des employés. Même si la nécessité que le processus soit structuré a assez d'importance pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution, la mesure législative est disproportionnée à l'objectif recherché et restreint la liberté d'association des employés beaucoup plus qu'il

Unlike most of the collective bargaining statutes in the other Canadian jurisdictions, the legislation fails to achieve a reasonable balance between the rights of the individual, the union and the employer. It does not provide for any process by which the employees' choice of bargaining agent may be determined, and incorporation of the employees' association can only be attained by the exercise of an untrammelled government discretion when the government is itself an interested party to the ensuing collective bargaining. In order to create a structured collective bargaining process it is not necessary to give the government complete control over designation of the employees' bargaining agent. This denial of the employees' right to select their own bargaining agent in the manner contemplated in other jurisdictions cannot be justified as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*.

Cases Cited

By Sopinka J.

Considered: *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; **referred to:** *Smith v. Attorney General of Ontario*, [1924] S.C.R. 331; *Jamieson v. Attorney-General of British Columbia* (1971), 21 D.L.R. (3d) 313; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460.

By L'Heureux-Dubé J.

Applied: *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460; **referred to:** *R. v. Skinner*, [1990] 1 S.C.R. 1235.

By Dickson C.J.

Applied: *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460.

By Cory J. (dissenting)

Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.), [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460; *NSNU, Devco Local v. Canada Labour Relations Board* (1989), 58 D.L.R. (4th) 225; *R. v. Big M Drug*

n'est raisonnablement nécessaire de le faire. Contrairement à la plupart des lois relatives aux négociations collectives des autres ressorts du Canada, la mesure législative n'établit pas un équilibre raisonnable entre les droits des personnes à titre individuel, ceux du syndicat et ceux de l'employeur. Elle n'établit pas de processus qui permette de déterminer le choix d'un agent négociateur par les employés et la constitution de l'association d'employés en personne morale ne peut se réaliser que par l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire absolu du gouvernement qui est lui-même une partie intéressée dans les négociations collectives qui doivent avoir lieu par la suite. Afin de créer un processus structuré de négociation collective, il n'est pas nécessaire de donner au gouvernement un contrôle absolu sur la désignation de l'agent négociateur des employés. Cette négation du droit des employés de choisir leur propre agent négociateur de la manière prévue dans les autres ressorts ne saurait être justifiée comme une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêt examiné: *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; **arrêts mentionnés:** *Smith v. Attorney General of Ontario*, [1924] R.C.S. 331; *Jamieson v. Attorney-General of British Columbia* (1971), 21 D.L.R. (3d) 313; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts appliqués: *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460; **arrêt mentionné:** *R. c. Skinner*, [1990] 1 R.C.S. 1235.

Citée par le juge en chef Dickson

Arrêts appliqués: *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460.

Citée par le juge Cory (dissident)

Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460; *Syndicat des infirmières de la Nouvelle-Écosse, Section Devco («SINE») c. Conseil canadien des*

Mart Ltd., [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

Statutes and Regulations Cited

Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 28, 29, 31, 38(1), 39(1).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d), 15(1).
Labour Code, R.S.B.C. 1979, c. 212, s. 43.
Labour Relations Act, 1977, S.N. 1977, c. 64, s. 37(2).
Labour Relations Act, R.S.M. 1987, c. L10, s. 40.
Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228, s. 7.
Labour Relations Code, S.A. 1988, c. L-1.2, s. 37.
Northwest Territories Public Service Association Act, R.S.N.W.T. 1974, c. N-2, s. 3.
Public Service Act, R.S.N.W.T. 1974, c. P-13, ss. 3, 5, 7, 15(1), 26, 32, 40, 42, 43.
Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35.
Trade Union Act, R.S.S. 1978, c. T-17.

Authors Cited

Adams, George W. *Canadian Labour Law: A Comprehensive Text*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1985.
 Cavalluzzo, Paul J. J. "Freedom of Association — Its Effect Upon Collective Bargaining and Trade Unions" (1988), 13:2 *Queen's L.J.* 267.
 Jenks, C. Wilfred. *Human Rights and International Labour Standards*. London: Stevens & Sons, 1960.
 Summers, Clyde W. "Freedom of Association and Compulsory Unionism in Sweden and the United States" (1964), 112 *U. Pa. L. Rev.* 647.

APPEAL from a judgment of the Northwest Territories Court of Appeal, [1988] N.W.T.R. 223, [1988] 5 W.W.R. 684, 53 D.L.R. (4th) 530, 41 C.R.R. 230, setting aside the judgment of Marshall J. (1987), 43 D.L.R. (4th) 472, declaring s. 42(1) of the *Public Service Act* (N.W.T.) unconstitutional. Appeal dismissed, Wilson, Gonthier and Cory JJ. dissenting.

Catherine H. MacLean and Dougald E. Brown, for the appellant.

Robert A. Kasting and Bernard W. Funston, for the respondent the Commissioner of the Northwest Territories.

Andrew J. Raven, for the respondent the Northwest Territories Public Service Association.

relations du travail (1989), 58 D.L.R. (4th) 225; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Lois et règlements cités

^a *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2d), 15(1).
Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 28, 29, 31, 38(1), 39(1).
Labour Code, R.S.B.C. 1979, ch. 212, art. 43.
^b *Labour Relations Act, 1977*, S.N. 1977, ch. 64, art. 37(2).
Labour Relations Code, S.A. 1988, ch. L-1.2, art. 37.
Loi sur les relations de travail, L.R.M. 1987, ch. L10, art. 40.
^c *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, ch. 228, art. 7.
Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35.
Northwest Territories Public Service Association Act, R.S.N.W.T. 1974, ch. N-2, art. 3.
^d *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, ch. P-13, art. 3, 5, 7, 15(1), 26, 32, 40, 42, 43.
Trade Union Act, R.S.S. 1978, ch. T-17.

Doctrine citée

^e Adams, George W. *Canadian Labour Law: A Comprehensive Text*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1985.
 Cavalluzzo, Paul J. J. «Freedom of Association — Its Effect Upon Collective Bargaining and Trade Unions» (1988), 13:2 *Queen's L.J.* 267.
^f Jenks, C. Wilfred. *Human Rights and International Labour Standards*. London: Stevens & Sons, 1960.
 Summers, Clyde W. «Freedom of Association and Compulsory Unionism in Sweden and the United States» (1964), 112 *U. Pa. L. Rev.* 647.

^g POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel des territoires du Nord-Ouest, [1988] N.W.T.R. 223, [1988] 5 W.W.R. 684, 53 D.L.R. (4th) 530, 41 C.R.R. 230, qui a infirmé une décision du juge Marshall (1987), 43 D.L.R. (4th) 472, qui avait déclaré le par. 42(1) de la *Public Service Act* (T.N.-O.) inconstitutionnel. Pourvoi rejeté, les juges Wilson, Gonthier et Cory sont dissidents.

ⁱ *Catherine H. MacLean et Dougald E. Brown*, pour l'appellant.

^j *Robert A. Kasting et Bernard W. Funston*, pour l'intimé le Commissaire des territoires du Nord-Ouest.

Andrew J. Raven, pour l'intimée la Northwest Territories Public Service Association.

Graham R. Garton, for the intervener the Attorney-General of Canada.

Robert E. Charney, for the intervener the Attorney-General for Ontario.

The following are the reasons delivered by

DICKSON C.J.—I have had the benefit of reading the reasons for judgment of my colleagues Justice Sopinka and Justice Cory in this appeal. While I agree with the disposition reached by Sopinka J., I draw that conclusion solely on the basis of my interpretation of the reasons for judgment of the majority of this Court in what has come to be known as the labour law “trilogy”: *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; and *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460. The correctness of the majority judgments in this trilogy of cases was not challenged directly by the appellant before this Court.

In *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, *supra*, three members of a six member Court held, at p. 390, *per* Le Dain J., that:

... the constitutional guarantee of freedom of association in s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not include, in the case of a trade union, a guarantee of the right to bargain collectively . . .

A fourth member, McIntyre J., explicitly found that the s. 2(d) right adheres only to individuals (at p. 397):

The group or organization is simply a device adopted by individuals to achieve a fuller realization of individual rights and aspirations . . . Freedom of association cannot therefore vest independent rights in the group.

In my view, the reasons for judgment of the majority in the three cases mentioned are dispositive of the issue raised in this appeal. The determination of how bargaining agents are chosen is the first stage of the right to bargain collectively. Furthermore, in the context of an inter-union struggle for the status of exclusive bargaining agent, I find it impossible to characterize the right claimed by the appellant as other than a group

Graham R. Garton, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Robert E. Charney, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF DICKSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement qu'ont rédigés mes collègues les juges Sopinka et Cory dans le présent pourvoi. Bien que je sois d'accord avec la façon dont le juge Sopinka statue sur le pourvoi, j'arrive à cette conclusion uniquement en fonction de mon interprétation des motifs de jugement de la majorité de notre Cour dans ce qui est maintenant connu comme la «trilogie» en matière de droit du travail: *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424, et *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460. L'appelant n'a pas contesté directement devant notre Cour la justesse des jugements de la majorité dans cette trilogie d'arrêts.

Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, précité, le juge Le Dain a conclu au nom de trois des six juges de la Cour, à la p. 390:

... la garantie constitutionnelle de la liberté d'association que l'on trouve à l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne comprend pas, dans le cas d'un syndicat, la garantie du droit de négocier collectivement . . .

Un quatrième juge, le juge McIntyre, a explicitement conclu que le droit reconnu à l'al. 2d) ne s'applique qu'aux individus (à la p. 397):

Le groupe ou l'organisation n'est qu'un moyen adopté par des individus pour mieux réaliser leurs droits et aspirations individuels. [. . .] La liberté d'association ne saurait donc conférer des droits indépendants au groupe.

À mon avis, les motifs de jugement de la majorité dans les trois arrêts mentionnés sont concluants quant à la question en litige dans le présent pourvoi. La détermination de la manière de choisir les agents négociateurs constitue la première étape du droit de négocier collectivement. En outre, dans le contexte d'une lutte intersyndicale pour obtenir le statut d'agent négociateur exclusif, j'estime qu'il est impossible de qualifier le droit revendiqué par

right adhering to the trade union. At the stage of incorporation by the legislature, the focus is no longer upon the associational rights of individuals. Rather, it shifts to the group itself, which seeks the support of individuals to establish itself as the exclusive bargaining agent. Thus, according to the decision of the majority in *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, *supra*, the legislative choice of how bargaining agents are chosen is beyond constitutional scrutiny in terms of s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* both because it is an element of the collective bargaining process and because of the individual nature of the s. 2(d) right.

Reluctantly, I find that I am unable to agree with Cory J.'s assertion that once a legislature has chosen to establish a public sector collective bargaining scheme it may not place arbitrary restrictions upon the choice of association with which it will engage in collective bargaining. If, as Cory J. concedes, the government of the Northwest Territories was under no duty to enact a scheme of collective bargaining, then in my view it logically follows that limitations placed upon a purely statutory entitlement do not attract the protection of s. 2(d) of the *Charter*. If section 2(d) does not guarantee the right to bargain collectively, I fail to understand how it can guarantee a right to any particular bargaining agent. To find otherwise in effect would constitutionalize collective bargaining rights, a proposition which was rejected by a majority of this Court in *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*.

For these reasons, and not without considerable hesitation having regard to the views which I expressed in the labour law trilogy of cases on the scope of s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, I have concluded that, short of overruling the reasons of the majority of this Court in the trilogy, this appeal must be dismissed with costs to the respondents. I agree with Sopinka J.

l'appelant autrement que de droit collectif attaché au syndicat. À l'étape de la constitution en société par l'Assemblée législative, l'accent n'est plus sur le droit d'association des individus. Il est plutôt mis sur le groupe lui-même qui cherche à obtenir l'appui d'individus pour s'établir comme l'agent négociateur exclusif. Ainsi, suivant les motifs de la majorité dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, précité, le choix législatif de la manière de choisir les agents négociateurs échappe à l'examen constitutionnel pour ce qui est de l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu'il s'agit d'un élément du processus de négociation collective et à cause aussi de la nature individuelle du droit reconnu à l'al. 2d).

Je conclus à regret que je suis incapable de partager l'avis du juge Cory qu'une fois qu'elle a établi un régime de négociation collective dans le secteur public, une législature ne peut pas imposer de restrictions arbitraires au choix de l'association avec laquelle elle entreprendra des négociations collectives. Si, comme le reconnaît le juge Cory, le gouvernement des territoires du Nord-Ouest n'était pas tenu d'adopter un régime de négociation collective, alors, à mon avis, il s'ensuit logiquement que des restrictions imposées à un droit d'origine purement législative ne font pas intervenir la protection de l'al. 2d) de la *Charte*. Si l'alinéa 2d) ne garantit pas le droit de négocier collectivement, je suis incapable de comprendre comment il peut garantir un droit à un agent négociateur en particulier. Tirer une autre conclusion aurait pour effet de constitutionnaliser des droits de négocier collectivement, une proposition que notre Cour a rejetée à la majorité dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*.

Pour ces motifs, et non sans beaucoup d'hésitation compte tenu des opinions que j'ai exprimées dans la trilogie d'arrêts en matière de droit du travail sur la portée de l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, je conclus qu'à moins de renverser les motifs de la majorité de notre Cour dans la trilogie, le présent pourvoi doit être rejeté, avec dépens aux intimés. Je partage

that the constitutional questions should be answered as follows:

1. Does s. 42(1) of the *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, c. P-13, as amended, infringe the freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? ^a

Answer: No.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, can s. 42(1) of the *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, c. P-13, as amended, be justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? ^b

Answer: The question need not be answered.

The reasons of Wilson, Gonthier and Cory JJ. were delivered by

CORY J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleague Justice Sopinka. While I agree with his position regarding the issue of standing, I must respectfully disagree with his conclusion that s. 42(1)(b) of the *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, c. P-13, as amended, does not contravene s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The Public Service Act

The *Public Service Act* is a comprehensive statute designed to regulate all aspects of employment in the public service of the Northwest Territories. It is relatively short with only 50 sections. Nonetheless, its provisions are broad in their scope. They encompass the organization of the public service, the classification of jobs, the making of appointments, and the terms and conditions of employment, including pay, suspensions, demotions, dismissals and holidays. The Act, by s. 42(2), also makes provision for the Commissioner (now described in the Act as the Minister) to enter into a collective agreement with an employees' association.

The most cursory review of the Act reveals one very significant feature. The Commissioner is specifically empowered to make a wide range of decisions. The Commissioner manages and directs the public service (s. 3); classifies the service and

l'avis du juge Sopinka que les questions constitutionnelles doivent recevoir les réponses suivantes:

1. Le paragraphe 42(1) de la *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, ch. P-13 et ses modifications, viole-t-il la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 42(1) de la *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, ch. P-13 et ses modifications, peut-il se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

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

Version française des motifs des juges Wilson, Gonthier et Cory rendus par

LE JUGE CORY—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mon collègue le juge Sopinka. Bien que je sois du même avis que lui sur la question de la qualité pour agir, je dois, en toute déférence, être en désaccord avec sa conclusion que l'al. 42(1)b) de la *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, ch. P-13 et ses modifications, n'enfreint pas l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

La Public Service Act

La *Public Service Act* est une loi générale qui vise à régir tous les aspects de l'emploi dans la fonction publique des territoires du Nord-Ouest. Elle est assez brève, ne comportant que 50 articles. Néanmoins, ses dispositions ont une large portée. Elles comprennent l'organisation de la fonction publique, la classification des emplois, les nominations et les conditions d'emploi, dont la rémunération, les suspensions, les rétrogradations, les renvois et les vacances. La Loi, à son par. 42(2), dispose aussi que le Commissaire (maintenant désigné dans la Loi par le mot Ministre) peut conclure une convention collective avec une association d'employés.

Même une lecture très rapide de la Loi en révèle un aspect très important. Le Commissaire y est habilité expressément à prendre une grande variété de décisions. Le Commissaire gère et dirige la fonction publique (art. 3), il établit la classifica-

each position within it (s. 5); establishes the rates of pay (s. 7); has the exclusive right and authority to appoint persons to positions in the service (s. 15(1)); can dismiss or lay off employees (ss. 26 and 32); and can make regulations to carry the provisions and purposes of the Act into effect (s. 40). The Government, through the Commissioner, has thus retained the means of controlling the conditions of employment in the public service.

This control is reflected in the collective bargaining provisions of the Act. Section 42(1)(a) defines a collective agreement as being an agreement entered into between the Commissioner and an "employees' association". Section 42(1)(b) defines an employees' association as follows:

42. (1) In sections 42 to 46

(b) "employees' association" means an association of public service employees incorporated by an Act empowering it to bargain collectively.

Section 42(2) then states that the Commissioner "may" enter into a collective agreement with such an association.

The result of these provisions is that the government is able to control every aspect of the collective bargaining process. Not only does the Act give the government an unfettered discretion to choose which association will be incorporated as a collective bargaining agent under s. 42(1)(b), but it also makes the negotiation of a collective agreement a discretionary process on the part of the government. This Act is one of the few statutes governing labour relations extant in Canada which makes not only the choice of the employees' association but also a change of that association by the employees subject to the approval of the government, which is the employer. Whether that approval is to be given is within the absolute discretion of the government employer.

The legislative scheme seems to heavily favour the government to the extent of being one-sided, but this case is not concerned with the apparent

tion des services et chacun des postes qu'elle comporte (art. 5), il établit les échelles de salaires (art. 7), il a le droit et le pouvoir exclusifs de nommer des personnes à des postes de la fonction publique (par. 15(1)), il peut congédier des employés ou les mettre en disponibilité (art. 26 et 32), et il peut promulguer des règlements d'application de la Loi (art. 40). Le gouvernement a donc, par l'entremise du Commissaire, conservé le moyen de contrôler les conditions d'emploi dans la fonction publique.

Ce contrôle se reflète dans les dispositions de la Loi relatives à la négociation collective. L'alinéa 42(1)a) définit une convention collective comme une entente intervenue entre le Commissaire et une «association d'employés». L'alinéa 42(1)b) définit une association d'employés de la façon suivante:

a [TRADUCTION] 42. (1) Aux articles 42 à 46

b) «association d'employés» signifie une association d'employés de la fonction publique constituée en personne morale par une loi qui l'habilite à négocier collectivement.

Le paragraphe 42(2) précise ensuite que le Commissaire [TRADUCTION] «peut» conclure une convention collective avec une telle association.

f Ces dispositions ont comme conséquence que le gouvernement est en mesure de contrôler tous les aspects du processus de négociation collective. Non seulement la Loi donne-t-elle au gouvernement le pouvoir discrétionnaire absolu de déterminer quelle association sera constituée en personne morale à titre d'agent négociateur en vertu de l'al. 42(1)b), mais elle fait dépendre la négociation d'une convention collective de la seule volonté du gouvernement. La Loi est l'une des quelques lois qui régissent les relations de travail en vigueur au Canada qui soumet le choix de l'association d'employés de même que le changement d'association par les employés à l'approbation du gouvernement, qui est aussi l'employeur. Cette approbation est laissée à l'entière discrétion du gouvernement employeur.

j Ce régime juridique semble tellement favoriser le gouvernement qu'il en devient inéquitable, mais, en l'espèce, nous n'avons pas à juger de l'iniquité

unfairness of the legislation. Rather, the question is whether the Act infringes the right of freedom of association enshrined in s. 2(d) of the *Charter*.

Section 2(d)

Section 2(d) of the *Charter* provides:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(d) freedom of association.

The section must be considered in light of three decisions of this Court: *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 (the *Alberta Reference*); *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; and *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460. A helpful summary of the positions taken in these cases was made by MacGuigan J. in *NSNU, Devco Local v. Canada Labour Relations Board* (1989), 58 D.L.R. (4th) 225 (F.C.A.), at p. 232, where he stated:

In those cases three of the six participating judges held that the guarantee of freedom of association in s. 2(d) of the *Charter* does not include a guarantee either of the right to bargain collectively or of the right to strike, two judges held that it included both guarantees, and the sixth held that it did not include a guarantee of the right to strike (which was all that was necessary for decision in those cases) but left open the possibility that other aspects of collective bargaining may be *Charter*-protected.

Two of the cases in the trilogy, namely, the *Alberta Reference* and *RWDSU*, considered whether s. 2(d) constitutionally protected the right to strike. McIntyre J. held in those cases that the right to strike was not protected under s. 2(d). In the *Alberta Reference*, he also seemed to suggest that the right to bargain collectively was not included under the guarantee of freedom of association, although that issue was not specifically before the Court. In fact, Le Dain J. stated in his reasons in the *Alberta Reference* at p. 390:

I agree with McIntyre J. that the constitutional guarantee of freedom of association in s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not include, in the

apparente des dispositions législatives. La question à trancher est plutôt celle de savoir si la Loi porte atteinte à la liberté d'association garantie à l'al. 2d) de la *Charte*.

^a L'alinéa 2d)

L'alinéa 2d) est ainsi rédigé:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

^b d) liberté d'association.

Il faut analyser cet alinéa en fonction des trois décisions de notre Cour: *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (le *Renvoi relatif à l'Alberta*), *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424, et *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460. Le juge MacGuigan, de la Cour d'appel fédérale, a résumé utilement les positions exprimées dans ces jugements dans l'arrêt *Syndicat des infirmières de la Nouvelle-Écosse, Section Devco («SINE») c. Conseil canadien des relations du travail C.A.F.*, n° A-973-87, 23 mars 1989*, à la p. 8:

^e Dans ces affaires, trois des six juges ont décidé que la liberté d'association garantie par l'alinéa 2d) de la *Charte* n'inclut aucune garantie du droit de négocier collectivement ou de faire la grève; deux juges ont émis l'opinion qu'elle incluait les deux garanties; le sixième a décidé qu'elle n'incluait pas le droit de faire la grève, (seul point sur lequel il était nécessaire de statuer dans ces affaires) mais il a laissé entendre qu'il était possible que sous d'autres aspects la négociation collective puisse bénéficier de la protection de la *Charte*.

^g Dans deux des arrêts formant la trilogie, soit le *Renvoi relatif à l'Alberta* et *SDGMR*, on a examiné si l'al. 2d) garantit un droit constitutionnel de faire la grève. Dans ces deux décisions, le juge McIntyre a statué que l'al. 2d) ne garantit pas le droit de faire la grève. Dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, il semble aussi vouloir dire que le droit de négocier collectivement n'est pas compris dans la garantie relative à la liberté d'association, bien que cette question n'ait pas été expressément soumise à la Cour. De fait, le juge Le Dain affirme dans les motifs de jugement qu'il a rédigés dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, à la p. 390:

^j Je suis d'accord avec le juge McIntyre pour dire que la garantie constitutionnelle de la liberté d'association que l'on trouve à l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits*

* Retenu pour publication dans [1990] 3 C.F.

case of a trade union, a guarantee of the right to bargain collectively and the right to strike, and accordingly I would dismiss the appeal and answer the constitutional questions in the manner proposed by him.

However, in his reasons in *PSAC*, McIntyre J. indicated that he did not intend to go that far. In *PSAC* the constitutional validity of legislation which imposed a “6 and 5” percentage cap on wage increases for two years and denied the right to strike or to lockout during that time frame was questioned. McIntyre J. referred to his reasons in the *Alberta Reference*, and wrote at p. 453:

... I am of the opinion that s. 2(d) of the *Charter* does not include a constitutional guarantee of a right to strike. My finding in that case does not, however, preclude the possibility that other aspects of collective bargaining may receive *Charter* protection under the guarantee of freedom of association. [Emphasis added.]

He went on to hold that the legislation in question did not infringe s. 2(d) because, while it limited the bargaining power of the union, it still permitted negotiations between the employer and the union with regard to other terms and conditions of employment.

In *PSAC*, as in the other cases of the trilogy, Dickson C.J. and Wilson J. expressed the opinion that s. 2(d) did constitutionally guarantee a right to collectively bargain. On the other hand, Le Dain J., with Beetz and La Forest JJ. concurring, found that s. 2(d) did not include such a right. It can be seen that the Court appears to have been evenly divided on the question of whether s. 2(d) could guarantee at least some aspects of the right to collectively bargain. It thus remains an open question as to whether all aspects of collective bargaining are precluded from s. 2(d) protection.

However, it is not necessary for the disposition of this case to re-open that issue. Here, the legislation in question sets up a collective bargaining regime. It then precludes all employees, groups or

et libertés ne comprend pas, dans le cas d'un syndicat, la garantie du droit de négocier collectivement et du droit de faire la grève. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière qu'il propose.

Cependant, dans les motifs qu'il a rédigés dans l'affaire *AFPC*, le juge McIntyre indique qu'il n'avait pas eu l'intention d'aller aussi loin. Dans l'affaire *AFPC*, on contestait la constitutionnalité des lois qui limitaient à 6 pour 100 et 5 pour 100 les augmentations de salaires pour deux ans et refusaient le droit de grève et de lock-out pendant la même période. Le juge McIntyre, mentionnant ses motifs de jugement dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, affirme, à la p. 453:

... je suis d'avis que l'al. 2d) de la *Charte* n'inclut pas une garantie constitutionnelle du droit de faire la grève. Toutefois, ma conclusion dans cet arrêt n'écarte pas la possibilité que d'autres aspects de la négociation collective puissent bénéficier de la protection de la *Charte* en vertu de la garantie de la liberté d'association. [Je souligne.]

Il poursuit en disant que les dispositions législatives en cause ne portaient pas atteinte à l'al. 2d) parce que, même si elles restreignaient le pouvoir de négocier du syndicat, elles permettaient quand même que des négociations entre l'employeur et le syndicat aient lieu relativement aux autres conditions d'emploi.

Dans l'arrêt *AFPC*, comme dans les autres arrêts de la trilogie, le juge en chef Dickson et le juge Wilson ont exprimé l'avis que l'al. 2d) garantit un droit constitutionnel de négocier collectivement. Par contre, le juge Le Dain, aux motifs duquel les juges Beetz et La Forest ont souscrit, a conclu que l'al. 2d) ne comporte pas ce droit. On peut donc constater que la Cour paraît divisée également sur la question de savoir si l'al. 2d) peut garantir au moins certains aspects du droit de négocier collectivement. La question de savoir si tous les aspects de la négociation collective sont exclus de la protection conférée par l'al. 2d) n'est donc pas encore tranchée.

Cependant, il n'est pas nécessaire, pour résoudre le présent pourvoi, de revenir sur cette question. En l'espèce, les dispositions législatives en cause établissent un régime de négociation collective.

associations except the group or groups incorporated by the exercise of an absolute government discretion from participating in that process. To my mind, this strikes at the very heart of freedom of association.

Nature of the Freedom of Association

Freedom of association is the freedom to join together for the purpose of achieving common goals. It is a right that is fundamental to a free and democratic society. Le Dain J. in the *Alberta Reference* wrote at p. 391:

... the freedom to work for the establishment of an association, to belong to an association, to maintain it, and to participate in its lawful activity without penalty or reprisal is not to be taken for granted.

The right of association is vitally important in our industrialized society. As C. Wilfred Jenks remarked in *Human Rights and International Labour Standards* (1960), at p. 49:

In an age of interdependence and large-scale organisation, in which the individual counts for so little unless he acts in co-operation with his fellows, freedom of association has become the cornerstone of civil liberties and social and economic rights alike.

Freedom of association, like freedom of expression and freedom of religion, is an individual right. It is not a right which adheres to a group, or to the purposes or objectives of that group. As Clyde W. Summers observed in "Freedom of Association and Compulsory Unionism in Sweden and the United States" (1964), 112 *U. Pa. L. Rev.* 647, at p. 647:

Although commonly asserted by the organization, freedom of association is not simply a collective right vested in the organization for its benefit. Freedom of association is an individual right vested in the individual to enable him to enlarge his personal freedom. Its function is not merely to grant power to groups, but to enrich the individual's participation in the democratic process by his acting through those groups. [Emphasis added.]

Elles empêchent donc de participer à ce processus tous les employés, groupes ou associations d'employés, sauf le ou les groupes constitués en personnes morales en vertu de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire absolu du gouvernement. À mon avis, ces dispositions visent l'essence même de la liberté d'association.

Nature de la liberté d'association

La liberté d'association est la liberté de se joindre à d'autres personnes dans le but de réaliser des objectifs communs. C'est un droit fondamental dans une société libre et démocratique. Le juge Le Dain affirme, à la p. 391 du *Renvoi relatif à l'Alberta*:

... la liberté de travailler à la constitution d'une association, d'appartenir à une association, de la maintenir et de participer à ses activités licites sans faire l'objet d'une peine ou de représailles ne doit pas être tenue pour acquise.

Le droit d'association a une importance vitale dans notre société industrialisée. Comme C. Wilfred Jenks le fait remarquer dans *Human Rights and International Labour Standards* (1960), à la p. 49:

[TRADUCTION] Dans une ère d'interdépendance et d'organisation sur grande échelle où l'individu compte pour si peu s'il n'agit pas de concert avec ses semblables, la liberté d'association est devenue la pierre angulaire des libertés civiles et des droits socio-économiques.

La liberté d'association, comme la liberté d'expression et la liberté de religion, est un droit individuel. Il ne s'agit pas d'un droit qui se rattache à un groupe ou aux objectifs de ce groupe. Comme Clyde W. Summers le souligne dans «Freedom of Association and Compulsory Unionism in Sweden and the United States» (1964), 112 *U. Pa. L. Rev.* 647, à la p. 647:

[TRADUCTION] Bien qu'elle soit ordinairement revendiquée par l'organisation, la liberté d'association n'est pas seulement un droit collectif conféré à l'organisation pour son avantage. La liberté d'association est un droit individuel dont la personne est investie dans le but de lui permettre d'accroître sa liberté personnelle. Son rôle n'est pas seulement de conférer des pouvoirs à des groupes, mais de favoriser la participation de l'individu au processus démocratique en lui permettant d'agir par l'intermédiaire de ceux-ci. [Je souligne.]

Whenever people labour to earn their daily bread, the right to associate will be of tremendous significance. Wages and working conditions will always be of vital importance to an employee. It follows that for an employee the right to choose the group or association that will negotiate on his or her behalf with regard to those wages and working conditions is of fundamental importance. The association will play a very significant role in almost every aspect of the employee's life at work, acting as advisor, as spokesperson in negotiations, and as a shield against wrongful acts of the employer. If collective bargaining is to function properly, employees must have confidence in their representative. That confidence will be lost if the individual employee is unable to choose the association.

Effect of the Northwest Territories Act on the Right of Association

At the outset it must be acknowledged that the Northwest Territories government was under no duty to enact a collective bargaining legislative scheme. Nor could an association of employees claim that it had a constitutional right to the enactment of such a scheme. However, once the Northwest Territories government undertook to enact such a legislative scheme, the legislation became subject to constitutional scrutiny. It follows that I cannot agree with the position taken by my colleague that if a government has no duty to bargain with anyone, then it also may, in the exercise of an absolute discretion, choose with whom it wishes to bargain. While this concept may hold true in a completely open economy, it cannot be applied in Canada where legislation has been enacted which governs and controls the collective bargaining process.

Section 42(1)(b) of the Act allows the government to totally monopolize the decision as to which associations are to be incorporated and thereby become "employees' association[s]". Only the government can incorporate an employees' association. Only those associations which in the discretion of the government have been incorporated can then participate in the collective bar-

Partout où des personnes travaillent pour gagner leur vie, le droit d'association a une importance énorme. Le salaire et les conditions de travail auront toujours une importance vitale pour un employé. Il s'ensuit que pour un employé, le droit de choisir le groupe ou l'association qui négociera pour son compte ce salaire et ces conditions de travail a une importance fondamentale. L'association jouera un rôle très important dans à peu près tous les aspects de la vie de l'employé dans son lieu de travail, en faisant fonction de conseiller, de porte-parole dans les négociations et de rempart contre les actes illicites de l'employeur. Pour que les négociations collectives donnent des résultats, les employés doivent avoir confiance en leurs représentants. Cette confiance n'existera pas si l'employé à titre individuel n'est pas en mesure de choisir l'association.

Conséquences de la loi des territoires du Nord-Ouest sur le droit d'association

Il faut reconnaître, au départ, que rien n'obligeait le gouvernement des territoires du Nord-Ouest à adopter un régime législatif de négociation collective. Une association d'employés ne pouvait pas non plus prétendre avoir un droit constitutionnel à l'adoption d'un tel régime. Cependant, dès que le gouvernement des territoires du Nord-Ouest a entrepris d'adopter un tel régime législatif, ces dispositions législatives devinrent sujettes à un examen de leur constitutionnalité. Il s'ensuit que je ne puis souscrire à l'avis de mon collègue qui affirme que si un gouvernement n'est pas tenu de négocier avec qui que ce soit, il peut alors, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire absolu qu'il possède, choisir avec qui il négociera. Bien que cette idée soit valable dans une économie absolument libre, elle ne peut s'appliquer au Canada où des lois régissent et contrôlent le processus de négociation collective.

L'alinéa 42(1)b) de la Loi permet au gouvernement de se réserver de façon absolue le droit de décider quelles associations seront constituées en personnes morales et deviendront ainsi des «association[s] d'employés». Seul le gouvernement peut constituer une association d'employés en personne morale. Seules les associations que le gouvernement a constituées en personnes morales dans

gaining process. The legislated governmental discretion to create these entities must of necessity also include a governmental discretion to refuse to incorporate an association. There are neither bars to curb nor guidelines to direct the exercise of this absolute discretion. The section provides the means by which the government can, for all collective bargaining purposes, deny the very existence of an association selected by the employees to bargain on their behalf. Such an untrammelled governmental discretion must *prima facie* violate an individual's freedom of association.

The right of the individual employee to join the association of his or her choice seems to me to be of fundamental importance. It not only enables the individual to better participate in the democratic process by acting through a group, but it permits the individuals to act in concert to seek fairness in wage settlements and working conditions. At the very least, the forming or changing of an entity to undertake collective bargaining is entitled to the protection of the *Charter* right of freedom of association.

The right of employees to change their collective bargaining association is just as important as the right to form it. It may be important to a group of employees to be represented by a national or international union. Such an entity may have access to expert advice on a wide variety of subjects ranging from the field of economics to the effects on health and safety of their work. At other times the reverse may be true and for valid reasons the employees may wish to be represented by a small and local entity. The needs of the employees are only known by them, and they should have the right to choose the association which can best represent their needs. Section 42(1)(b) of the Act denies them of that choice.

A simple example may help to illustrate the pernicious nature of the *Public Service Act* and to illustrate the problem faced by employees seeking to form an association. Let us imagine that s.

l'exercice de son pouvoir discrétionnaire peuvent prendre part au processus de négociation collective. Le pouvoir discrétionnaire que le gouvernement possède en vertu de la Loi de créer ces entités comporte forcément celui de refuser de constituer une association en personne morale. Il n'y a ni obstacle qui empêche, ni directive qui détermine l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire absolu. L'alinéa fournit au gouvernement la possibilité de refuser, pour toutes les fins de la négociation collective, l'existence même à l'association choisie par les employés pour négocier en leur nom. Un tel pouvoir discrétionnaire illimité doit, à première vue, enfreindre la liberté d'association d'une personne.

Le droit d'un employé à titre individuel d'adhérer à une association de son choix me paraît avoir une importance fondamentale. Non seulement permet-il à la personne de mieux participer au processus démocratique en agissant par l'intermédiaire d'un groupe, mais il permet en outre aux personnes d'agir de concert en vue d'obtenir des conditions de travail et des salaires équitables. À tout le moins, la formation ou le changement de l'entité qui doit procéder à des négociations collectives est protégé en vertu de la liberté d'association consacrée par la *Charte*.

Le droit des employés de changer l'association qui doit procéder à des négociations collectives est aussi important que celui de la former. Il peut être important pour un groupe d'employés d'être représenté par un syndicat national ou international. Un tel organisme peut disposer de conseils spécialisés sur une grande variété de sujets depuis le domaine de l'économie jusqu'aux répercussions de leur travail sur la santé et la sécurité. Dans d'autres circonstances, il peut en être autrement; les employés peuvent avoir des motifs valables de vouloir être représentés par un petit organisme local. Seuls les employés savent ce dont ils ont besoin et ils devraient avoir le droit de choisir l'association qui fera le mieux valoir leurs besoins. L'alinéa 42(1)(b) de la Loi les prive de ce choix.

Un simple exemple peut aider à faire voir le caractère pernicieux de la *Public Service Act* et à illustrer le problème auquel les employés qui cherchent à former une association sont confrontés.

42(1)(b) applied to all employees' associations, not just those concerned with collective bargaining. Suppose individual employees formed an association, a team, to play hockey or baseball. The Government, through the Commissioner, could say that only those teams approved at the discretion of the Government are allowed to play baseball or hockey, or even to attempt to book ice time or to reserve a baseball field. The Government would still graciously permit the team members to meet whenever or wherever they liked, at which meetings they could discuss the weather or the standard of television programs. However, they could not play baseball or hockey. In those circumstances the right of the employees to associate for the lawful purpose of playing baseball or hockey would have been frustrated. How much more important is the right to form an association for the purpose of collective bargaining? Yet, the employees' right to select, to form, or to change the association which they wish to have bargain collectively on their behalf is frustrated in the case at bar by the provisions of s. 42(1)(b), and, as a result, their guaranteed *Charter* right to associate is infringed.

It follows that I cannot accept the statement of my colleague that "s. 42(1)(b) has no effect on the existence of the Institute" (p. 405) and that the union exists as long as the individuals can meet at a town hall and discuss their grievances. The hypothetical team in the example above did not exist because, while the members could meet, they could not play hockey or baseball. Similarly, a union can only exist if it is allowed to bargain collectively. That is the *raison d'être* of a union. In order to carry out its function of bargaining it must be recognized pursuant to the provisions of the relevant labour legislation. However, such an association or union does not "exist" under the Northwest Territories Act until it is incorporated as an "employees' association". The Act thus effectively prevents, 'unincorporated' associations from coming into existence and, by frustrating the employees' choice, thereby infringes the individual

Supposons que l'al. 42(1)b) s'applique à toutes les associations d'employés et non seulement à celles qui s'occupent de négociations collectives. Supposons que des employés forment une association, une équipe, dans le but de jouer au hockey ou au base-ball. Le gouvernement pourrait, par l'intermédiaire du Commissaire, décréter que seules les équipes approuvées selon le bon plaisir du gouvernement ont le droit de jouer au hockey ou au base-ball, ou même de réserver l'utilisation d'une patinoire ou d'un terrain de base-ball. Le gouvernement aurait quand même la générosité de permettre aux membres de cette équipe de se réunir où ils le voudraient, quand ils le voudraient, et de les laisser discuter à ces réunions de la pluie et du beau temps ou de la qualité des émissions de télévision. Par contre, ils ne pourraient jouer ni au hockey ni au base-ball. Dans de telles circonstances, le droit des employés de s'associer dans le but légitime de jouer au hockey ou au base-ball serait nié. Le droit de former une association dans le but de procéder à des négociations collectives n'est-il pas beaucoup plus important? Pourtant, les dispositions de l'al. 42(1)b) refusent en l'espèce aux employés le droit de choisir, de former ou de changer l'association qu'ils souhaitent voir négocier collectivement pour leur compte et, par conséquent, enfreignent leur droit d'association garanti par la *Charte*.

Il s'ensuit que je ne puis accepter l'affirmation de mon collègue que «l'al. 42(1)b) n'a aucun effet sur l'existence de l'Institut» (p. 405) et que le syndicat existe pour autant que les personnes peuvent, à titre individuel, se réunir dans une salle paroissiale pour discuter de leurs griefs. L'équipe hypothétique de l'exemple qui précède n'existait pas parce que, même si ses membres pouvaient se réunir, ils ne pouvaient pas jouer au hockey ou au base-ball. De même, un syndicat n'existe que s'il lui est permis de négocier collectivement. C'est la raison d'être d'un syndicat. Pour exercer son rôle d'agent négociateur, il doit être accrédité conformément aux dispositions applicables du droit du travail. Cependant, en vertu de la loi des territoires du Nord-Ouest, une telle association ou un tel syndicat n'«existe» qu'à la condition d'être constitué en «association d'employés». La Loi empêche donc effectivement les associations «non consti-

employees' right to associate. To say that the union exists as long as the individuals can meet and discuss their grievances is, with respect, to cast a spell of unreality over the situation. The voiced grievances would have no more effect than casual complaints about the weather.

That section 42(1)(b) denies the employees their right to associate was also acknowledged by Kerans J.A. in the Court of Appeal below. He stated ([1988] N.W.T.R. 223, at p. 233):

On the other hand, the requirement that the proposed bargaining agent be incorporated by the council might bear on freedom of association. Moreover, the limit is acknowledged to be unnecessary and capricious and the result of legislative oversight, so that it could not be sustained on invocation of s. 1 [of the *Charter*]. Therefore, the prospect of striking down looms unless the interpretive approach discussed at the outset can save it.

Kerans J.A. thus concluded that s. 42(1)(b) violated the employees' freedom of association. However, he held that the constitutionality of the section could be saved by reading in the words "or recognized" after the word "incorporated". In my view, it was not open to the Court of Appeal to add these words to change the natural meaning of incorporated and thereby alter the sense of s. 42(1)(b). Nor would the addition of those words save the constitutionality of the section. The sole purpose of incorporating an association is to obtain recognition under the Act. The constitutionality of the section thus hinges not upon recognition, but upon the denial of the right to choose the employees' association. Kerans J.A. was originally correct when he held that the Act violated s. 2(d) of the *Charter*.

In summary, it is the very formation or changing of the employees' association which is restricted by s. 42(1)(b). To say that the association exists independently of its being incorporated under the

tuées» d'exister et, en contrecarrant le choix des employés, elle porte par conséquent atteinte au droit des employés de s'associer. Affirmer que le syndicat existe dans la mesure où les personnes peuvent, à titre individuel, se réunir et discuter de leurs griefs équivaut, en toute déférence, à ignorer la réalité de la situation. Les discussions sur les griefs n'auront pas plus d'effet que de banales récriminations contre le temps qu'il fait.

En Cour d'appel, le juge Kerans a aussi reconnu que l'al. 42(1)b) porte atteinte au droit d'association des employés. Il dit ceci ([1988] N.W.T.R. 223, à la p. 233):

[TRADUCTION] D'autre part, l'exigence que le conseil constitue en personne morale l'agent négociateur proposé pourrait influencer sur la liberté d'association. De plus, cette restriction est tenue pour inutile et fantaisiste et comme résultant d'un oubli du législateur, de sorte qu'elle ne saurait être sauvegardée par application de l'article premier [de la *Charte*]. En conséquence, elle risque d'être déclarée inopérante à moins que l'interprétation déjà mentionnée au début ne permette de la sauvegarder.

Le juge Kerans a donc conclu que l'al. 42(1)b) viole la liberté d'association des employés. Cependant, il a statué qu'il était possible de préserver la constitutionnalité de l'alinéa en ajoutant les mots [TRADUCTION] «ou reconnue» après l'expression [TRADUCTION] «constituée en personne morale». Selon moi, il n'était pas loisible à la Cour d'appel d'ajouter ces mots de manière à changer le sens ordinaire de l'expression [TRADUCTION] «constituée en personne morale» et, par conséquent, à modifier le sens de l'al. 42(1)b). L'addition de ces mots n'aurait pas pour effet de préserver la constitutionnalité de l'alinéa. Le seul objet de la constitution d'une association en personne morale est d'obtenir la reconnaissance en vertu de la Loi. La constitutionnalité de l'alinéa dépend non pas de la reconnaissance, mais de l'atteinte portée au droit de choisir l'association d'employés. Le juge Kerans a eu raison, au départ, de statuer que la Loi viole l'al. 2d) de la *Charte*.

En résumé, l'al. 42(1)b) limite la formation ou le changement même de l'association d'employés. Dire que l'association existe sans avoir été constituée au sens de la Loi équivaut à dépouiller de tout

legislation would be to denude the right granted by s. 2(d) of the *Charter* of any significance. The fact that the people who form the association (the union) may still meet together without interference from the state has no meaning if this association cannot be recognized under the relevant labour legislation. Section 42(1)(b) so restricts the freedom to form and change an association that it infringes the individual's right to associate protected by s. 2(d) of the *Charter*. Once a government has enacted a statutory definition of a group, as a legal entity, then any individual should be able to attempt to get his or her group recognized as such an entity, or to change the existing group entitled to exercise the rights granted under that legislative scheme. Arbitrary or totally discretionary restrictions placed upon the employees' right to choose their association must prima facie violate the freedom of association.

Section 1 of the *Charter*

It remains to be determined whether s. 42(1)(b) can be saved as justifiable legislation under s. 1 of the *Charter*. The general principles which govern a s. 1 analysis have been enunciated in a number of decisions of this Court, particularly in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, and *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. These cases dictate a two-step analysis. First, the court must assess the importance of the objective underlying the impugned legislation; and secondly, it must determine whether the means employed to achieve the purpose of the legislation are proportional to that objective.

Legislative Objective

Section 42(1)(b) allows for the recognition of a union as an "employees' association" under the Act. The section does this through the "incorporation" of an association. This is comparable to the certification of a union in other jurisdictions.

The certification procedure is the foundation of any collective bargaining regime. George Adams in *Canadian Labour Law: A Comprehensive Text* (1985) wrote, at p. 309:

son sens le droit reconnu par l'al. 2d) de la *Charte*. Le fait que les personnes qui forment l'association (le syndicat) peuvent quand même se réunir sans empêchement de la part de l'État n'a aucun sens si l'association ne peut pas être reconnue en vertu des dispositions de droit du travail applicables. L'alinéa 42(1)b) restreint tellement la liberté de constituer ou de changer une association qu'il porte atteinte au droit qu'ont les personnes de s'associer en vertu de l'al. 2d) de la *Charte*. Dès qu'un gouvernement adopte une définition législative d'un groupe, à titre d'entité juridique, toute personne devrait pouvoir essayer de le faire reconnaître comme tel ou de changer le groupe déjà habilité à exercer les droits accordés par ce régime législatif. Toute restriction arbitraire ou absolument discrétionnaire apportée au droit des employés de choisir leur association doit, à première vue, enfreindre la liberté d'association.

L'article premier de la *Charte*

Il reste à déterminer si l'al. 42(1)(b) peut être sauvegardé à titre de disposition dont la justification peut se démontrer en vertu de l'article premier de la *Charte*. Les principes généraux qui régissent une analyse fondée sur l'article premier ont été énoncés dans un certain nombre d'arrêts de notre Cour, notamment *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, et *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Ces arrêts prescrivent une analyse en deux étapes. D'abord, la cour doit déterminer l'importance de l'objectif qui sous-tend la mesure législative contestée, puis elle doit déterminer si le moyen employé pour atteindre cet objectif est proportionné au but poursuivi.

L'objectif de la mesure législative

L'alinéa 42(1)(b) permet de reconnaître un syndicat comme une «association d'employés» au sens de la Loi. L'alinéa le fait par la «constitution en personne morale» d'une association. Cela se compare à l'accréditation d'un syndicat dans d'autres ressorts.

La procédure d'accréditation est le fondement même de tout régime de négociation collective. George Adams affirme, à la p. 309 de la *Canadian Labour Law: A Comprehensive Text* (1985):

The certification process is at the heart of our system of collective bargaining and has a fundamental impact on labour relations . . . [M]odern collective bargaining laws were enacted to eliminate recognition conflicts. While an employer might voluntarily recognize a trade union as the bargaining representative of a coherent group of employees or “bargaining unit”, collective bargaining laws create a statutory procedure for the administrative determination of the appropriate bargaining unit and the authorized employee representative.

By specifying who the bargaining agent for certain employees shall be, the legislation provides a structure within which collective bargaining may take place. Collective bargaining would be well nigh impossible if a large number of separate associations were all vying to represent the same employees. To avoid such a situation the legislation dictates the method by which an association may win recognition under the statute by being “incorporated” or “certified” as a bargaining agent. After it has been duly recognized, the association can then enter into negotiations with the employer.

It is important to note that the exclusive bargaining agency aspects of the scheme are not the result of recognition under the Act. Rather they are the result of a separate section which grants such a right to the certified union or employees’ association. The issue as to whether a right to exclusive bargaining status should have constitutional protection thus does not arise in this case. That is an entirely separate and independent aspect of the legislative scheme. The sole question in the case at bar is whether a certain association should even be allowed an opportunity to participate in collective bargaining under the legislative scheme.

The objective of the Act is thus to provide the means of selecting a collective bargaining agent for the employees. The result of the selection process will inevitably be that not every employee’s chosen association will achieve bargaining agent status. However, the necessity of having some structure to the process is of vital importance, and

[TRADUCTION] Le processus d’accréditation est au centre de notre régime de négociation collective et il a des conséquences fondamentales sur les relations de travail. [. . .] [L]es textes législatifs modernes relatifs aux négociations collectives ont été édictés en vue d’éliminer les conflits en matière de reconnaissance. Bien que l’employeur puisse reconnaître de son plein gré un syndicat ouvrier à titre d’agent négociateur d’un groupe homogène d’employés ou d’une «unité de négociation», les lois relatives aux négociations collectives établissent une procédure applicable à la détermination administrative de l’unité de négociation appropriée et des représentants autorisés des employés.

En précisant qui sera agent négociateur pour un groupe d’employés, la mesure législative établit un régime dans lequel les négociations collectives peuvent se dérouler. Celles-ci seraient presque impossibles si un grand nombre d’associations distinctes cherchaient toutes à représenter les mêmes employés. Pour éviter cette situation, la mesure législative détermine la manière dont une association peut obtenir la reconnaissance en vertu de la Loi en étant «constituée en personne morale» ou «accréditée» à titre d’agent négociateur. Après avoir été dûment reconnue, une association peut engager des négociations avec l’employeur.

Il importe de souligner que le caractère exclusif de la représentation collective ne découle pas de la reconnaissance en vertu de la Loi. Il découle plutôt d’un autre article qui confère ce droit au syndicat accrédité ou à l’association d’employés. La question de savoir si le droit à l’exclusivité de négocier doit bénéficier d’une protection constitutionnelle ne se pose donc pas en l’espèce. C’est un aspect tout à fait distinct et indépendant de ce régime législatif. La seule question soulevée par l’espèce est de savoir si une association donnée devrait même avoir la possibilité de participer aux négociations collectives en vertu du régime établi par la Loi.

La Loi a donc pour objet de donner le moyen de choisir l’agent qui négociera collectivement au nom des employés. Le processus de sélection fera forcément en sorte que ce ne seront pas toutes les associations choisies par les employés qui obtiendront le statut d’agent négociateur. Cependant, la nécessité que le processus soit structuré est cru-

certainly of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right.

Proportionality

An analysis of the proportionality of the legislation involves a threefold assessment, namely (i) whether there is a rational connection between the approach used in the legislation and the objective it is meant to serve; (ii) whether the measure impairs as little as possible the right or freedom in question; and (iii) whether the deleterious effects of the legislation are justifiable in light of the objective it is meant to serve.

At the outset it may be helpful to compare s. 42(1)(b) with the enactments of other jurisdictions. If section 42(1)(b) accomplishes the same task in a comparable manner to the other statutes, then there would be a strong argument for upholding the constitutional validity of the legislation. Such, however, is not the result.

The *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, outlines a certification procedure in ss. 25 to 31. Section 28 provides:

28. Where the Board

- (a) has received from a trade union an application for certification as the bargaining agent for a unit,
- (b) has determined the unit that constitutes a unit appropriate for collective bargaining, and
- (c) is satisfied that, as of the date of the filing of the application or of such other date as the Board considers appropriate, a majority of the employees in the unit wish to have the trade union represent them as their bargaining agent,

the Board shall, subject to this Part, certify the trade union making the application as the bargaining agent for the bargaining unit.

Section 29 states that the Board may, when only 35 to 50 per cent of the employees in a bargaining unit are members of the union, or at any other time, order a representation vote to be taken; and s. 31 states that the result of the vote will indicate the wishes of the majority of the employees in the unit.

ciale et elle a certainement assez d'importance pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution.

a La proportionnalité

L'analyse de la proportionnalité de la mesure législative porte sur trois aspects, soit: (i) Existe-t-il un lien rationnel entre la méthode utilisée dans la mesure législative et l'objectif recherché? (ii) La mesure porte-t-elle le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question? Et (iii) les effets préjudiciables de la mesure législative sont-ils justifiables compte tenu de l'objectif visé?

Pour commencer, il peut être utile de comparer l'al. 42(1)b) avec les dispositions d'autres ressorts. Si l'alinéa 42(1)b) remplissait le même rôle que les autres lois et d'une manière comparable, il y aurait alors un argument solide en faveur de la constitutionnalité de cette disposition législative. Ce n'est cependant pas le cas.

Les articles 25 à 31 du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, énoncent la procédure d'accréditation. L'article 28 prévoit:

28. Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, le Conseil doit accréditer un syndicat lorsque les conditions suivantes sont remplies:

- a) il a été saisi par le syndicat d'une demande d'accréditation;
- b) il a défini l'unité de négociation habile à négocier collectivement;
- c) il est convaincu qu'à la date du dépôt de la demande, ou à celle qu'il estime indiquée, la majorité des employés de l'unité désiraient que le syndicat les représente à titre d'agent négociateur.

L'article 29 édicte que le Conseil peut ordonner la tenue d'un scrutin de représentation lorsque seulement 35 à 50 pour cent des employés d'une unité de négociation sont membres d'un syndicat, ou encore à tout autre moment; l'art. 31 édicte que le résultat du scrutin indique la volonté de la majorité des employés de l'unité.

Similar legislation is found in s. 7 of the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228, as amended. That section states:

7.—(1) Upon an application for certification, the Board shall ascertain the number of employees in the bargaining unit at the time the application was made and the number of employees in the unit who were members of the trade union at such time as is determined under clause 103(2)(j).

(2) If the Board is satisfied that not less than 45 per cent and not more than 55 per cent of the employees in the bargaining unit are members of the trade union, the Board shall, and if the Board is satisfied that more than 55 per cent of such employees are members of the trade union, the Board may direct that a representation vote be taken.

(3) If on the taking of a representation vote more than 50 per cent of the ballots cast are cast in favour of the trade union, and in other cases, if the Board is satisfied that more than 55 per cent of the employees in the bargaining unit are members of the trade union, the Board shall certify the trade union as the bargaining agent of the employees in the bargaining unit.

Comparable provisions are also found in *The Labour Relations Act*, R.S.M. 1987, c. L10, s. 40; *Labour Code*, R.S.B.C. 1979, c. 212, s. 43; *Labour Relations Code*, S.A. 1988, c. L-1.2, s. 37.

The similarity of these statutes was noted by George Adams in his text *Canadian Labour Law*. At page 309 he stated:

There is a broad similarity across Canada in these procedures, although different emphasis may be placed on the utilization of membership cards and representation votes as methods of determining the wishes of employees. All of the statutes provide for a bargaining representative to be chosen by "the majority of employees in a unit appropriate for collective bargaining". Labour boards, in most instances, have been given the responsibility to determine the appropriate bargaining unit and the wishes of the employees.

That these certification procedures closely resemble each other is, I believe, due to three important concepts which are inscribed in all of the labour relations Acts. First, the certification procedures are conducted by an independent third party, such as the provincial or the Canada Labour

On trouve des dispositions semblables à l'art. 7 de la *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, ch. 228 et modifications. Cet article est ainsi conçu:

7 (1) Sur requête en accréditation, la Commission vérifie le nombre d'employés compris dans l'unité de négociation à la date de la présentation de la requête et le nombre de ceux qui étaient membres du syndicat à la date fixée en vertu de l'alinéa 103(2)j).

(2) Si la Commission est convaincue qu'au moins 45 pour cent et au plus 55 pour cent des employés compris dans une unité de négociation sont membres du syndicat, elle ordonne la tenue d'un scrutin sur le caractère représentatif du syndicat. Si la Commission est convaincue que plus de 55 pour cent de ces employés sont membres du syndicat, le scrutin est facultatif.

(3) Si, à la tenue de ce scrutin, plus de 50 pour cent des bulletins de vote sont en faveur du syndicat et si, sans scrutin, la Commission est convaincue que plus de 55 pour cent des employés compris dans l'unité de négociation sont membres du syndicat, elle l'accrédite comme agent négociateur des employés compris dans l'unité de négociation.

On trouve des dispositions comparables dans la *Loi sur les relations de travail*, L.R.M. 1987, ch. L10, art. 40, le *Labour Code*, R.S.B.C. 1979, ch. 212, art. 43, et le *Labour Relations Code*, S.A. 1988, ch. L-1.2, art. 37.

George Adams souligne la similitude de ces lois dans son ouvrage *Canadian Labour Law*. Il dit, à la p. 309:

[TRADUCTION] Il existe une grande similitude dans ces procédures partout au Canada, bien qu'on n'attribue pas partout le même rôle aux cartes de membre et aux votes de représentation comme moyen de déterminer la volonté des employés. Toutes les lois édictent que l'agent négociateur sera choisi «par la majorité des employés d'une unité appropriée pour négocier collectivement». Les commissions des relations de travail se sont vu confier, dans la plupart des cas, la responsabilité de déterminer l'unité de négociation appropriée et la volonté des employés.

Je crois que ces procédures d'accréditation se ressemblent entre elles en raison des trois notions importantes que reflètent toutes les lois en matière de relations de travail. Premièrement, les procédures d'accréditation sont menées par un tiers indépendant, comme une commission provinciale ou

Relations Board. The certification procedure is thus not controlled by either party to the negotiations. Secondly, the independent third party considers the wishes of the employees in the potential bargaining unit. If a majority, or at least a substantial number, of the employees are members of the union applying for certification, or wish that union to be their bargaining agent, then the union must be certified by the Board acting as the independent agency. Thirdly, except in the *Labour Relations Act, 1977*, S.N. 1977, c. 64, s. 37(2), the process of certification is mandatory upon the fulfillment of the stated requirements. The legal recognition of the union under the legislation is therefore not left to the discretion of either of the potential bargaining parties, or even to the discretion of the independent third party Board.

The statutes of other jurisdictions outline a very reasonable compromise between the rights of the individual employee and the necessity of having a structured collective bargaining process. They set out a procedure whereby if individuals form an association which meets the listed criteria, then that association will be recognized as their bargaining agent. The individual employees in each case will have had a reasonable opportunity to select the bargaining agent of their choice pursuant to a fair process by means of which they may attempt to obtain recognition for their chosen bargaining agent.

The fairness of the process and the value of the individual choice is also reflected in the decertification procedures set out in these statutes. Decertification allows the individual employees to oust the present bargaining agent and to replace it with one of their own choosing. For example, ss. 38(1) and 39(1) of the *Canada Labour Code* state:

38. (1) Where a trade union has been certified as the bargaining agent for a bargaining unit, any employee who claims to represent a majority of the employees in the bargaining unit may, subject to subsection (5), apply to the Board for an order revoking the certification of that trade union.

fédérale des relations du travail. Ainsi les procédures d'accréditation ne sont pas contrôlées par l'une ou l'autre des parties aux négociations. Deuxièmement, le tiers indépendant tient compte de la volonté des employés de l'unité de négociation en puissance. Si la majorité ou au moins un nombre important des employés sont membres du syndicat qui demande l'accréditation, ou s'ils souhaitent que le syndicat soit leur agent négociateur, alors la commission doit accréditer le syndicat comme agent négociateur indépendant. Enfin, sauf au par. 37(2) de la *Labour Relations Act, 1977*, S.N. 1977, ch. 64, le processus d'accréditation est obligatoire dès la réalisation des conditions prescrites. La reconnaissance légale du syndicat n'est donc pas laissée à la discrétion de l'une ou l'autre des parties potentielles à la négociation, ni même à celle de la commission qui constitue le tiers indépendant.

Les lois des autres ressorts représentent un compromis très raisonnable entre les droits individuels des employés et la nécessité d'avoir un processus structuré de négociation collective. Ces lois énoncent une procédure en vertu de laquelle, si des personnes forment une association qui satisfait aux critères énumérés, cette association sera reconnue comme leur agent négociateur. Dans chaque cas, tous les employés à titre individuel auront eu une occasion raisonnable de choisir l'agent négociateur qu'ils veulent avoir conformément à un processus équitable par lequel ils peuvent essayer d'obtenir la reconnaissance de l'agent négociateur de leur choix.

Les procédures de révocation de l'accréditation énoncées dans ces lois reflètent également l'équité du processus et l'importance du choix de chaque personne. La révocation de l'accréditation permet aux employés, à titre individuel, d'écarter l'agent négociateur actuel et de le remplacer par un de leur choix. Ainsi, les par. 38(1) et 39(1) du *Code canadien du travail* édictent ceci:

38. (1) Tout employé prétendant représenter la majorité des employés d'une unité de négociation peut, sous réserve du paragraphe (5), demander au Conseil de révoquer par ordonnance l'accréditation du syndicat à titre d'agent négociateur de l'unité.

39. (1) Where, on receipt of an application for an order made under subsection 38(1) or (3) in respect of a bargaining agent for a bargaining unit, and after such inquiry by way of a representation vote or otherwise as the Board considers appropriate in the circumstances, the Board is satisfied that a majority of the employees in the bargaining unit no longer wish to have the bargaining agent represent them, the Board shall, subject to subsection (2), by order,

(a) in the case of an application made under subsection 38(1), revoke the certification of the trade union as the bargaining agent for the bargaining unit; or

(b) in the case of an application made under subsection 38(3), declare that the bargaining agent is not entitled to represent the employees in the bargaining unit.

Analogous decertification provisions are found in the labour relations statutes of all of the other Canadian jurisdictions.

In sum, it can be seen that most of the collective bargaining statutes of the other Canadian jurisdictions provide a fair and reasonable process whereby individual employees may try to form associations to represent them, and may try to change associations which they deem to be inappropriate or ineffective. The statutes seem to strike a very reasonable balance between the rights of the individual, the union and the employer. It is a balance that should not be disturbed.

This brief review of comparable legislation indicates clearly that the *Public Service Act* fails to achieve such a reasonable balance. It does not provide for any process by which the wishes of the employees may be determined. The incorporation of the employees' association can only be attained by the exercise of an untrammelled governmental discretion. It is significant that this discretion is not to be exercised by an independent third party, but by the government itself, a vitally interested party to the ensuing collective bargaining. The Act is clearly very different from the labour relations statutes in all of the other jurisdictions.

39. (1) Si, à l'issue de l'enquête qu'il estime indiquée — tenue sous forme d'un scrutin de représentation ou sous une autre forme —, il est convaincu que la majorité des employés de l'unité de négociation visée par la demande ne désirent plus être représentés par leur agent négociateur, le Conseil doit rendre une ordonnance par laquelle:

a) dans le cas de la demande prévue au paragraphe 38(1), il révoque l'accréditation du syndicat à titre d'agent négociateur de l'unité;

b) dans le cas de la demande prévue au paragraphe 38(3), il déclare que l'agent négociateur n'a pas qualité pour représenter les employés de l'unité.

Les lois des relations de travail de tous les autres ressorts du Canada comportent des dispositions analogues sur la révocation de l'accréditation.

En résumé, on peut constater que la plupart des lois relatives aux négociations collectives des autres ressorts du Canada établissent un processus équitable et raisonnable par lequel les employés peuvent, à titre individuel, essayer de former des associations pour les représenter, et essayer de changer les associations qu'ils ne jugent pas appropriées ou efficaces. Les lois semblent établir un équilibre très raisonnable entre les droits des personnes à titre individuel, ceux du syndicat et ceux de l'employeur. C'est un équilibre qu'il faut se garder de rompre.

Ce bref examen des textes législatifs comparables indique clairement que la *Public Service Act* ne réalise pas cet équilibre raisonnable. Elle n'établit pas de processus qui permette de déterminer la volonté des employés. La constitution de l'association d'employés en personne morale ne peut se réaliser que par l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire absolu du gouvernement. Il est significatif que ce pouvoir discrétionnaire ne soit pas exercé par un tiers indépendant, mais par le gouvernement lui-même, une partie hautement intéressée dans les négociations collectives qui doivent avoir lieu par la suite. La Loi est manifestement très différente des lois relatives aux relations de travail de tous les autres ressorts.

In order to create a structured collective bargaining process for employees in the Northwest Territories it is not necessary to give the government complete control over the designation of the employees' bargaining agent. This denial of the employees' right to select their own bargaining agent in the manner contemplated in other jurisdictions cannot be justified as a reasonable limit under s. 1. It is out of proportion to the objective sought to be achieved and restricts the employees' freedom of association far more than is reasonably necessary.

Section 42(1)(b) of the *Public Service Act* therefore cannot be justified under s. 1 of the *Charter* and it must be declared to be unconstitutional.

In the result, I would allow the appeal and strike down s. 42(1)(b) of the *Public Service Act*.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 42(1) of the *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, c. P-13, as amended, infringe the freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes, in so far as s. 42(1)(b) is concerned.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, can s. 42(1) of the *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, c. P-13, as amended, be justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No, in so far as s. 42(1)(b) is concerned.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues Sopinka and Cory JJ. With respect, I am in general agreement with Sopinka J. and would dispose of the case and answer the constitutional questions in the manner proposed by him. I find it unnecessary, however, to say anything about whether the right of association must include the freedom of persons to join

Afin de créer un processus structuré de négociation collective pour les employés des territoires du Nord-Ouest, il n'est pas nécessaire de donner au gouvernement un contrôle absolu sur la désignation de l'agent négociateur des employés. Cette négation du droit des employés de choisir leur propre agent négociateur de la manière prévue dans les autres ressorts ne saurait être justifiée comme une limite raisonnable au sens de l'article premier. Elle est disproportionnée à l'objectif recherché et restreint la liberté d'association des employés beaucoup plus qu'il n'est raisonnablement nécessaire de le faire.

L'alinéa 42(1)(b) de la *Public Service Act* ne saurait donc être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte* et il doit être déclaré inconstitutionnel.

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler l'al. 42(1)(b) de la *Public Service Act*.

Je répondrais ainsi aux questions constitutionnelles:

1. Le paragraphe 42(1) de la *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, ch. P-13 et ses modifications, viole-t-il la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui, dans la mesure où l'al. 42(1)(b) est concerné.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 42(1) de la *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, ch. P-13 et ses modifications, peut-il se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non, dans la mesure où l'al. 42(1)(b) est concerné.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mes collègues les juges Sopinka et Cory. En toute déférence, je suis généralement d'accord avec le juge Sopinka et je suis d'avis de statuer sur le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière qu'il propose. Toutefois, je considère qu'il n'est pas nécessaire de dire quoi que ce soit au sujet de la

together in pursuit of objects they could lawfully pursue as individuals.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—I have read the opinion of my colleague Sopinka J. and while I agree both with the reasons and result reached by him, I would like to add some brief comments of my own. For ease of reference I will reproduce s. 42(1)(b) of the *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, c. P-13, as amended:

42. (1) In sections 42 to 46

(b) "employees' association" means an association of public service employees incorporated by an Act empowering it to bargain collectively.

This section is attacked as infringing the freedom of association protected by s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The measure of protection afforded by s. 2(d) has been the subject of recent debate by this Court. In *R. v. Skinner*, [1990] 1 S.C.R. 1235, I concurred with Wilson J. who, dissenting on other grounds, set out the proper scope of the freedom of association. At page 1249 of her reasons she states:

Second, in deciding whether a given activity is protected by s. 2(d) of the *Charter*, the focus must be on whether one person seeks to associate with another, not on the nature of the activities or goals that they wish to pursue in common. The actual activities the individuals wish to pursue in common are not, according to the majority in that case [*Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313], protected by s. 2(d). Only the coming together is protected. In this respect McIntyre J.'s observations are consistent with the approach this Court has taken to other freedoms embodied in s. 2 of the *Charter*. [Emphasis added.]

She makes it clear that the objects, purposes or activities which the association may wish to accomplish or pursue are irrelevant for *Charter* purposes.

question de savoir si le droit d'association doit comprendre la liberté pour les gens de se regrouper afin de poursuivre les objectifs qu'ils peuvent légitimement poursuivre à titre individuel.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—J'ai pris connaissance de l'opinion de mon collègue le juge Sopinka et, bien que je sois d'accord tant avec ses motifs qu'avec la conclusion qu'il propose, je désire ajouter quelques brefs commentaires. Pour plus de commodité je reproduis l'al. 42(1)(b) de la *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, ch. P-13 et ses modifications:

[TRADUCTION] 42. (1) Aux articles 42 à 46

(b) «association d'employés» signifie une association d'employés de la fonction publique constituée en personne morale par une loi qu'il l'habilite à négocier collectivement.

Cet alinéa fait l'objet d'une attaque constitutionnelle pour le motif qu'il viole la liberté d'association garantie par l'al. 2(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

La mesure de protection visée par l'al. 2(d) a récemment fait l'objet d'un débat devant notre Cour. Dans l'arrêt *R. c. Skinner*, [1990] 1 R.C.S. 1235, j'ai souscrit à l'opinion du juge Wilson qui, dissidente mais non sur ce point, a exposé la portée exacte de la liberté d'association. À la page 1249, elle écrit:

Deuxièmement, pour décider si une activité donnée est protégée par l'al. 2(d) de la *Charte*, nous devons centrer l'analyse sur la question de savoir si une personne cherche à s'associer à une autre, et non sur la nature des activités ou des objectifs qu'elles désirent poursuivre en commun. Selon la majorité dans cet arrêt [*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313], les activités que les individus désirent exercer en commun ne sont pas elles-mêmes protégées par l'al. 2(d). Seul le fait de se joindre à d'autres est protégé. À cet égard, les observations du juge McIntyre sont compatibles avec la conception que notre Cour a adoptée à l'égard d'autres libertés prévues à l'art. 2 de la *Charte*. [Je souligne.]

Elle affirme clairement que les buts, objectifs ou activités qu'une association peut désirer poursuivre ne sont pas pertinents aux fins de la *Charte*.

These statements, in my opinion, determine the result in the case before us. The impugned legislative provision in this case does not burden the appellant's freedom of association. While one of the primary goals of employee associations is to attain the status of bargaining agent and to bargain collectively; the attaining of this status, its retention and the association's subsequent activity are by no means protected under the rubric of s. 2(d). In my opinion, this conclusion accords with the reasoning of the majority in the trilogy of "right to strike" cases (*Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, *supra*; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460, and *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424). Le Dain J. in the *Alberta Reference* explicitly rejected the broad formulation of the freedom suggested by the minority. At page 390 he states:

I agree with McIntyre J. that the constitutional guarantee of freedom of association in s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not include, in the case of a trade union, a guarantee of the right to bargain collectively and the right to strike, and accordingly I would dismiss the appeal . . .

I feel bound by the majority decisions in the trilogy.

On a more pragmatic level, serious consequences follow on a finding that s. 2(d) applies in the present case. At pages 381-82 my colleague Cory J. provides examples of what are, in his opinion, infringements of the freedom of association. With respect, these examples, and his ultimate conclusions in the present case, do not, in my view, accord with the holdings of the majority in the trilogy and bring into sharp contrast the broad nature of the freedom he envisions. It is always the case, or at least generally so, that the objects of an association are pivotal to its existence. On a narrow reading of his reasons, incorporation and certification requirements would always be suspect. On a broader reading, any object of an association whose fulfillment is fundamental to the existence of the association would be protected. Section 2(d) was never meant, in my opinion, to

À mon avis, ces énoncés sont ici déterminants. La disposition législative contestée en l'espèce ne porte pas atteinte à la liberté d'association de l'appelant. Bien qu'un des objectifs premiers des associations d'employés soit d'obtenir le statut d'agent négociateur et de négocier collectivement, l'obtention de ce statut, son maintien et l'activité subséquente de l'association ne sont aucunement protégés en vertu de l'al. 2d). J'estime que cette conclusion est conforme au raisonnement de la majorité dans la trilogie des arrêts relatifs au «droit de grève» (*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, précité, *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460, et *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424). Dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, le juge Le Dain a explicitement rejeté la l'interprétation large de la liberté proposée par la minorité. À la page 390, il dit:

Je suis d'accord avec le juge McIntyre pour dire que la garantie constitutionnelle de la liberté d'association que l'on trouve à l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne comprend pas, dans le cas d'un syndicat, la garantie du droit de négocier collectivement et du droit de faire la grève. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi . . .

Je m'estime liée par les jugements de la majorité dans la trilogie.

Sur un plan plus pragmatique, une conclusion suivant laquelle l'al. 2d) s'applique en l'espèce comporte des conséquences sérieuses. Aux pages 381 et 382, mon collègue le juge Cory donne des exemples de ce qui constitue, à son avis, une violation de la liberté d'association. En toute déférence, ces exemples ainsi que la conclusion qu'il propose dans la présente affaire ne sont pas, à mon avis, en accord avec les conclusions de la majorité dans la trilogie et l'interprétation large de la liberté qu'il envisage vient en contradiction marquée avec ces conclusions. Les objectifs d'une association sont toujours, ou au moins généralement, au cœur de son existence. Suivant une interprétation stricte de ses motifs, les exigences de constitution en personne morale et d'accréditation seraient toujours suspectes. Suivant une interprétation plus large, tout objectif d'une association dont la réali-

protect this broad range of activity. Though the pursuit of them may be lawful, the objects of some associations may be either sexist or racist or in some other fashion contemptible. To my mind it is difficult to suggest that the freedom envisaged by s. 2(d) was ever meant to embrace these objects. The practical implications of such an approach militate strongly against its adoption. Le Dain J. in the *Alberta Reference* even rejects a labour relations exemption. At pages 390-91 he sets out the proper context within which an interpretation of the freedom should occur:

In considering the meaning that must be given to freedom of association in s. 2(d) of the *Charter* it is essential to keep in mind that this concept must be applied to a wide range of associations or organizations of a political, religious, social or economic nature, with a wide variety of objects, as well as activity by which the objects may be pursued. It is in this larger perspective, and not simply with regard to the perceived requirements of a trade union, however important they may be, that one must consider the implications of extending a constitutional guarantee, under the concept of freedom of association, to the right to engage in particular activity on the ground that the activity is essential to give an association meaningful existence.

Adopting this line of reasoning does not, however, leave unions powerless to achieve their objectives. Even on this analysis a broad range of union activity is protected. In addition, as Paul Cavalluzzo points out in his article "Freedom of Association — Its Effect Upon Collective Bargaining And Trade Unions" (1988), 13:2 *Queen's L.J.* 267, unions have access to the political process. At page 272 he remarks:

From a trade union perspective, the "collective bargaining trilogy" may be a blessing in disguise for a number of reasons. First, these cases re-affirm that trade unions should be expending their time, energy and resources in the legislative arena in order to advance their interests

The second positive result from a trade union viewpoint is that the trilogy indicates that collective bargain-

sation est fondamentale à son existence serait protégé. À mon sens, l'al. 2d) n'a jamais été conçu pour protéger cette vaste gamme d'activités. Bien que leur poursuite puisse être légitime, les objectifs de certaines associations peuvent être soit sexistes soit racistes ou encore de quelque autre manière méprisables. Je considère qu'il est difficile d'affirmer que la liberté visée à l'al. 2d) a été conçue pour englober ces objectifs. Les conséquences pratiques d'une telle conception militent fortement contre son adoption. Dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, le juge Le Dain rejette même une exception en ce qui concerne les relations de travail. Aux pages 390 et 391, il expose le contexte approprié à l'interprétation de la liberté:

En examinant le sens qu'il faut donner à l'expression liberté d'association que l'on trouve à l'al. 2d) de la *Charte*, il est essentiel de garder à l'esprit que cette notion doit viser toute une gamme d'associations ou d'organisations de nature politique, religieuse, sociale ou économique, ayant des objectifs très variés, de même que les activités qui permettent de poursuivre ces objectifs. C'est dans cette perspective plus large et non simplement en fonction des prétendues exigences d'un syndicat, si importantes soient-elles, que l'on doit examiner l'incidence de l'extension d'une garantie constitutionnelle, qui se présente sous la forme du concept de la liberté d'association, au droit d'exercer une certaine activité pour le motif qu'elle est essentielle si l'on veut qu'une association ait une existence significative.

L'adoption de ce raisonnement n'a cependant pas pour effet d'empêcher les syndicats d'atteindre leurs objectifs. Même suivant cette analyse, une vaste gamme d'activités syndicales est protégée. En outre, comme Paul Cavalluzzo le souligne dans son article «Freedom of Association — Its Effect Upon Collective Bargaining and Trade Unions» (1988), 13:2 *Queen's L.J.* 267, les syndicats ont accès au processus politique. À la page 272, il fait remarquer:

[TRADUCTION] Du point de vue syndical, la «trilogie relative à la négociation collective» peut se révéler avantageuse pour un certain nombre de raisons. Premièrement ces arrêts réaffirment que les syndicats devraient consacrer leur temps, leurs énergies et leurs ressources dans l'arène législative pour l'avancement de leurs intérêts

Le second résultat positif du point de vue syndicat est que la trilogie indique que les droits à la négociation

ing rights are statutory and not constitutional rights protected by s. 2(d) of the *Charter*. As such, the content of collective bargaining laws is a matter for the legislature and not the courts.

While s. 42(1)(b) of the Act may affect the ability of an association to gain recognition and therefore to bargain on behalf of employees, it does not fetter the activity recognized and protected by the *Charter*, the associational activity of one person with another. My colleague Cory J. states on p. 381 that “[t]he needs of the employees are only known by them, and they should have the right to choose the association which can best represent their needs.” They have. The legislation perhaps does not represent the best balance of the interests involved, but as it strikes at no activity protected by the *Charter*, the legislative choice in this regard must remain intact.

I would therefore answer the constitutional questions in the manner proposed by Sopinka J.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—The issue in this appeal is whether s. 42(1)(b) of the *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, c. P-13, is inconsistent with s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellant contends that, in requiring that an employees’ association be incorporated by an Act empowering it to bargain collectively, the impugned section violates the freedom of association. Resolution of this issue involves a determination of the reach of this Court’s decision in *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 (“the *Alberta Reference*”). That case determined, *inter alia*, that s. 2(d) does not protect the right to strike. The appellant in the present appeal argues, however, that s. 2(d) extends to other aspects of collective bargaining.

The Facts

The appellant, the Professional Institute of the Public Service of Canada (“the Institute”), is a federally incorporated non-profit corporation, and the certified bargaining agent for various groups of

collective sont des droits d’origine législative et non des droits constitutionnels protégés par l’al. 2d) de la *Charte*. Ainsi, le contenu des règles de droit en matière de négociation collective relève de la législature et non des tribunaux.

Bien que l’al. 42(1)b) de la Loi puisse réduire la capacité d’une association d’obtenir la reconnaissance et, par conséquent, de négocier au nom d’employés, il n’entrave pas l’activité reconnue et protégée par la *Charte*, l’activité collective d’une personne avec une autre. Mon collègue le juge Cory affirme, à la p. 381, que «[s]euls les employés savent ce dont ils ont besoin et ils devraient avoir le droit de choisir l’association qui fera le mieux valoir leurs besoins.» Ils ont ce droit. Le texte de loi ne représente peut-être pas le meilleur équilibre des intérêts en jeu, mais, comme il ne touche aucune activité protégée par la *Charte*, le choix du législateur à cet égard doit demeurer intact.

Je suis donc d’avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon proposée par le juge Sopinka.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA—Le présent pourvoi soulève la question de savoir si l’al. 42(1)b) de la *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, ch. P-13, est incompatible avec l’al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L’appellant soutient qu’en exigeant qu’une association d’employés soit constituée en personne morale par une loi qui l’habilite à négocier collectivement, l’alinéa contesté viole la liberté d’association. Pour répondre à cette question, il faut notamment déterminer la portée de la décision de notre Cour dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 («*de Renvoi relatif à l’Alberta*»). Dans ce renvoi, on a statué notamment que l’al. 2d) ne protège pas le droit de faire la grève. L’appellant en l’espèce soutient cependant que l’al. 2d) s’étend à d’autres aspects de la négociation collective.

Les faits

L’appellant, l’Institut professionnel de la Fonction publique du Canada («l’Institut»), est une société sans but lucratif constituée en vertu de la loi fédérale et il est l’agent de négociation accrédité

professionals employed by the federal government. Prior to September 1, 1986, the Institute was the bargaining agent for 32 nurses employed by the federal government in the Baffin Zone of the Northwest Territories. On that date the responsibility for health care programs in the Baffin Zone was transferred from the federal government to the Government of the Northwest Territories. The nurses were notified that their employment with the federal government would be terminated on August 29, 1986, and that they could elect to become employees of the Government of the Northwest Territories on September 1, 1986. A consequence of the nurses' change of employment from the federal to the territorial government was that they ceased to belong to the bargaining unit on behalf of which the Institute had been certified to bargain collectively, and they became eligible for membership in the respondent Northwest Territories Public Service Association ("the NWTPSA"), the employees' association that had been incorporated to bargain collectively on behalf of all non-excluded territorial employees by the *Northwest Territories Public Service Association Act*, R.S.N.W.T. 1974, c. N-2, pursuant to s. 42(1)(b) of the *Public Service Act*.

The Institute sought incorporation within the meaning of s. 42(1)(b) for the purposes of representing its former members, but the Government of the Northwest Territories declined to enact the required legislation. In a letter to the President of the Institute, the Government Leader of the Northwest Territories indicated that it was his view that the needs of professionals in the territorial public service were "being met through the associations certified through the existing legislation..." An earlier attempt by the Institute to persuade the territorial government to grant it bargaining status had failed on the basis that there had not been any evidence of employee support for the Institute. There is on the present record no evidence that a substantial number, or any, of the 32 affected nurses wish to be represented by the Institute for the purposes of collective bargaining with the territorial government. The territorial

dité de différents groupes d'employés professionnels du gouvernement fédéral. Avant le 1^{er} septembre 1986, l'Institut était l'agent négociateur de 32 infirmières et infirmiers employés du gouvernement fédéral dans la zone de Baffin des territoires du Nord-Ouest. Le 1^{er} septembre 1986, les programmes de soins médicaux dans la zone de Baffin, qui relevaient du gouvernement fédéral, sont devenus la responsabilité du gouvernement des territoires du Nord-Ouest. Les infirmières et infirmiers ont été avisés que leur emploi au gouvernement fédéral prendrait fin le 29 août 1986 et qu'ils pourraient choisir de devenir employés du gouvernement des territoires du Nord-Ouest à compter du 1^{er} septembre 1986. Le changement du gouvernement fédéral à celui des Territoires comme employeur des infirmières et infirmiers a eu pour conséquence que ceux-ci ont cessé d'appartenir à l'unité de négociation dont l'Institut était l'agent négociateur accrédité et sont devenus admissibles à devenir membres de l'intimée la Northwest Territories Public Service Association («la NWTPSA»), l'association d'employés constituée en personne morale en vue de négocier collectivement pour tous les employés des Territoires, non exclus par la *Northwest Territories Public Service Association Act*, R.S.N.W.T. 1974, ch. N-2, conformément à l'al. 42(1)b) de la *Public Service Act*.

L'Institut a demandé la constitution en personne morale au sens de l'al. 42(1)b) afin de représenter ses anciens membres, mais le gouvernement des territoires du Nord-Ouest a refusé d'adopter la loi nécessaire pour ce faire. Dans une lettre adressée au président de l'Institut, le leader du gouvernement des territoires du Nord-Ouest a mentionné qu'à son avis [TRADUCTION] «les associations accréditées en vertu des dispositions législatives actuelles satisfont» aux besoins des employés professionnels de la fonction publique des Territoires. Une tentative antérieure de l'Institut d'amener le gouvernement des Territoires à lui accorder la qualité d'agent négociateur avait échoué pour le motif qu'on n'avait pas fait la preuve que les employés accordaient leur appui à l'Institut. Il n'y a dans le dossier aucune preuve qui établisse qu'un nombre important, ou l'un ou l'autre, des 32 infirmières et infirmiers visés veut être représenté par

government has a current collective agreement with its employees.

The Legislation

Section 2(d) of the *Charter* reads as follows:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(d) freedom of association.

The relevant provisions of ss. 42 and 43 of the *Public Service Act* (hereinafter "the Act") read as follows:

42. (1) In sections 42 to 46

(b) "employees' association" means an association of public service employees incorporated by an Act empowering it to bargain collectively.

(2) The Commissioner may enter into a collective agreement with an employees' association.

(6) A collective agreement between the Commissioner and an employees' association shall be binding on the Commissioner, the employees' association and the members of such association.

43. (1) An employees' association on behalf of its members or the Commissioner may, by written notice, require the other party to commence bargaining collectively with a view to the conclusion, renewal or revision of a collective agreement.

(2) Where notice to bargain collectively has been given, the employees' association and the officers designated to represent the Commissioner shall, without delay but in any case within sixty days after the notice has been given or within such further time as the parties may agree, meet and commence to bargain collectively [*sic*] in good faith.

The Proceedings Below

On June 12, 1986, the Institute launched an application for a declaration that s. 42(1) of the Act and s. 3 of the *Northwest Territories Public Service Association Act* are inconsistent with s. 2(d) of the *Charter*, and therefore of no force or effect. The NWTPSA obtained status as a party respondent and brought a preliminary motion to

l'Institut pour les fins de la négociation collective avec le gouvernement des Territoires. La convention collective qui lie ce dernier à ses employés est en cours.

^a Les dispositions législatives

L'alinéa 2d) de la *Charte* est ainsi conçu:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

^b d) liberté d'association.

Les dispositions applicables des art. 42 et 43 de la *Public Service Act* (ci-après «la Loi») sont ainsi rédigées:

[TRADUCTION] 42. (1) Aux articles 42 à 46

^b «association d'employés» signifie une association d'employés de la fonction publique constituée en personne morale par une loi qui l'habilite à négocier collectivement.

(2) Le Commissaire peut conclure une convention collective avec une association d'employés.

(6) Une convention collective intervenue entre le Commissaire et une association d'employés lie le Commissaire, l'association d'employés et les membres de cette association.

^f 43. (1) Une association d'employés, agissant pour le compte de ses membres, ou le Commissaire peut exiger, par avis écrit, que l'autre partie commence à négocier collectivement dans le but de conclure, renouveler ou réviser une convention collective.

^g (2) Après l'envoi de l'avis exigeant de négocier collectivement, l'association d'employés et les agents qui représentent le Commissaire doivent sans délai, mais, dans tous les cas, dans les soixante jours suivant la communication de l'avis ou dans tout autre délai dont les parties peuvent convenir, se réunir et commencer à négocier collectivement de bonne foi.

Les procédures devant les tribunaux d'instance inférieure

ⁱ Le 12 juin 1986, l'Institut a présenté une demande de jugement déclaratoire statuant que le par. 42(1) de la Loi et l'art. 3 de la *Northwest Territories Public Service Association Act* sont incompatibles avec l'al. 2d) de la *Charte* et, par conséquent, inopérants. La NWTPSA a obtenu qualité pour agir à titre d'intimée et a contesté, par

challenge the Institute's standing, which was dismissed. The dismissal of that motion was not appealed.

Marshall J. of the Supreme Court of the Northwest Territories heard the Institute's motion at first instance (43 D.L.R. (4th) 472), and took the view, at p. 474, that the effect of the impugned legislation ". . . is to require a union, in this case the Institute, to obtain incorporation, or as the applicant calls it, "a statutory charter" as a precondition to seeking the right to bargain collectively". In response to the argument that this Court's judgment in the *Alberta Reference* was controlling, Marshall J. distinguished the case in the following terms, at p. 476:

The Supreme Court dealt with the issue of whether a particular activity of an association, in pursuit of its objectives, was constitutionally protected or left to be regulated by the legislature. Here, in contrast, the issue is not the activity of the Association but its recognized existence, or, to use the words of the impugned statute, "incorporation".

Marshall J. found, therefore, that s. 42(1) of the Act violated s. 2(d) of the *Charter*. He found, further, at p. 478, that the section was not a reasonable limit within the meaning of s. 1 of the *Charter*, on the basis that there had been

. . . no evidence that the government's objective of orderly and representative collective bargaining could not be achieved by a system of independent certification based on objective criteria, as has been established in other jurisdictions.

The Commissioner of the Northwest Territories appealed to the Court of Appeal for the Northwest Territories. Kerans J.A., speaking for the court ([1988] N.W.T.R. 223), held first that the words of s. 42(1)(b) denote the creation of a union, not merely its recognition. He stated, at p. 228: ". . . "recognize" is not a meaning that "incorporate" can reasonably bear. It is not my function to make words dance." Kerans J.A. then considered the question whether it would be necessary to read the statute in accordance with such an interpretation if

voie de requête préliminaire, la qualité pour agir de l'Institut, mais sa requête a été rejetée. Le rejet de cette requête n'a pas été porté en appel.

a Le juge Marshall de la Cour suprême des territoires du Nord-Ouest a entendu la requête de l'Institut en première instance (43 D.L.R. (4th) 472) et il a exprimé l'avis, à la p. 474, que les dispositions contestées ont pour effet [TRADUCTION] « . . . d'exiger du syndicat, l'Institut en l'espèce, qu'il obtienne sa constitution en personne morale, ou, selon l'expression utilisée par le requérant, «une charte légale», à titre de condition préalable à l'obtention du droit de négocier collectivement». Pour répondre à l'argument selon lequel la décision de notre Cour dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* s'appliquait, le juge Marshall a établi la distinction suivante entre ce renvoi et l'espèce, à la p. 476:

d [TRADUCTION] La Cour suprême a examiné si une activité particulière d'une association, dans la poursuite de ses objectifs, est protégée par la Constitution ou si elle est simplement régie par le législateur. Ici, par contre, le litige ne porte pas sur une activité de l'association, mais sur la reconnaissance de son existence ou, pour utiliser l'expression même de la loi contestée, «sa constitution en personne morale».

f Le juge Marshall a donc conclu que le par. 42(1) de la Loi viole l'al. 2d) de la *Charte*. Il a aussi conclu, à la p. 478, que ce paragraphe n'est pas une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte* puisqu'il

g [TRADUCTION] . . . n'existe aucune preuve qu'il serait impossible de réaliser l'objectif du gouvernement d'arriver à des négociations collectives méthodiques par représentation au moyen d'un système d'accréditation indépendante fondée sur des critères objectifs, comme les autres ressorts en ont établi.

h Le Commissaire des territoires du Nord-Ouest a interjeté appel à la Cour d'appel des territoires du Nord-Ouest. Le juge Kerans, s'exprimant au nom de la cour ([1988] N.W.T.R. 223), a d'abord statué que les mots de l'al. 42(1)(b) signifient la création d'un syndicat, et non seulement sa reconnaissance. Il dit, à la p. 228, que [TRADUCTION] « . . . «reconnaître» n'est pas un sens que l'expression «constituer en personne morale» peut raisonnablement avoir. Il ne m'appartient pas de changer le sens des mots.» Le juge Kerans s'est ensuite

that interpretation would lead to invalidity. He set out four conditions which, he said, must be met before a court may fill in a legislative gap: (1) the problem arose only by legislative oversight; (2) the change is that which the legislature would have made had it addressed the issue; (3) no harm would be done by the proposed change to legal rights created by the legislation; and (4) harm would be done to legal rights created by the statute if the change were not made. Kerans J.A. held that these conditions were met in the present case, and that if s. 42(1)(b) were otherwise to be declared invalid, he would read the word "recognized" into the section.

Kerans J.A. proceeded to analyze the impugned section on two separate bases: first, whether the section's failure to provide for a certification and decertification procedure violates s. 2(d) of the *Charter*; and second, whether the requirement of legislative incorporation (as interpreted by Kerans J.A.) violates s. 2(d).

After a review of this Court's judgment in the *Alberta Reference*, Kerans J.A. held, at p. 231, that the right to certification contended for by the Institute was "... another example of particular activity in pursuit of the goal of collective bargaining that is a mere creation of statute." Kerans J.A. likened the certification of a union to a licence, and held that the "... seeking of a licence is not an organizational activity; rather, it is common pursuit of a goal." In other words, the ability to be certified as of right does not affect the organizational character of the association.

Concerning the Institute's arguments on incorporation, Kerans J.A. held that the impugned section, according to his interpretation of its words as enacted, allowed the government to give or deny legal existence to a union. Kerans J.A. stated, at p. 233:

Notwithstanding, then, that the pursuit of certification is *not* itself a protected activity, if a law requires of

demandé s'il serait nécessaire d'interpréter la Loi dans ce sens, si cette interprétation nous amènerait à conclure à son inconstitutionnalité. Il énumère quatre conditions qui, à son avis, doivent être remplies pour que la cour puisse combler une lacune de la loi: (1) le problème surgit uniquement à cause d'un oubli du législateur, (2) la modification est celle que le législateur aurait apportée s'il avait abordé la question, (3) la modification proposée ne doit pas préjudicier aux droits conférés par la loi, et (4) il y aurait préjudice aux droits créés par la loi si la modification n'était pas apportée. Le juge Kerans a conclu que ces conditions étaient remplies en l'espèce et que si l'al. 42(1)(b) devait par ailleurs être déclaré invalide, il l'interpréterait comme s'il contenait le mot «reconnue».

Le juge Kerans a poursuivi en analysant la disposition contestée de deux façons différentes: d'abord, l'absence de procédure d'accréditation et de révocation de l'accréditation dans l'alinéa enfreint-il l'al. 2d) de la *Charte*? Et puis, l'exigence d'une constitution législative en personne morale (selon l'interprétation du juge Kerans) viole-t-elle l'al. 2d)?

Après avoir examiné la décision de notre Cour dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, le juge Kerans a conclu, à la p. 231, que le droit à l'accréditation revendiqué par l'Institut est [TRADUCTION] «... un autre exemple d'une activité particulière destinée à réaliser l'objet des négociations collectives, qui est une simple création de la loi». Le juge Kerans compare l'accréditation d'un syndicat à la délivrance d'un permis et il conclut que [TRADUCTION] «... une demande de permis n'est pas une activité d'organisation, c'est plutôt la poursuite d'un objectif commun.» En d'autres termes, la capacité d'être accrédité de plein droit ne touche pas le caractère constitutif de l'association.

À propos des arguments invoqués par l'Institut au sujet de la constitution en personne morale, le juge Kerans a statué que l'alinéa contesté, selon l'interprétation qu'il donnait à son texte, autorisait le gouvernement à accorder ou à refuser l'existence juridique à un syndicat. Le juge Kerans dit, à la p. 233:

[TRADUCTION] Cependant, bien que la recherche de l'accréditation *ne* soit *pas* elle-même une activité protégée

the pursuers that they organize themselves in a certain way, then the law is meddling in organization activity, and the Charter is engaged. That is this case. [Emphasis in the original.]

Thus the court below found that s. 42(1)(b), as enacted, “might bear on freedom of association”. Kerans J.A. held further that if this were so, the limit on s. 2(d) of the *Charter* could not be saved by resort to s. 1, because “the limit is acknowledged to be unnecessary and capricious and the result of legislative oversight”. However, using the interpretative approach he described earlier in his judgment, Kerans J.A. salvaged the validity of s. 42(1)(b), at p. 233, by reading the words “or recognized” into the section after the word “incorporated”. The appeal was accordingly allowed.

The Issues

The following constitutional questions were stated by the Chief Justice on August 3, 1989:

1. Does s. 42(1) of the *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, c. P-13, as amended, infringe the freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is in the affirmative, can s. 42(1) of the *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, c. P-13, as amended, be justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

The Attorneys General of Canada and Ontario intervened to support the constitutionality of s. 42(1).

In addition, the respondent NWTPSA raised an issue as to the standing of the Institute in these proceedings.

Standing

Counsel for the NWTPSA made submissions both in the court below and in this Court that the Institute ought not to be granted standing to challenge the constitutionality of s. 42(1) of the Act. Kerans J.A. observed, at p. 226 of his judgment, that the decision on the respondent NWTPSA’s unsuccessful preliminary motion attacking the

gée, si le texte de loi exige que celui qui la demande s’organise d’une certaine manière, le texte de loi se mêle alors de l’activité d’organisation et la Charte s’applique. C’est le cas en l’espèce. [En italique dans l’original.]

^a Donc, la Cour d’appel a conclu que l’al. 42(1)(b), tel qu’il est conçu, [TRADUCTION] «pourrait influencer sur la liberté d’association». Le juge Kerans a encore statué que, si tel était le cas, la restriction imposée à l’al. 2d) de la *Charte* ne pourrait pas être sauvegardée en vertu de l’article premier parce que [TRADUCTION] «cette restriction est tenue pour inutile et fantaisiste et comme résultant d’un oubli du législateur». Cependant, en se servant de la méthode d’interprétation qu’il avait déjà mentionnée dans ses motifs de jugement, le juge Kerans a préservé la validité de l’al. 42(1)(b), à la p. 233, en l’interprétant comme s’il comportait les mots [TRADUCTION] «ou reconnue» après les mots [TRADUCTION] «constituée en personne morale». En conséquence, il a accueilli l’appel.

Les questions en litige

^e Le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes le 3 août 1989:

1. Le paragraphe 42(1) de la *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, ch. P-13 et ses modifications, viole-t-il la liberté d’association garantie par l’al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 42(1) de la *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, ch. P-13 et ses modifications, peut-il se justifier en vertu de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

^g Les procureurs généraux du Canada et de l’Ontario sont intervenus à l’appui de la constitutionnalité du par. 42(1).

^h De plus, l’intimée la NWTPSA a contesté la qualité pour agir de l’Institut dans ces procédures.

La qualité pour agir

ⁱ L’avocat de la NWTPSA a soutenu en Cour d’appel et devant notre Cour que l’Institut ne devrait pas être déclaré habile à contester la constitutionnalité du par. 42(1) de la Loi. Le juge Kerans fait remarquer, à la p. 226 de ses motifs, que la décision de rejeter la requête préliminaire de l’intimée la NWTPSA, dans laquelle elle con-

Institute's standing was never appealed. In the proceedings before this Court, the NWTPSA did not file a cross-appeal to raise the issue squarely.

Where the standing of a party is attacked, the courts retain a discretion to decide substantive issues that are fully argued. In *Smith v. Attorney General of Ontario*, [1924] S.C.R. 331, Duff J. (as he then was) stated for the majority, at p. 338:

... the question [of the appellant's standing] is an arguable one; and, as the merits of the appeal have been fully discussed, we are loath to give a judgment against the appellant solely based upon a fairly disputable point of procedure; and accordingly we think it right to say that in our opinion the appellant's action also fails in substance.

More recently, in *Jamieson v. Attorney-General of British Columbia* (1971), 21 D.L.R. (3d) 313 (B.C.S.C.), Aikins J. summarized the principle in words which I would respectfully adopt, at p. 323:

... where a case has been fully argued on the merits then, notwithstanding that in the general argument it may appear that the plaintiff has no status to maintain the action, if the question involved is one of public importance then the Court has a discretion to decide the case on the merits.

In the circumstances of the present case, which include the NWTPSA's failure to appeal its preliminary motion in the court below and cross-appeal in this Court, it will not be necessary to consider the arguments on standing. Even if I had been inclined to accede to those arguments, this would have been a proper case to exercise the discretion to decide the substantive issues on their merits. The case clearly raises a question of public importance (if it did not, leave to appeal would not have been granted). Moreover, the respondent Commissioner conceded the appellant's standing, and the issues were fully argued by the parties, including the intervening Attorneys General, in response to the constitutional questions stated by the Chief Justice.

testait la qualité pour agir de l'Institut, n'a jamais été portée en appel. Au cours des procédures devant notre Cour, la NWTPSA n'a pas formé de pourvoi incident pour soulever carrément la question.

Quand la qualité pour agir d'une des parties est contestée, les cours de justice conservent le pouvoir discrétionnaire de trancher les questions de fond qui ont fait l'objet de plaidoiries complètes. Dans l'arrêt *Smith v. Attorney General of Ontario*, [1924] R.C.S. 331, le juge Duff (plus tard juge en chef) affirme, au nom de la majorité, à la p. 338:

[TRADUCTION] ... la question [de la qualité pour agir de l'appellant] en est une qui peut donner matière à discussion; et, puisque le fond de l'appel a été complètement débattu, nous sommes peu enclins à rendre contre l'appellant un jugement uniquement fondé sur un point de procédure assez discutabile; par conséquent, je crois qu'il convient de dire que, à notre avis, l'action de l'appellant doit également être rejetée quant au fond.

Plus récemment, dans l'arrêt *Jamieson v. Attorney-General of British Columbia* (1971), 21 D.L.R. (3d) 313 (C.S.C.-B.), le juge Aikins résumait, à la p. 323, le principe en une formule que j'adopterais en toute déférence:

[TRADUCTION] ... lorsqu'une affaire a été complètement débattue au fond, même s'il semble, d'après l'ensemble des plaidoiries, que le demandeur n'a pas qualité pour agir, si la question en cause est d'importance pour le public, la cour a le pouvoir discrétionnaire de rendre jugement sur le fond.

Dans les circonstances de l'espèce, vu notamment l'omission de la NWTPSA d'interjeter appel du rejet de sa requête préliminaire en Cour d'appel et d'inscrire un pourvoi incident devant notre Cour, il ne sera pas nécessaire d'examiner les arguments relatifs à la qualité pour agir. Même si j'avais été enclin à faire droit à ces arguments, il se serait agi d'une affaire où il y a lieu d'exercer le pouvoir discrétionnaire de trancher les questions sur le fond. L'affaire soulève manifestement une question d'importance pour le public (sinon l'autorisation de pourvoi aurait été refusée). De plus, le Commissaire intimé a reconnu que l'appellant avait qualité pour agir et les questions en litige ont été l'objet d'un débat complet de la part des parties, y compris les procureurs généraux intervenants, en réponse aux questions constitutionnelles formulées par le Juge en chef.

This case is, in an important respect, very different from *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, in which the appellant had been granted standing to challenge the constitutionality of specific legislation. The foundation for Borowski's standing was removed by a decision of this Court, subsequent to the grant of standing but prior to the hearing of his appeal, which struck down the impugned legislation on different grounds: *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30. Although Borowski's appeal was fully argued on the merits, the reason for the ultimate ruling that he lacked standing militated against expressing a view on the merits: the very legislation he sought to attack no longer existed, and a judicial decision in the circumstances would have amounted to a private reference. Such considerations do not arise in the present case, and for the above reasons I would prefer not to express a view on the Institute's standing to challenge the constitutionality of s. 42(1) of the Act.

The Alberta Reference

Before dealing with the specifics of this case, it is necessary to undertake a review of this Court's judgment in the *Alberta Reference*, the first of the trilogy of cases on the s. 2(d) Charter guarantee of freedom of association decided in April 1987: see also *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; and *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460. The question arising from the judgments in the *Alberta Reference* is whether and to what extent any aspects of collective bargaining attract the protection of s. 2(d). To answer this question, crucial to the disposition of the case at bar, a close reading of the judgments in the *Alberta Reference* (i.e., Dickson C.J., dissenting, speaking for himself and Wilson J.; Le Dain J. speaking for himself and Beetz and La Forest JJ.; and McIntyre J. speaking for himself) is called for.

Upon considering the various judgments in the *Alberta Reference*, I have come to the view that

L'espèce diffère beaucoup, sous un aspect important, de l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, dans lequel l'appelant a été déclaré habile à contester la constitutionnalité d'une disposition législative précise. La justification de la qualité pour agir de M. Borowski a été écartée après qu'il eut été déclaré habile à agir, mais avant l'audition de son pourvoi, en raison d'un arrêt de notre Cour qui avait annulé pour d'autres motifs la disposition législative en cause: *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30. Bien que le pourvoi de M. Borowski ait été complètement débattu au fond, le motif pour lequel il a finalement été statué qu'il n'avait pas qualité pour agir rendait inopportun de nous prononcer sur le fond: la disposition législative même qu'il voulait contester n'existait plus et une décision judiciaire dans ces circonstances aurait été l'équivalent d'un renvoi privé. Ces considérations ne s'appliquent pas en l'espèce et, pour les raisons susmentionnées, je préfère ne pas exprimer d'avis sur la qualité pour agir de l'Institut pour ce qui est de contester la constitutionnalité du par. 42(1) de la Loi.

Le Renvoi relatif à l'Alberta

Avant d'examiner les détails de la présente affaire, il est nécessaire d'analyser la décision de notre Cour dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, le premier de trois arrêts rendus en avril 1987 au sujet de la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la Charte: voir également *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424, et *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460. La question soulevée par les motifs de jugement dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* est de savoir si, et dans quelle mesure, la négociation collective est, sous certains aspects, protégée en vertu de l'al. 2d). Pour répondre à cette question, qui est d'importance cruciale pour trancher le présent pourvoi, il faut lire avec soin les motifs de jugement dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, (c'est-à-dire ceux du juge en chef Dickson, dissident, qui s'exprime en son propre nom et en celui du juge Wilson, ceux du juge Le Dain qui s'exprime en son propre nom et en celui des juges Beetz et La Forest, et ceux du juge McIntyre qui s'exprime en son nom personnel).

Après avoir examiné les différents motifs de jugement dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, j'av-

four separate propositions concerning the coverage of the s. 2(d) guarantee of freedom of association emerge from the case: first, that s. 2(d) protects the freedom to establish, belong to and maintain an association; second, that s. 2(d) does not protect an activity solely on the ground that the activity is a foundational or essential purpose of an association; third, that s. 2(d) protects the exercise in association of the constitutional rights and freedoms of individuals; and fourth, that s. 2(d) protects the exercise in association of the lawful rights of individuals.

The first proposition, that s. 2(d) protects the freedom to establish, belong to and maintain an association, received unanimous support in the *Alberta Reference*: see Dickson C.J. at p. 363, Le Dain J. at p. 391, and McIntyre J. at p. 407. Any governmental restriction on the formation of or membership in associations would fall afoul of this aspect of s. 2(d), which may safely be regarded as the narrowest conception of the freedom of association.

Concerning the second proposition, Le Dain J. described as “sweeping” the view that s. 2(d) was meant to protect an activity on the ground that the activity is essential to the existence of the association. Le Dain J., at p. 391, rejected the underlying premise of that view: “... that without such additional constitutional protection the guarantee of freedom of association would be a meaningless and empty one.” Similarly, McIntyre J. refused to adopt this view of s. 2(d), on the ground that it is contrary to the individual nature of freedom of association. He stated, at p. 404:

To accept it would be to accord an independent constitutional status to the aims, purposes, and activities of the association, and thereby confer greater constitutional rights upon members of the association than upon non-members.

The third proposition, that s. 2(d) protects the exercise in association of the constitutional rights and freedoms of individuals, finds its support in the following passage in Le Dain J.’s judgment, at p. 391: “Freedom of association is particularly important for the exercise of other fundamental

rive à la conclusion qu’il se dégage quatre propositions différentes quant à l’étendue de la liberté d’association garantie par l’al. 2d): premièrement, l’al. 2d) protège la liberté de constituer une association, de la maintenir et d’y appartenir; deuxièmement, l’al. 2d) ne protège pas une activité pour le seul motif que cette activité est un objet fondamental ou essentiel d’une association; troisièmement, l’al. 2d) protège l’exercice collectif des droits et libertés individuels consacrés par la Constitution; et quatrièmement, l’al. 2d) protège l’exercice collectif des droits légitimes des individus.

La première proposition, c’est-à-dire celle selon laquelle l’al. 2d) protège la liberté de constituer une association, de la maintenir et d’y appartenir, a été acceptée à l’unanimité dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*: voir les motifs du juge en chef Dickson, à la p. 363, ceux du juge Le Dain, à la p. 391, et ceux du juge McIntyre à la p. 407. Toute restriction apportée par le gouvernement au droit de constituer des associations ou à celui d’y appartenir se heurterait à cet aspect de l’al. 2d), qu’on peut considérer comme la conception la plus restrictive de la liberté d’association.

Au sujet de la deuxième proposition, le juge Le Dain qualifie de «générale» l’idée que l’al. 2d) ait été conçu pour protéger une activité parce que cette activité est essentielle à l’existence de l’association. Le juge Le Dain rejette, à la p. 391, la prémisse qui sous-tend cette idée, «... selon laquelle, sans cette protection constitutionnelle supplémentaire, la liberté d’association garantie serait vide de sens.» Le juge McIntyre refuse pareillement d’adopter cette conception de l’al. 2d) parce qu’elle est contraire à la nature individuelle de la liberté d’association. Il dit, à la p. 404:

L’accepter reviendrait à attribuer un statut constitutionnel indépendant aux fins, objectifs et activités de l’association et, par conséquent, conférer des droits constitutionnels plus grands aux membres de l’association qu’à ceux qui n’en sont pas membres.

La troisième proposition, selon laquelle l’al. 2d) protège l’exercice collectif des droits et libertés individuels consacrés par la Constitution, s’appuie sur le passage suivant des motifs du juge Le Dain, à la p. 391: «La liberté d’association est particulièrement importante pour l’exercice d’autres libertés

freedoms, such as freedom of expression and freedom of conscience and religion.” It is significant that the freedoms enumerated by Le Dain J. in the quoted passage are the *Charter*-protected freedoms (ss. 2(b) and (a), respectively) that are most likely to be exercised in association with others. The portion of McIntyre J.’s judgment that bears upon this second proposition is found at p. 407:

It is, I believe, equally clear that . . . freedom of association should guarantee the collective exercise of constitutional rights. Individual rights protected by the Constitution do not lose that protection when exercised in common with others.

The fourth proposition, that s. 2(d) protects the exercise in association of the lawful rights of individuals, is perhaps the most controversial of the four, since it was not mentioned explicitly by half of the Court, speaking through Le Dain J. However, Dickson C.J. (dissenting, Wilson J. concurring) held, at pp. 366-67, that s. 2(d) must protect an activity done in association with others if the activity is permitted when done by an individual. McIntyre J. also adopted this approach, at pp. 408-9, and emphasized that the legislature retains control over the range of *Charter*-protected activity by determining what activities are legally permitted for individuals. In my view, this fourth proposition follows from the first. If the freedom to establish, belong to and maintain an association is to have any meaning, it must include the freedom of individuals to join together in pursuit of objects they could lawfully pursue as individuals. A restriction on the collective exercise of an activity legally permitted to individuals is essentially an attack on the ability of individuals to establish an association for that purpose. As Dickson C.J. pointed out in the *Alberta Reference*, at p. 367, such an attack is aimed at the “collective or associational aspect” of the activity, and not the activity itself.

fondamentales comme la liberté d’expression et la liberté de conscience et de religion.» Il est révélateur que les libertés énumérées par le juge Le Dain dans le passage cité soient les libertés protégées par la *Charte* (aux al. 2b) et 2a) respectivement) qui sont le plus susceptibles d’être exercées collectivement. Le passage des motifs du juge McIntyre qui porte sur cette deuxième proposition se trouve à la p. 407:

À mon avis, il est également clair que [. . .] la liberté d’association doit garantir l’exercice collectif de droits constitutionnels. Les droits individuels garantis par la Constitution ne sauraient perdre cette protection lorsqu’ils sont exercés collectivement.

La quatrième proposition, selon laquelle l’al. 2d) protège l’exercice collectif des droits légitimes des personnes, prises individuellement, est probablement la plus controversée des quatre, puisqu’elle n’a pas été mentionnée expressément par la moitié des juges de la Cour qui se sont exprimés par l’entremise du juge Le Dain. Cependant, le juge en chef Dickson (qui est dissident et aux motifs duquel souscrit le juge Wilson) conclut, aux pp. 366 et 367, que l’al. 2d) doit protéger une activité exercée collectivement si cette activité est permise lorsqu’elle est exercée par un seul individu. Le juge McIntyre a aussi adopté ce point de vue, aux pp. 408 et 409 en soulignant que le législateur garde le contrôle sur la gamme des activités protégées par la *Charte* en déterminant quelles activités les personnes, prises individuellement, peuvent légalement exercer. À mon avis, la quatrième proposition découle de la première. Pour que la liberté de constituer une association, de la maintenir et d’y appartenir ait un sens, il faut qu’elle englobe la liberté pour les gens de se regrouper afin de poursuivre les objectifs qu’ils peuvent légitimement poursuivre à titre individuel. Une restriction apportée à l’exercice collectif d’une activité que la loi permet aux personnes, prises individuellement, d’exercer constitue essentiellement une attaque contre la capacité des personnes à titre individuel de constituer une association à cette fin. Comme le juge en chef Dickson le souligne dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, à la p. 367, cette attaque vise l’«aspect collectif» de l’activité et non l’activité elle-même.

The above propositions concerning s. 2(d) of the *Charter* lead to the conclusion, in my opinion, that collective bargaining is not an activity that is, without more, protected by the guarantee of freedom of association. Restrictions on the activity of collective bargaining do not normally affect the ability of individuals to form or join unions. Although collective bargaining may be the essential purpose of the formation of trade unions, the argument is no longer open that this alone is a sufficient condition to engage s. 2(d). Finally, bargaining for working conditions is not, of itself, a constitutional freedom of individuals, and it is not an individual legal right in circumstances in which a collective bargaining regime has been implemented: see McIntyre J. in the *Alberta Reference*, at pp. 411-12. Apart from the reasons given in the *Alberta Reference*, the conclusion that collective bargaining does not fall within s. 2(d) accords with the results in the s. 2(d) trilogy of cases. In those cases, this Court upheld not merely restrictions on the right to strike, but also the imposition of binding arbitration without negotiation, and the imposition of terms of employment without negotiation. It is difficult, therefore, to conceive of a principle that could bring other aspects of the collective bargaining relationship within the purview of s. 2(d), and yet not overrule the trilogy.

Turning to the merits, I find it convenient to consider the appellant's arguments along the two lines suggested in Kerans J.A.'s judgment: first, the absence in s. 42(1)(b) of a process for union certification; and second, the requirement in s. 42(1)(b) that a union be "incorporated" for the purposes of collective bargaining.

Pursuit of Certification

By virtue of ss. 42 and 43 of the Act, the only unions that are entitled to compel the Commissioner to bargain collectively are those "employees' associations" sanctioned by an Act of the territorial legislature. This differs from other Canadian labour relations legislation, in which specific conditions are set out for the certification of a union

À mon avis, il découle des propositions susmentionnées au sujet de l'al. 2d) de la *Charte* que la négociation collective n'est pas une activité qui est, sans plus, protégée par la garantie de la liberté d'association. Les restrictions apportées à l'activité de négociier collectivement ne touchent pas normalement la capacité des personnes à titre individuel de constituer des syndicats ou d'y adhérer. Bien que la négociation collective puisse être l'objet essentiel de la constitution des syndicats, il n'est plus possible de soutenir que cela constitue une condition suffisante pour que l'al. 2d) s'applique. Enfin, la négociation des conditions de travail n'est pas en soi une liberté individuelle garantie par la Constitution pas plus qu'une garantie juridique individuelle dans des circonstances où un régime de négociation collective a été institué: voir le juge McIntyre dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, aux pp. 411 et 412. Sauf pour les motifs énoncés dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, la conclusion que la négociation collective ne relève pas de l'al. 2d) concorde avec les conclusions de la trilogie d'arrêts relatifs à l'al. 2d). Dans ces arrêts, notre Cour a confirmé la validité non seulement de restrictions au droit de grève, mais aussi de l'imposition de l'arbitrage obligatoire sans négociation et de l'imposition de conditions de travail sans négociation. En conséquence, il est difficile de concevoir un principe qui assujettirait d'autres aspects des rapports de négociation collective à l'al. 2d) sans renverser la trilogie.

Pour ce qui est du fond de l'espèce, je trouve utile d'analyser les arguments de l'appelant en fonction des deux aspects évoqués par le juge Kerans en Cour d'appel: d'abord, l'absence à l'al. 42(1)b) d'un processus d'accréditation des syndicats et puis la condition posée par l'al. 42(1)b) qu'un syndicat soit «constitué en personne morale» pour les fins de la négociation collective.

La recherche de l'accréditation

En vertu des art. 42 et 43 de la Loi, les seuls syndicats qui ont le droit d'obliger le Commissaire à négocier collectivement sont les «associations d'employés» approuvées par une loi de la législature des Territoires. Cela diffère des autres lois des relations de travail au Canada, qui établissent des conditions précises pour l'accréditation d'un syndi-

as the exclusive bargaining agent for its members, and for the potential decertification of a union previously certified: see e.g. *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35; *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228; *The Trade Union Act*, R.S.S. 1978, c. T-17.

The appellant argues that the absence in the legislation of a set of objective conditions for the certification of a union is a violation of s. 2(d) of the *Charter*. The argument is that, apart altogether from the incidents of incorporation under the Act, the statutory monopoly granted to the NWTPSA interferes with the associational rights of those individuals in the bargaining unit who may wish to be represented by a different union. Since the legislation prevents a rival union that has not received legislative approval from bargaining for its members, such a union's objects and purposes are frustrated. The appellant submitted in its factum that: "The very definition of a trade union includes the purpose with which . . . the impugned legislation has interfered."

As is clear from my earlier review of the *Alberta Reference*, however, it is precisely this sort of claim that has been rejected by the majority of this Court. It is simply no longer open to an association (union or otherwise) to argue that the legislative frustration of its objects is a violation of s. 2(d) if the restriction is not aimed at and does not affect the establishment or existence of the association — unless the association's activity is another *Charter*-protected right, or an activity that may lawfully be performed by an individual. Putting the incorporation point aside for the moment, it is plain that the statutory monopoly created by s. 42(1)(b) has no effect on the existence of the Institute or the ability of any individual to be a member of the Institute; and it is equally plain that, as a result of the *Alberta Reference*, the activity for which constitutional protection is sought (collective bargaining for working conditions) satisfies neither of the tests for protected activity.

cat à titre d'agent négociateur exclusif de ses membres et pour la révocation possible de l'accréditation déjà accordée à un syndicat: voir, par exemple, la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, la *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, ch. 228, *The Trade Union Act*, R.S.S. 1978, ch. T-17.

L'appelant soutient que l'absence, dans les dispositions législatives, d'un ensemble de conditions objectives pour obtenir l'accréditation d'un syndicat viole l'al. 2d) de la *Charte*. Il soutient que, sauf pour ce qui est des conséquences de la constitution en personne morale en vertu de la Loi, le monopole accordé en vertu de la Loi à la NWTPSA porte atteinte aux droits collectifs des membres de l'unité de négociation qui veulent être représentés par un autre syndicat. Puisque la loi empêche un syndicat rival qui n'a pas été approuvé par la loi de négocier pour ses membres, les objectifs et les fins de ce syndicat sont contrecarrés. L'appelant soutient dans son mémoire que [TRADUCTION] «La définition même d'un syndicat comporte l'objet auquel [. . .] la loi contestée porte atteinte».

Comme le démontre clairement l'examen que j'ai déjà fait du *Renvoi relatif à l'Alberta*, c'est précisément ce genre de prétention qui a été rejeté par la majorité des juges de notre Cour. Il n'est tout simplement plus possible pour une association (que ce soit un syndicat ou une autre type d'association) de soutenir que l'empêchement de réaliser ses objectifs créé par une disposition législative constitue une violation de l'al. 2d), si la restriction ne vise pas la constitution ou l'existence de l'association, ni ne leur porte atteinte, à moins que l'activité de l'association ne soit un autre droit protégé par la *Charte* ou une activité qu'une personne, prise individuellement, peut exercer légitimement. Si on fait abstraction pour l'instant de la question de la constitution en personne morale, il est clair que le monopole créé par l'al. 42(1)b) n'a aucun effet sur l'existence de l'Institut, ni sur la capacité pour une personne d'y adhérer, et il est aussi manifeste que, par suite du *Renvoi relatif à l'Alberta*, l'activité pour laquelle on demande la protection constitutionnelle (la négociation collective des conditions de travail) ne satisfait à aucun des critères établis pour qu'une activité soit protégée.

Ultimately, the appellant's arguments on the failure of this legislation to provide for certification as of right founder on the fact that since the activity of bargaining is not itself constitutionally protected, neither is a legislative choice of the bargainer. The impugned provisions amount to nothing more than a legislated form of a labour relations regime based upon voluntary recognition. It is conceded that this is a well-recognized form of labour relations. The relevant difference is that by virtue of the Act the recognized union or unions are empowered to compel the Commissioner to bargain collectively in good faith toward a binding agreement, a power that no group of employees possesses at common law. Given that a government has no common law obligation to bargain at all and can suspend a statutory obligation to bargain altogether, as the federal government did in *PSAC*, it would be inconsistent now to hold that associational rights are created when a government grants employees the right to bargain but reserves to itself the power to choose the form of the employees' representative; that is to say, if a government does not have to bargain with anyone, there can be no constitutional impediment to its choosing to bargain with someone.

All of the foregoing is premised upon the assumption that s. 42(1)(b) of the Act does not impair the freedom to establish, belong to or maintain an association. It is necessary now to examine that assumption in light of the appellant's submissions that the requirement of incorporation in s. 42(1)(b) constitutes just such a violation of s. 2(d).

Incorporation Requirement in Section 42(1)(b)

For ease of reference, I reproduce the text of s. 42(1)(b) of the Act, as follows:

... "employees' association" means an association of public service employees incorporated by an Act empowering it to bargain collectively.

The appellant submits that the effect of s. 42(1)(b) is to subject a public service union to a

Enfin, les arguments de l'appelant au sujet de l'omission du texte législatif de prévoir l'accréditation de plein droit se heurte au fait que, puisque l'activité de la négociation n'est pas elle-même protégée par la Constitution, le choix du négociateur en vertu de la loi ne l'est pas non plus. Les dispositions contestées équivalent à rien de plus qu'une forme de régime de relations de travail prescrite par la loi et fondée sur la reconnaissance volontaire. Il est admis que c'est une forme bien reconnue de relations ouvrières. La différence pertinente tient à ce que, en vertu de la Loi, le ou les syndicats reconnus peuvent forcer le Commissaire à négocier collectivement de bonne foi en vue de conclure une convention exécutoire, ce qu'aucun groupe d'employés ne peut faire en common law. Puisqu'un gouvernement n'a aucune obligation de négocier en vertu de la common law et puisqu'il peut aussi suspendre une obligation légale de négocier, comme le gouvernement fédéral l'a fait dans l'affaire *AFPC*, il serait illogique de statuer ici qu'un gouvernement crée des droits collectifs quand il accorde à des employés le droit de négocier, mais se réserve le pouvoir de choisir le mode de représentation des employés; c'est-à-dire si un gouvernement n'est pas tenu de négocier avec qui que ce soit, il ne peut y avoir d'obstacle constitutionnel à ce qu'il choisisse de négocier avec quelqu'un en particulier.

Tout ce qui précède repose sur l'hypothèse que l'al. 42(1)b) de la Loi ne porte pas atteinte à la liberté de constituer une association, de la maintenir ou d'y appartenir. Il faut maintenant examiner cette hypothèse en fonction des prétentions de l'appelant que l'exigence de constitution en personne morale posée à l'al. 42(1)b) constitue précisément une telle violation de l'al. 2d).

L'exigence de constitution en personne morale posée à l'al. 42(1)b)

Pour en faciliter la consultation, je reproduis le texte de l'al. 42(1)b):

... «association d'employés» signifie une association d'employés de la fonction publique constituée en personne morale par une loi qui l'habilite à négocier collectivement.

L'appelant soutient que l'al. 42(1)b) a pour effet de soumettre un syndicat de la fonction publique à

requirement of legislative creation, without which such a union has no existence. If this is so, the impugned section clearly interferes with an individual's freedom to form and belong to an association, something that this Court unanimously held in the *Alberta Reference* to be a s. 2(d) violation: see *supra*. This argument found favour with Kerans J.A. in the court below. Kerans J.A., at p. 232, adopted the Institute's submission that s. 42(1)(b):

... requires that the territorial council, and not the employees themselves, be the final arbiter of the *constitution* of [an employees' association incorporated under the Act], and decide sensitive questions like what shall be the scope of its objects, what the membership terms will be, what the rules for internal governance shall be, and, perhaps most importantly, whether it shall be a legal entity. [Emphasis in the original.]

As a consequence of this interpretation of s. 42(1)(b), Kerans J.A. considered it necessary to read the words "or recognized" into the section, in order to preserve its constitutionality. The appellant argues that this use of the technique of "reading in" is not a permissible exercise of a court's powers in constitutional adjudication. The respondent Commissioner places no reliance on this aspect of Kerans J.A.'s judgment, and submits that the section, as written, has no effect on the existence or constitution of an employees' association incorporated pursuant to it. In my opinion, this appeal can be decided without resolving the difficult question whether we should read words into a statute to bring it into conformity with the *Charter*.

The central question in this part of the appeal is whether the word "incorporated" in s. 42(1)(b) denotes the creation of a public service union. The appellant argues forcefully that the very existence of a public service union in the Northwest Territories depends upon the legislative fiat of incorporation pursuant to s. 42(1)(b). The respondent Commissioner denies this contention, and argues that nothing in the impugned section affects the existence, membership or maintenance of any association.

une exigence de constitution législative sans laquelle un tel syndicat n'existe pas. S'il en est ainsi, l'alinéa contesté empiète manifestement sur la liberté des individus de constituer une association et d'y appartenir, ce que notre Cour a unanimement déclaré contraire à l'al. 2d) dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*: voir plus haut. En Cour d'appel, cet argument a gagné la faveur du juge Kerans. À la page 232, le juge Kerans a accepté l'argument de l'Institut que l'al. 42(1)b):

[TRADUCTION] ... exige que le conseil des territoires, plutôt que les employés eux-mêmes, soit l'arbitre suprême de la *création* d'une [association d'employés constituée en personne morale en vertu de la Loi] et tranche des questions délicates comme l'étendue de ses objets, les conditions d'adhésion, les règles de fonctionnement interne et, ce qui est peut-être le plus important, celle de savoir si l'association devra être une entité juridique. [En italique dans l'original.]

Comme conséquence de cette interprétation de l'al. 42(1)b), le juge Kerans a estimé nécessaire d'interpréter l'alinéa comme s'il comportait les mots «ou reconnue» pour en préserver la constitutionnalité. L'appelant soutient que le recours à cette technique d'interprétation large ne constitue pas un exercice acceptable de la compétence judiciaire en matière constitutionnelle. Le Commissaire intimé n'invoque nullement cet aspect de la décision du juge Kerans et soutient que l'alinéa, dans sa formulation, n'a pas d'effet sur l'existence ou la création d'une association d'employés constituée en personne morale conformément à ses termes. À mon avis, il est possible de statuer sur le présent pourvoi sans résoudre la difficile question de savoir s'il faut interpréter une loi en y ajoutant des mots pour la rendre conforme à la *Charte*.

La question centrale dans cette partie du pourvoi est de savoir si les mots «constituée en personne morale» à l'al. 42(1)b) signifient la création d'un syndicat de la fonction publique. L'appelant soutient avec force que l'existence même d'un syndicat de fonctionnaires dans les territoires du Nord-Ouest dépend de l'autorisation législative que représente la constitution en personne morale prévue à l'al. 42(1)b). Le Commissaire intimé repousse cette prétention et soutient que rien dans la disposition contestée ne touche l'existence de l'association, son maintien ou l'appartenance à celle-ci.

Upon considering the words of the impugned section, I find myself in agreement with the respondent. I observe that s. 42(1)(b) does not prohibit the establishment of or membership in other unions, and it does not prevent any such union from seeking incorporation under the Act. Moreover, the impugned section does not prescribe the prerequisites or the incidents of incorporation. Contrary to the view expressed by Kerans J.A., the section does not require that an employees' association incorporated under the Act be constituted in a particular way or that it submit the scope of its objects, terms of membership or rules of internal governance to legislative control. The territorial government could, it seems to me, enact legislation deeming the Institute or any other pre-existing union to be an employees' association for the purposes of the Act without altering the organizational structure of the union in any way. Seen in its context, the requirement of incorporation in s. 42(1)(b) is the means by which the territorial government has chosen to recognize the union or unions with which it will bargain collectively, and upon which it will grant the power to compel the government to bargain in good faith toward a binding agreement. As I have said, if a government can abridge collective bargaining entirely without constitutional impediment it would seem anomalous to place constitutional obstacles in the way of a government seeking to make collective bargaining available to its employees.

I do not wish, however, to be taken as sanctioning the view that where a government confers a benefit it is entitled to attach whatever conditions it pleases to the receipt of the benefit. Any such conditions must themselves pass constitutional muster. It seems obvious, for example, that a government could not grant collective bargaining rights on a basis that would contravene the equality rights guarantees contained in s. 15(1) of the *Charter*. Similarly, a grant of collective bargaining rights must account for the associational rights of affected individuals; but, in view of the trilogy, this means nothing more than permitting rival associations to exist and vie for recognition. The legisla-

À l'analyse du texte de la disposition contestée, je partage l'avis de l'intimé. Je remarque que l'al. 42(1)b) n'interdit pas la constitution d'autres syndicats, ni l'appartenance à ceux-ci, et il n'empêche aucun de ces syndicats de demander la constitution en personne morale en vertu de la Loi. De plus, l'alinéa contesté ne détermine pas les conditions préalables ni les conséquences de la constitution en personne morale. Contrairement à l'avis exprimé par le juge Kerans, l'alinéa n'exige pas que l'association d'employés constituée en personne morale en vertu de la Loi soit formée d'une manière particulière ou qu'elle soumette l'étendue de ses objets, les conditions d'adhésion ou les règles de fonctionnement interne au contrôle du législateur. Il me semble que le gouvernement des Territoires peut adopter une loi faisant de l'Institut ou de tout autre syndicat préexistant une association d'employés pour les fins de la Loi sans en modifier la structure de quelque manière que ce soit. Vue dans ce contexte, l'exigence de constitution en personne morale énoncée à l'al. 42(1)b) est le moyen par lequel le gouvernement des Territoires a choisi de reconnaître le ou les syndicats avec lesquels il négociera collectivement et auxquels il accordera le pouvoir d'obliger le gouvernement à négocier de bonne foi en vue de conclure une convention liant les parties. Comme je l'ai déjà dit, si rien dans la Constitution n'empêche un gouvernement de retirer complètement le droit de négocier collectivement, alors il semblerait anormal qu'un gouvernement qui cherche à accorder à ses employés la possibilité d'avoir recours à la négociation collective se heurte à des obstacles constitutionnels.

Je ne veux pas qu'on croie que j'affirme que, lorsqu'un gouvernement confère un avantage, il a le droit de l'assortir de toutes les conditions qu'il lui plaît d'imposer. Ces conditions doivent elles-mêmes satisfaire aux exigences de la Constitution. Il semble évident, par exemple, qu'un gouvernement ne pourrait accorder des droits de négocier collectivement à des conditions qui enfreindraient les droits à l'égalité garantis au par. 15(1) de la *Charte*. De même, l'attribution de droits de négocier collectivement doit respecter les droits collectifs des personnes touchées, mais, en raison de la trilogie d'arrêts, ceci se limite à permettre aux associations rivales d'exister et de lutter pour leur

tion impugned in the present case does not, as I have said, affect the Institute or any other union in a manner that could infringe s. 2(d) of the *Charter*, and the Institute's arguments in this regard must fail.

Disposition

I would dismiss the appeal with costs to the respondents, and answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 42(1) of the *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, c. P-13, as amended, infringe the freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, can s. 42(1) of the *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, c. P-13, as amended, be justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

Appeal dismissed, WILSON, GONTHIER and CORY JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Nelligan/Power, Ottawa.

Solicitor for the respondent the Commissioner of the Northwest Territories: The Department of Justice, Yellowknife.

Solicitors for the respondent the Northwest Territories Public Service Association: Soloway, Wright, Ottawa.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

reconnaissance. Comme je l'ai déjà dit, les dispositions législatives contestées dans le présent pourvoi ne touchent ni l'Institut, ni aucun autre syndicat de manière à enfreindre l'al. 2d) de la *Charte*; en conséquence, les arguments de l'Institut à cet égard doivent être rejetés.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur des intimés et de répondre comme ceci aux questions constitutionnelles:

1. Le paragraphe 42(1) de la *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, ch. P-13 et ses modifications, viole-t-il la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 42(1) de la *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, ch. P-13 et ses modifications, peut-il se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

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

Pourvoi rejeté, les juges WILSON, GONTHIER et CORY sont dissidents.

Procureurs de l'appellant: Nelligan/Power, Ottawa.

Procureur de l'intimé le Commissaire des territoires du Nord-Ouest: Le ministère de la Justice, Yellowknife.

Procureurs de l'intimée la Northwest Territories Public Service Association: Soloway, Wright, Ottawa.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

National Trust Company Appellant

v.

David Mead, Remai Financial Corp. and Remai Construction (1981) Inc. Respondents

INDEXED AS: NATIONAL TRUST CO. v. MEAD

File No.: 21157.

1990: February 23; 1990: August 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Mortgages — Action on covenant to pay — Individual assuming mortgage from corporation which had waived provincial statutory protection against being sued on covenant to pay — Provincial statute permitting only corporate mortgagors to waive protection — Whether individual assuming mortgage bound by waiver as a successor or assign of original corporate mortgagor — Whether assumption agreement effects a novation — The Limitation of Civil Rights Act, R.S.S. 1978, c. L-16, ss. 2, 40.

The respondent Remai Construction (1981) Inc. ("Remai") granted a mortgage to the appellant National Trust as security for a loan to be applied in the construction of a condominium unit. Remai waived the protection of the Saskatchewan *Limitation of Civil Rights Act*, s. 2(1) of which provides that no action lies on the covenant to pay in a mortgage. Section 2(2)(d) extends this protection to subsequent purchasers who assume such a mortgage. Under s. 40(1) of the same Act agreements purporting to waive the protection of the Act are null and void, but s. 40(2) creates an exception to ss. 2 and 40(1) by permitting corporate mortgagors to waive the protection and provides that such a waiver is binding on the corporation's successors and assigns.

The respondent Mead purchased the condominium unit from Remai and executed an assumption of liability agreement in favour of National Trust which contained a covenant making Mead personally liable on the mort-

* Chief Justice at the time of judgment.

National Trust Company Appellante

c.

David Mead, Remai Financial Corp. et Remai Construction (1981) Inc. Intimés

RÉPERTORIÉ: NATIONAL TRUST CO. c. MEAD

N° du greffe: 21157.

b 1990: 23 février; 1990: 16 août.

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

c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Hypothèques — Action fondée sur l'engagement personnel de payer — Particulier prenant en charge une hypothèque consentie par une société qui avait renoncé à la protection accordée par une loi provinciale contre toute action fondée sur l'engagement personnel de payer — Loi provinciale ne permettant qu'aux sociétés débitrices hypothécaires de renoncer à cette protection — Le particulier qui prend en charge une hypothèque est-il lié par une renonciation en sa qualité de successeur ou de cessionnaire de la société qui était la débitrice hypothécaire originaire? — La convention de prise en charge opère-t-elle une novation? — The Limitation of Civil Rights Act, R.S.S. 1978, ch. L-16, art. 2, 40.

L'intimée Remai Construction (1981) Inc. («Remai») a consenti à l'appellante National Trust une hypothèque en garantie d'un prêt devant être affecté à la construction d'une unité en copropriété. Remai a renoncé à la protection de *The Limitation of Civil Rights Act* de la Saskatchewan, dont le par. 2(1) dispose que l'engagement personnel de payer contenu dans un acte constitutif d'hypothèque ne donne lieu à aucun droit d'action. L'alinéa 2(2)d étend cette protection aux acheteurs subséquents qui prennent en charge une telle hypothèque. Aux termes du par. 40(1), est nul et non avenue tout accord par lequel on prétend renoncer à la protection de la Loi, mais le par. 40(2) crée une exception à l'art. 2 et au par. 40(1) en permettant aux sociétés débitrices hypothécaires de renoncer à cette protection et prévoit qu'une telle renonciation lie leurs successeurs et cessionnaires.

L'intimé Mead a acheté l'unité en copropriété à Remai et a signé au profit de National Trust une convention d'acceptation de responsabilité contenant une clause rendant Mead personnellement responsable du

* Juge en chef à la date du jugement.

gage. The mortgage fell into arrears and National Trust brought an action against Remai and Mead for the full amount of the principal and interest owing. The action against Remai was later discontinued. The chambers judge granted an order *nisi* for sale of the property but refused to order personal judgment for the deficiency against Mead. The Court of Appeal dismissed National Trust's appeal.

The issues in this appeal are (1) whether the general protection extended to individuals under s. 2(1) prevails over the exception contained in s. 40(2) for corporations and their successors or assigns; (2) whether the particular wording of the assumption agreement releases Mead from liability on the personal covenant; and (3) whether the assumption agreement effects a novation.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ.: Remai's exercise of its waiver under s. 40(2) of *The Limitation of Civil Rights Act* is not binding on Mead. Any exception to the principle in s. 2 that individual mortgagors be insulated from personal liability should be construed as narrowly as possible. The meaning of "successor" in s. 40(2) should be restricted to other corporations since the application of the s. 40(2) exception to "successors" was only intended to ensure liability on the personal covenant of a corporation which steps into the shoes of the original corporate mortgagor. While "assigns" would prima facie include individual assigns of corporate mortgagors, the purpose of this exception is to protect mortgagees who extend mortgages to corporations on condition that the latter provide a personal covenant and who then find that the corporation has unilaterally (and without the mortgagee's consent) assigned the mortgage to an individual on whom the personal covenant would not otherwise be binding under the Act. It is these "assigns" who must be bound by the personal covenant of the original corporate mortgagor if the mortgagee is to have the protection contemplated by s. 40(2). In this case the concern about the mortgagee's rights being unfairly defeated does not arise since National Trust freely entered into an assumption agreement with Mead. The fact that Mead assumed the mortgage by way of assumption agreement with National Trust means that

paiement de l'hypothèque. L'hypothèque est tombée en retard de paiement et National Trust a intenté contre Remai et Mead une action en paiement du montant intégral du capital et de l'intérêt dus. National Trust s'est par la suite désistée de l'action contre Remai. Le juge en chambre a rendu une ordonnance conditionnelle de vente du bien-fonds, mais a refusé d'accorder contre Mead un jugement personnel pour couvrir l'insuffisance. La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté par National Trust.

Le pourvoi soulève les questions de savoir (1) si la protection générale accordée aux particuliers aux termes du par. 2(1) l'emporte sur l'exception énoncée au par. 40(2) à l'égard des sociétés, de leurs successeurs et de leurs cessionnaires; (2) si le libellé particulier de la convention de prise en charge dégage Mead de toute responsabilité fondée sur l'engagement personnel; et (3) si la convention de prise en charge opère une novation.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory: La renonciation faite par Remai en vertu du par. 40(2) de *The Limitation of Civil Rights Act* ne lie pas Mead. Toute exception au principe, posé par l'art. 2, que les particuliers débiteurs hypothécaires soient mis à l'abri de la responsabilité personnelle doit recevoir l'interprétation la plus restrictive possible. Le sens du terme «successeur» au par. 40(2) doit se limiter à d'autres sociétés, puisque l'application de l'exception prévue au par. 40(2) aux «successeurs» a pour seul objet d'assurer la responsabilité fondée sur l'engagement personnel d'une société qui prend la place de la société qui était la débitrice hypothécaire originaire. Bien que le mot «cessionnaires» comprenne à première vue les particuliers cessionnaires de sociétés débitrices hypothécaires, cette exception a pour objet la protection de créanciers hypothécaires qui consentent des hypothèques à des sociétés à condition que celles-ci s'engagent personnellement à payer, et qui découvrent par la suite que la société a unilatéralement (et sans le consentement du créancier hypothécaire) cédé l'hypothèque à un particulier qui, autrement, ne serait pas lié par l'engagement personnel aux termes de la Loi. Ce sont ces «cessionnaires» qui doivent être liés par l'engagement personnel de la société qui était la débitrice hypothécaire originaire si le créancier hypothécaire doit bénéficier de la protection envisagée par le par. 40(2). En l'espèce, le problème de l'anéantissement injuste des droits du créancier hypothécaire ne se pose pas étant donné que National Trust a librement conclu avec Mead une convention de prise en charge. Le fait que Mead a pris l'hypothèque en charge au moyen d'une convention de prise en charge intervenue avec National

he is entitled to the protection of s. 2(2)(d) of the Act, which is not subject to the waiver exception under s. 40(2).

The personal covenant set out in the assumption agreement is unenforceable against Mead. The wording of the agreement, in conjunction with the Act, is clearly capable of being construed as releasing Mead from any obligation to pay under the covenant. The agreement provides that Mead will be bound by all the terms of the mortgage "as though it had been originally made, executed and delivered to him as Mortgagor", in which case s. 2 would have applied, no exception under s. 40(2) would have been available, and the personal covenant would have been unenforceable pursuant to s. 40(1).

The assumption agreement did not effect a novation. The clause in the agreement stating that National Trust may at any time release the original mortgagor cannot be construed as a present release of Remai such as would be necessary to replace Remai with Mead as principal debtor. This conclusion is strengthened when the terms of the original mortgage are taken into consideration: the "no prejudice" clause confirms that there was no intention on the part of National Trust to release Remai. Taken together, these provisions are a strong indication that Mead's assumption of the debt was not accepted by National Trust in full consideration and substitution of Remai's obligation. The conduct of the parties does not negate that indication. National Trust's action in discontinuing its suit against Remai is equivocal, and cannot be construed as supporting an inference that the trust company was no longer looking to Remai for satisfaction of the debt. Discontinuance does not preclude a litigant from bringing the action at a later date, and thus does not constitute the kind of compelling circumstance necessary to found a novation.

Per McLachlin J.: Wilson J.'s conclusions and reasons were agreed with, subject to the comment that ss. 2(2)(d) and 40(2) of the Act involve a facial conflict which should be resolved by recourse to legislative intention.

Cases Cited

By Wilson J.

Considered: *Canada Permanent Trust Co. v. Neumann* (1986), 8 B.C.L.R. (2d) 318; *Re Bank of Nova Scotia and Vancouver Island Renovating Inc.* (1986), 31 D.L.R. (4th) 560; *Prospect Mortgage Investment*

Trust lui donne droit à la protection de l'al. 2(2)d) de la Loi, lequel n'est pas assujéti à l'exception que constitue la renonciation prévue au par. 40(2).

On ne peut se prévaloir contre Mead de l'engagement personnel contenu dans la convention de prise en charge. Le libellé de la convention, combiné avec la Loi, admet manifestement une interprétation qui dégage Mead de toute obligation de payer fondée sur l'engagement personnel. La convention prévoit que Mead est lié par la totalité des conditions de l'hypothèque, «comme si c'était lui qui l'avait consentie et qui avait signé l'acte constitutif», auquel cas l'art. 2 se serait appliqué, aucune exception fondée sur le par. 40(2) n'aurait pu être invoquée et, suivant le par. 40(1), l'engagement personnel aurait été de nul effet.

La convention de prise en charge n'opère pas de novation. La clause de la convention stipulant que National Trust pouvait à n'importe quel moment décharger le débiteur hypothécaire originaire de ses engagements ne saurait s'interpréter comme le genre de décharge actuelle de Remai qui serait nécessaire pour que Mead soit substitué à Remai en tant que débiteur principal. Cette conclusion est renforcée quand on prend en considération les conditions de l'hypothèque primitive: la clause «de réserve de droits» confirme l'absence d'intention de la part de National Trust de décharger Remai de sa responsabilité. Prises ensemble, ces dispositions constituent une forte indication que National Trust n'a pas accepté la prise en charge de la dette par Mead en plein acquittement et en pleine substitution de l'obligation de Remai. La conduite des parties ne neutralise pas cette indication. Le fait que National Trust se soit désistée de son action contre Remai est équivoque et ne peut s'interpréter comme soutenant l'inférence selon laquelle la société de fiducie ne comptait plus sur Remai pour le paiement de la dette. Le désistement n'empêche pas une partie d'intenter l'action à une date ultérieure et, par conséquent, ne constitue pas le genre de circonstance déterminante qui est nécessaire pour fonder une novation.

Le juge McLachlin: Le juge McLachlin souscrit aux conclusions et aux motifs du juge Wilson, sous réserve de l'observation que l'al. 2(2)d) et le par. 40(2) de la Loi sont en conflit apparent et qu'on doit résoudre ce conflit en ayant recours à l'intention du législateur.

Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

Arrêts examinés: *Canada Permanent Trust Co. v. Neumann* (1986), 8 B.C.L.R. (2d) 318; *Re Bank of Nova Scotia and Vancouver Island Renovating Inc.* (1986), 31 D.L.R. (4th) 560; *Prospect Mortgage Invest-*

Corp. v. Van-5 Developments Ltd. (1985), 68 B.C.L.R. 12; **disapproved:** *Eaton Bay Trust Co. v. Ling* (1987), 45 D.L.R. (4th) 1; **referred to:** *Herold v. British American Oil Co.* (1954), 12 W.W.R. (N.S.) 333; *First City Trust Co. v. Friesen* (1985), 38 Sask. R. 220; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Grover*, [1987] 2 W.W.R. 766; *Potash v. Royal Trust Co.*, [1986] 2 S.C.R. 351; *Disney Farms Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1984] 5 W.W.R. 285; *Polson v. Wulffsohn* (1890), 2 B.C.R. 39; *Central & Eastern Trust Co. v. Rosebowl Holdings Ltd.* (1981), 34 N.B.R. (2d) 308; *Central Trust Co. v. Bartlett* (1983), 30 R.P.R. 267; *Saskatchewan Trust v. Ross* (1985), 41 Sask. R. 121.

Statutes and Regulations Cited

Limitation of Civil Rights Act, R.S.S. 1978, c. L-16, ss. 2-[am. 1983-84, c. 44, s. 2], 40.
Queen's Bench Rules of Saskatchewan, rule 198(4).

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1988), 70 Sask. R. 11, [1988] 5 W.W.R. 365, 52 D.L.R. (4th) 159, affirming the refusal of Wright J. to order a personal judgment against the respondent in a mortgage action. Appeal dismissed.

W. G. Turnbull, for the appellant.

Dale A. Canham, for the respondents.

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

WILSON J.—The issue in this case is the right of a mortgagee in the province of Saskatchewan to sue on the personal covenant. The parties contend that resolution of this issue depends upon the interpretation of the relevant statute, the construction of an assumption agreement, and the application of the principle of novation.

1. The Facts

The respondent Remai Construction (1981) Inc. ("Remai") granted a mortgage in the amount of \$40,725 to the appellant National Trust Company ("National Trust") on June 28, 1984 as security for a loan to be applied in the construction of a condominium unit in Saskatoon. *The Limitation of Civil Rights Act*, R.S.S. 1978, c. L-16 ("the Act"), provides that a mortgagee's right to recover

ment Corp. v. Van-5 Developments Ltd. (1985), 68 B.C.L.R. 12; **arrêt critiqué:** *Eaton Bay Trust Co. v. Ling* (1987), 45 D.L.R. (4th) 1; **arrêts mentionnés:** *Herold v. British American Oil Co.* (1954), 12 W.W.R. (N.S.) 333; *First City Trust Co. v. Friesen* (1985), 38 Sask. R. 220; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Grover*, [1987] 2 W.W.R. 766; *Potash c. Royal Trust Co.*, [1986] 2 R.C.S. 351; *Disney Farms Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1984] 5 W.W.R. 285; *Polson v. Wulffsohn* (1890), 2 B.C.R. 39; *Central & Eastern Trust Co. v. Rosebowl Holdings Ltd.* (1981), 34 N.B.R. (2d) 308; *Central Trust Co. v. Bartlett* (1983), 30 R.P.R. 267; *Saskatchewan Trust v. Ross* (1985), 41 Sask. R. 121.

Lois et règlements cités

Limitation of Civil Rights Act, R.S.S. 1978, ch. L-16, art. 2 [mod. 1983-84, ch. 44, art. 2], 40.
Queen's Bench Rules of Saskatchewan, règle 198(4).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1988), 70 Sask. R. 11, [1988] 5 W.W.R. 365, 52 D.L.R. (4th) 159, confirmant le refus du juge Wright de rendre un jugement personnel contre l'intimé dans une action hypothécaire. Pourvoi rejeté.

W. G. Turnbull, pour l'appelante.

Dale A. Canham, pour les intimés.

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

LE JUGE WILSON—Le litige vise le droit d'un créancier hypothécaire dans la province de la Saskatchewan d'intenter une action fondée sur l'engagement personnel de payer. Les parties soutiennent que c'est là une question dont la résolution dépend de l'interprétation de la loi applicable, de l'interprétation d'une convention de prise en charge et de l'application du principe de la novation.

1. Les faits

L'intimée Remai Construction (1981) Inc. («Remai») a consenti à l'appelante National Trust Company («National Trust») le 28 juin 1984 une hypothèque de 40 725 \$ en garantie d'un prêt devant être affecté à la construction d'une unité en copropriété à Saskatoon. Aux termes de *The Limitation of Civil Rights Act*, R.S.S. 1978, ch. L-16 («la Loi»), le droit d'un créancier hypothé-

the unpaid balance due on a mortgage is restricted to the land itself. Any personal covenant is void and unenforceable. The Act, however, permits corporate mortgagors to waive the protection provided by the Act and Remai did so in the present case.

On August 28, 1984, the respondent David Mead ("Mead") purchased the condominium unit from Remai and executed an Assumption of Liability Agreement ("Assumption Agreement") in favour of National Trust. The Assumption Agreement contained a covenant making Mead personally liable on the mortgage.

On October 1, 1986, the mortgage fell into arrears and two months later National Trust commenced an action against Remai and Mead jointly and severally for *inter alia* the full amount of the principal and interest owing. In its statement of defence, Remai alleged that the Assumption Agreement released it from its covenant to pay or alternatively constituted a novation which had the effect of discharging it from any further liability on the covenant. The action against Remai was discontinued.

Mead entered no statement of defence. National Trust then applied for an order *nisi* for sale and for personal judgment against Mead. Wright J. in chambers refused to order personal judgment for the deficiency but granted an order *nisi* for sale without recorded reasons. The Saskatchewan Court of Appeal dismissed National Trust's appeal. National Trust now appeals to this Court.

2. The Legislation

The Limitation of Civil Rights Act provides:

2(1) Where land is hereafter sold under an agreement for sale in writing, or mortgaged whether by legal or equitable mortgage for the purpose of securing the purchase price or part of the purchase price of the land affected, or where a mortgage is hereafter given as collateral security for the purchase price or part of the purchase price of land, the vendor's or mortgagee's right

caire de recouvrer le solde impayé d'un prêt hypothécaire se limite au bien-fonds lui-même. Tout engagement personnel de payer est nul et sans effet. La Loi permet toutefois aux sociétés débitrices hypothécaires de renoncer à la protection qu'elle accorde, ce qu'a fait Remai en l'espèce.

Le 28 août 1984, l'intimé David Mead («Mead») a acheté l'unité en copropriété à Remai et a signé au profit de National Trust une convention d'acceptation de responsabilité («convention de prise en charge»). Cette convention contenait une clause rendant Mead personnellement responsable du paiement de l'hypothèque.

Le 1^{er} octobre 1986, l'hypothèque est tombée en retard de paiement et, deux mois plus tard, National Trust a intenté contre Remai et Mead conjointement et solidairement une action visant notamment à l'obtention du paiement du montant intégral du capital et de l'intérêt dus. Dans sa défense, Remai alléguait que la convention de prise en charge la déliait de son engagement de payer ou, subsidiairement, qu'elle constituait une novation ayant pour effet de la libérer de toute autre obligation fondée sur son engagement personnel. National Trust s'est désistée de l'action contre Remai.

Mead n'a pas produit de défense. National Trust de son côté a présenté une demande visant à obtenir une ordonnance conditionnelle de vente et un jugement personnel contre Mead. Le juge Wright, siégeant en chambre, a refusé d'accorder un jugement personnel pour couvrir l'insuffisance, mais il a rendu une ordonnance conditionnelle de vente sans motifs consignés. La Cour d'appel de la Saskatchewan a rejeté l'appel interjeté par National Trust et celle-ci se pourvoit maintenant devant notre Cour.

2. Les textes législatifs

The Limitation of Civil Rights Act dispose:

[TRADUCTION] 2(1) Lorsqu'un bien-fonds se vend en exécution d'un contrat de vente écrit ou qu'il est grevé d'une hypothèque, en common law ou en *equity*, aux fins de garantir la totalité ou une partie du prix d'achat dudit bien-fonds, ou lorsqu'une hypothèque est consentie à titre de garantie accessoire de la totalité ou d'une partie du prix d'achat d'un bien-fonds, le droit du

to recover the unpaid balance due shall be restricted to the land sold or mortgaged and to cancellation of the agreement for sale or foreclosure of the mortgage or sale of the property, and no action shall lie on the covenant for payment contained in the agreement for sale or mortgage.

(1.1) The benefit of subsection (1) extends to and includes a mortgage that secures, or is given as collateral security for, the purchase price or part of the purchase price of the land, whether or not the mortgagee was the vendor of that land.

(2) The benefit of subsections (1) and (1.1) extends to and includes:

- (a) the personal covenant of the purchaser contained in any assignment by the vendor of such an agreement for sale;
- (b) the personal covenant of the assignee contained in any assignment by the purchaser of such an agreement for sale;
- (c) the personal covenant of the mortgagor contained in an agreement extending any such mortgage;
- (d) the personal covenant of a purchaser of lands subject to any such mortgage, to assume and pay the mortgage;

and no action lies on any such personal covenant.

40(1) Subject to subsection (2), every agreement or bargain, verbal or written, express or implied, that this Act or any provision thereof shall not apply or that any benefit or remedy provided by it shall not be available, or which in any way limits, modifies or abrogates or in effect limits, modifies or abrogates any such benefit or remedy; is null, void and of no effect, and moneys paid under or by reason of any such agreement or bargain are recoverable in any court of competent jurisdiction.

(2) A corporate body may in writing agree that this Act or any provision thereof shall have no application to:

- (a) any mortgage, charge or other security for the payment of money made, given or created by it after March 25, 1959;
- (b) any agreement or instrument entered into by it after March 25, 1959, involving the payment by it of money, or its liability to pay money;

vendeur ou du créancier hypothécaire de recouvrer le solde impayé devenu exigible ne porte que sur le bien-fonds vendu ou hypothéqué et ne permet que l'annulation du contrat d'achat, ou la forclusion ou la vente du bien-fonds. L'engagement de payer contenu dans le contrat de vente ou dans l'acte constitutif d'hypothèque ne donne lieu à aucun droit d'action.

(1.1) Le paragraphe (1) s'applique également à une hypothèque qui garantit, ou qui garantit accessoirement, la totalité ou une partie du prix d'achat du bien-fonds, que le créancier hypothécaire ait été ou non le vendeur de ce bien-fonds.

(2) Les paragraphes (1) et (1.1) s'appliquent également:

- a) à l'engagement personnel pris par l'acheteur lors de la cession, faite par le vendeur, d'un tel contrat de vente;
- b) à l'engagement personnel pris par le cessionnaire lors d'une cession, faite par l'acheteur, d'un tel contrat de vente;
- c) à l'engagement personnel du débiteur hypothécaire contenu dans un accord reportant l'échéance d'une telle hypothèque;
- d) à l'engagement personnel de l'acquéreur de biens-fonds grevés d'une telle hypothèque de prendre en charge et de payer cette hypothèque.

Ces engagements personnels ne donnent lieu à aucun droit d'action.

40(1) Sous réserve du paragraphe (2), est nul, non avenü et inopérant tout accord ou entente, écrit ou oral, exprès ou implicite, qui stipule l'inapplicabilité de la présente loi ou de quelqu'une de ses dispositions ou l'exclusion de tout avantage ou redressement y prévu, ou qui de quelque manière limite, modifie ou supprime un tel avantage ou redressement, ou qui a un tel effet. Toute somme versée en vertu ou en raison d'un tel accord ou entente est recouvrable devant un tribunal compétent.

(2) Une personne morale peut convenir par écrit de l'inapplicabilité de la présente loi ou de quelqu'une de ses dispositions:

- a) à une hypothèque, charge ou autre garantie qui est destinée à assurer le paiement d'une somme d'argent et qu'elle a consentie, accordée ou créée postérieurement au 25 mars 1959;
- b) à une entente ou à un acte, signé par elle postérieurement au 25 mars 1959, qui prévoit le paiement d'une somme d'argent par elle ou qui la rend responsable du paiement d'une telle somme;

(c) any agreement or instrument renewing or extending or collateral to any such mortgage, charge, other security, agreement or instrument; or

(d) the rights, powers or remedies [*sic*] of any other person under any such mortgage, charge, other security, agreement or instrument;

and, notwithstanding anything in this Act, an agreement made by a corporate body under this subsection shall be binding upon the corporate body, its successors and assigns.

3. The Assumption Agreement

The relevant parts of the Assumption Agreement between National Trust (the Mortgagee) and Mead (the Purchaser) read as follows:

WHEREAS by a mortgage dated the 28th day of June, 1984 . . .

AND WHEREAS the Purchaser represents to the Mortgagee that he has purchased the said lands and premises and is now the owner thereof subject to the said mortgage.

AND WHEREAS the Purchaser has agreed to assume and covenant with the Mortgagee to pay to the Mortgagee the mortgage indebtedness now owing under the said mortgage.

NOW THIS INDENTURE WITNESSETH that in consideration of the premises and the sum of One Dollar (\$1.00) now paid by the Mortgagee to the Purchaser, it is hereby agreed as follows:

1. The Purchaser covenants and agrees with the Mortgagee, that he will pay to it the said principal money now owing, and all monies that may be advanced hereafter with respect to the said mortgage, together with interest thereon, and that he will perform each and all of the covenants, conditions, and obligations in the said mortgage contained to be performed by the Mortgagor therein at the times and in the manner and in all respects as therein provided, and that he will be bound by each and all of the terms and covenants, conditions and obligations of the said mortgage as though it had been originally made, executed and delivered by him as Mortgagor.

AND THE PURCHASER HEREBY AUTHORIZES AND INSTRUCTS THE MORTGAGEE TO PAY TO THE MORTGAGOR NAMED IN THE SAID MORTGAGE OR TO HIS NOMINEE, THE

c) à une entente ou à un acte qui renouvelle ou proroge une telle hypothèque, une telle charge, une telle autre garantie, un tel accord ou un tel acte, ou qui leur est accessoire; ou

d) aux droits, pouvoirs ou recours pouvant être exercés par une autre personne en vertu d'une telle hypothèque, d'une telle charge, d'une telle autre garantie, d'une telle entente ou d'un tel acte.

De plus, indépendamment des termes de la présente loi, une entente conclue par une personne morale en vertu du présent paragraphe lie cette personne morale, ses successeurs et ses cessionnaires.

3. La convention de prise en charge

Les parties pertinentes de la convention de prise en charge intervenue entre National Trust (la créancière hypothécaire) et Mead (l'acheteur) portent:

[TRADUCTION] **CONSIDÉRANT** que par hypothèque en date du 28 juin 1984 [. . .]

ET CONSIDÉRANT que l'acheteur déclare à la créancière hypothécaire s'être porté acquéreur des terres et des locaux en question et être actuellement propriétaire de ceux-ci, sous réserve de ladite hypothèque.

ET CONSIDÉRANT que l'acheteur s'engage envers la créancière hypothécaire à prendre en charge la dette hypothécaire existant en vertu de ladite hypothèque et à lui rembourser le montant de cette dette.

LE PRÉSENT ACTE CONSTATE qu'en contrepartie du bien-fonds et de la somme d'un dollar (1 \$) versée maintenant par la créancière hypothécaire à l'acheteur, les parties conviennent de ce qui suit:

1. L'acheteur s'engage envers la créancière hypothécaire à lui payer ledit montant du capital encore impayé et toutes sommes avancées en vertu de ladite hypothèque, ainsi que les intérêts courus. Il convient de remplir intégralement, aux époques et de la manière prescrites dans l'acte constitutif d'hypothèque et en parfaite conformité avec celui-ci, les engagements, les conditions et les obligations qui, aux termes dudit acte, incombent au débiteur hypothécaire. En outre, il se reconnaît lié par la totalité des modalités, engagements, conditions et obligations que comporte ladite hypothèque comme si c'était lui qui l'avait consentie et qui avait signé l'acte constitutif.

ET L'ACHETEUR AUTORISE PAR LES PRÉSENTES LA CRÉANCIÈRE HYPOTHÉCAIRE À PAYER AU DÉBITEUR HYPOTHÉCAIRE NOMMÉ DANS L'ACTE CONSTITUTIF D'HYPOTHÈQUE

FULL PROCEEDS OF THE LOAN THEREBY SECURED.

This Agreement shall extend to and bind and may be taken advantage of by the respective heirs, executors, administrators, successors and assigns as the case may be of each and every party hereto . . . all covenants shall be joint and several; time shall be of the essence hereof; and all provisions hereof shall have effect notwithstanding any statute to the contrary.

4. The Courts Below

As mentioned, Wright J. hearing the case in chambers gave no recorded reasons for his order *nisi*.

Writing for the Saskatchewan Court of Appeal (1988), 70 Sask. R. 11, Cameron J.A. encapsulates the statutory scheme as follows at p. 12:

Ordinarily, a person who borrows money from another for the purpose of buying land and gives that other a mortgage upon the land to secure repayment of the loan, can have the land taken from him on foreclosure, if he defaults, but cannot be sued on his covenant to pay: **The Limitation of Civil Rights Act**, S.S. 1979, c. L-6, s. 2. That is subject, however, to an exception. A corporate borrower is empowered to agree when granting a mortgage that the statute will not apply to that mortgage: s. 40(2). And, according to the Act, an agreement or waiver of that sort binds both the corporation and its "successors and assigns".

After a review of the facts Cameron J.A. sought guidance from previous authority on the question whether a mortgagee is limited to its remedy against the land when an individual assumes a mortgage from a corporation which has waived the statutory protection of s. 2. He found the jurisprudence inconsistent on this point, noting that a great deal seemed to depend on the terms of the particular assumption agreement and whether it could be said to give rise to a novation.

THÈQUE OU À LA PERSONNE PAR LUI DÉSIGNÉE LA TOTALITÉ DU PRODUIT DU PRÊT GARANTI PAR L'HYPOTHÈQUE ET LUI DEMANDE DE LE FAIRE.

La présente convention vise et lie les héritiers, les exécuteurs, les administrateurs, les successeurs et les cessionnaires respectifs, selon le cas, de chacune des parties aux présentes, et leur profite, [. . .]; tout engagement est pris conjointement et solidairement; les délais fixés par les présentes sont de rigueur; et toutes les stipulations des présentes s'appliquent indépendamment de toute disposition législative contraire.

4. Les juridictions inférieures

Comme je l'ai déjà mentionné, les motifs de l'ordonnance conditionnelle du juge Wright, qui a entendu la cause en cabinet, n'ont pas été consignés.

Écrivant au nom de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1988), 70 Sask. R. 11, le juge Cameron résume ainsi le régime établi par la Loi, à la p. 12:

[TRADUCTION] D'ordinaire, une personne qui emprunte de l'argent à une autre afin de se porter acquéreur d'un bien-fonds et qui consent au prêteur en garantie du remboursement du prêt une hypothèque grevant ledit bien-fonds peut se voir enlever celui-ci pour cause de forclusion si elle se trouve en défaut, mais elle ne peut faire l'objet de poursuites fondées sur son engagement de payer: **The Limitation of Civil Rights Act**, S.S. 1979, ch. L-6, art. 2. Cette règle souffre toutefois une exception. En effet, il est loisible à une société emprunteuse qui consent une hypothèque de convenir que la Loi ne s'y applique pas: par. 40(2). Et, aux termes de la Loi, un accord ou une renonciation de ce genre lie à la fois la société et ses «successeurs et [. . .] cessionnaires».

Ayant passé en revue les faits, le juge Cameron a cherché dans la jurisprudence la réponse à la question de savoir si un créancier hypothécaire est limité à l'exercice de son recours contre le bien-fonds dans un cas où une personne prend en charge une hypothèque consentie par une société qui a renoncé à la protection accordée par l'art. 2 de la Loi. Le juge Cameron a constaté que la jurisprudence se contredisait sur ce point et a fait remarquer que les termes de la convention de prise en charge en litige ainsi que la réponse donnée à la question de savoir si cette convention pouvait être considérée comme opérant une novation semblaient y jouer un rôle important.

He then considered the particular wording of the Assumption Agreement before him, especially the undertaking of Mead to perform all the covenants in the mortgage “as though it had been originally made, executed and delivered by him as Mortgagor”. At pages 16-17, he found these words virtually dispositive of the matter before him:

The meaning of these words is clear. And if taken literally, so too is their effect. Had Mr. Mead been the original mortgagor he would have been entitled to the benefit of s. 2 of the Act, and would have been disabled by s. 40 from agreeing otherwise. Thus the effect of the words is to extend to him the benefit of the statute and, in turn, to limit National Trust to its remedy against the land. Even if this were uncertain, the result would not change, because the agreement falls to be construed *contra proferentem*—against the one who drew it and in favour of the one who made it. Hence the words have to be given the meaning most favourable to Mr. Mead.

The Saskatchewan Court of Appeal also based its decision on a finding that novation had occurred in the form of a substitution of Mead for Remai as mortgagor. Cameron J.A. drew the four elements necessary to establish a novation from *Herold v. British American Oil Co.* (1954), 12 W.W.R. (N.S.) 333 (Alta. S.C.) and *Canada Permanent Trust Co. v. Neumann* (1986), 8 B.C.L.R. (2d) 318 (C.A.) as follows:

- (i) The new debtor must assume the complete liability.
- (ii) The creditor must accept the new debtor as a principal debtor and not as an agent or guarantor.
- (iii) The creditor must accept the new contract in full satisfaction and substitution for the old contract.
- (iv) The new contract must be made with the consent of the old debtor.

In this case Mead expressly assumed in clause 1 of the Assumption Agreement the complete liability under the mortgage. National Trust accepted him as principal debtor and gave valuable consideration. Mead undertook to repay the loan and agreed in clause 2 of the Agreement that if Na-

Il a examiné ensuite le libellé particulier de la convention de prise en charge dont il était question, et spécialement la promesse de Mead de s’acquitter de tous les engagements que comportait l’hypothèque «comme si c’était lui qui l’avait consentie et qui avait signé l’acte constitutif». Aux pages 16 et 17, il conclut qu’il n’en fallait guère davantage pour régler la question dont il se trouvait saisi:

[TRADUCTION] Le sens de ces mots est clair. Et si on les prend littéralement, tel est également leur effet. Si M. Mead avait été le débiteur hypothécaire originaire, il aurait eu droit au bénéfice de l’art. 2 de la Loi, et l’art. 40 serait venu l’empêcher d’en convenir autrement. Aussi les mots en question ont-ils pour effet de le faire bénéficiaire de la loi et, par le fait même, de limiter National Trust à l’exercice de son recours contre le bien-fonds. Même s’il planait quelque doute à ce sujet, le résultat serait identique puisque la convention est à interpréter *contra proferentem*, c’est-à-dire au détriment de la partie qui l’a rédigée et au profit de l’autre partie. D’où il s’ensuit qu’il faut donner aux mots en cause le sens le plus favorable à M. Mead.

La Cour d’appel de la Saskatchewan a fondé son arrêt en outre sur la conclusion qu’il y avait eu novation sous la forme de la substitution de Mead à Remai en tant que débiteur hypothécaire. Le juge Cameron a tiré des décisions *Herold v. British American Oil Co.* (1954), 12 W.W.R. (N.S.) 333 (C.S. Alb.) et *Canada Permanent Trust Co. v. Neumann* (1986), 8 B.C.L.R. (2d) 318 (C.A.), les quatre éléments nécessaires pour qu’il y ait novation:

- (i) Le nouveau débiteur doit assumer totalement la responsabilité.
- (ii) Le créancier doit accepter le nouveau débiteur comme débiteur principal et non pas en qualité de mandataire ou de garant.
- (iii) Le créancier doit accepter le nouveau contrat en pleine satisfaction et substitution de l’ancien contrat.
- (iv) Le nouveau contrat doit être conclu avec le consentement de l’ancien débiteur.

En l’espèce, Mead a assumé expressément dans la clause première de la convention de prise en charge la pleine responsabilité de l’hypothèque. National Trust l’a accepté à titre de débiteur principal et a donné une contrepartie de valeur. Mead s’est engagé à rembourser le prêt et a con-

tional Trust released Remai “from any or all of the covenants” contained in the mortgage, this would not affect his (Mead’s) liability or National Trust’s charge on the land. As between National Trust and Remai the Court of Appeal concluded that National Trust had discharged Remai. It premised this finding on National Trust’s discontinuance of its action against Remai. The Court of Appeal also found that National Trust accepted the new arrangement in satisfaction of and in substitution for the old one based on the combination of the Assumption Agreement and National Trust’s conduct in relation to Remai. Finally, Remai consented to the substitution of Mead as the new debtor. The court was therefore satisfied that the Assumption Agreement effected a novation and that the chambers judge was right in confining National Trust to its remedy against the land under s. 2(1) of the Act.

5. The Issues

The issues raised by this appeal are as follows:

- A. Does the general protection extended to individuals under s. 2(1) of the Act prevail over the exception contained in s. 40(2) for corporations and their successors or assigns?
- B. Does the particular wording of the Assumption Agreement release Mead from liability on the personal covenant?
- C. Does the assumption agreement effect a novation?

6. Analysis

A. *Statutory Interpretation*

Section 2 of the Act provides that when land is mortgaged for purposes of securing the purchase price of land, the mortgagee’s recovery rights are restricted to foreclosure and sale of the mortgaged land. No action on the personal covenant lies against the mortgagor for any deficiency. Section 2(2)(d) extends that protection to subsequent purchasers by sweeping within its ambit “the personal

venu à la clause 2 de la convention que si National Trust déliait Remai [TRADUCTION] «de l’un ou de l’ensemble des engagements» énoncés dans l’acte constitutif d’hypothèque, cela ne changerait rien à sa responsabilité (celle de Mead) ni à la charge de National Trust grevant le bien-fonds. En ce qui concerne les rapports entre National Trust et Remai, la Cour d’appel a conclu que cette dernière avait été dégagée de sa responsabilité par National Trust. Cette conclusion reposait sur le fait que National Trust s’était désistée de son action contre Remai. Se fondant sur la convention de prise en charge ainsi que sur la conduite de National Trust envers Remai, la Cour d’appel a conclu en outre que National Trust avait accepté le nouvel accord en satisfaction et en substitution de l’ancien. Finalement, Remai a donné son consentement à la substitution de Mead en tant que nouveau débiteur. La cour a été en conséquence convaincue que la convention de prise en charge opérait une novation et que c’est avec raison que le juge siégeant en cabinet avait limité National Trust à l’exercice de son recours contre le bien-fonds conformément au par. 2(1) de la Loi.

5. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève les questions suivantes:

- A. La protection générale accordée aux particuliers aux termes du par. 2(1) de la Loi l’emporte-t-elle sur l’exception énoncée au par. 40(2) à l’égard des sociétés, de leurs successeurs et de leurs cessionnaires?
- B. Le libellé particulier de la convention de prise en charge dégage-t-il Mead de toute responsabilité fondée sur l’engagement personnel?
- C. La convention de prise en charge opère-t-elle une novation?

6. Analyse

A. *L’interprétation des dispositions législatives*

L’article 2 de la Loi porte que quand une hypothèque est consentie sur un bien-fonds afin de garantir le prix d’achat de celui-ci, les droits de recouvrement du créancier hypothécaire se limitent à la forclusion et à la vente du bien-fonds grevé. Aucune action fondée sur l’engagement personnel ne peut être intentée contre le débiteur hypothécaire en cas d’insuffisance. C’est là une

covenant of a purchaser of lands subject to any such mortgage, to assume and pay the mortgage”.

On a plain reading of s. 2(2)(d) National Trust cannot recover from Mead on his personal covenant. This statutory intent is reinforced by s. 40(1) of the Act, which provides that agreements purporting to waive the protection of the Act are “null, void and of no effect”.

Section 40(2), however, creates an exception to s. 2 and 40(1) of the Act by permitting corporate mortgagors to waive the protection. In its mortgage agreement with National Trust, Remai expressly waived the protection under s. 2 of the Act and gave a personal covenant on the mortgage. Under the terms of s. 40(2) such a waiver is binding upon “the corporate body, its successors and assigns”. The question to be decided therefore is whether Mead is bound by the waiver as a successor or assign of Remai. The answer turns on the interaction between ss. 2 and 40(1) of the Act, which preclude enforcement of the personal covenant against an individual mortgagor, and s. 40(2) of the Act, which binds successors and assigns to a waiver of s. 2 by a corporate mortgagor.

As the Saskatchewan Court of Appeal points out, existing case law on the point is not very helpful. In *First City Trust Co. v. Friesen* (1985), 38 Sask. R. 220 (Q.B.), an individual assumed a mortgage from a corporate builder. MacLeod J. rejected an argument that s. 40(2) bound only corporate successors and assigns. At page 223 he states:

Whether the mortgagee can or cannot obtain personal judgment against the defendant Friesen depends on the terms of the assumption agreement. Without that agree-

protection que l'al. 2(2)d) accorde également aux acheteurs subséquents du fait qu'il englobe dans sa portée «l'engagement personnel de l'acquéreur de biens-fonds grevés d'une telle hypothèque de prendre en charge et de payer cette hypothèque».

Selon une interprétation littérale de l'al. 2(2)d), National Trust ne peut obtenir de Mead un recouvrement fondé sur l'engagement personnel de celui-ci. Cette intention du législateur se trouve renforcée par le par. 40(1) de la Loi, qui dispose que tout accord par lequel on prétend renoncer à la protection de la Loi est «nul, non avenue et inopérant».

Le paragraphe 40(2) crée toutefois une exception à l'art. 2 et au par. 40(1) de la Loi en permettant aux sociétés débitrices hypothécaires de renoncer à la protection. Dans la convention hypothécaire qu'elle a conclue avec National Trust, Remai a expressément renoncé à la protection de l'art. 2 de la Loi et s'est engagée personnellement à garantir l'hypothèque. Suivant les termes du par. 40(2), pareille renonciation lie la «personne morale, ses successeurs et ses cessionnaires». La question à trancher est donc de savoir si Mead est lié par la renonciation en tant que successeur ou cessionnaire de Remai. La réponse tient à l'interrelation de l'art. 2 et du par. 40(1) de la Loi, qui viennent empêcher qu'un particulier débiteur hypothécaire ne soit contraint de s'acquitter de son engagement personnel de payer, et du par. 40(2) de la Loi qui prévoit qu'une renonciation à l'application de l'art. 2 faite par une société débitrice hypothécaire lie ses successeurs et ses cessionnaires.

Ainsi que le fait remarquer la Cour d'appel de la Saskatchewan, la jurisprudence se révèle fort peu utile sur ce point. Dans l'affaire *First City Trust Co. v. Friesen* (1985), 38 Sask. R. 220 (B.R.), un particulier a pris en charge une hypothèque consentie par une société constructrice. Le juge MacLeod a rejeté l'argument selon lequel le par. 40(2) ne s'applique qu'aux successeurs et aux cessionnaires qui sont des personnes morales. Il dit, à la p. 223:

[TRADUCTION] Quant à savoir si la créancière hypothécaire peut ou non obtenir un jugement personnel contre le défendeur Friesen, cela dépend des conditions

ment, there would be no privity of contract between the mortgagee and Friesen, and personal judgment could only go against the defendant corporate body

I am satisfied that the position of persons such as Friesen, (that is, successors and assigns) was contemplated by the legislature, whose words must be accepted for what they say, without imposing an artificial construction on those words to benefit a person who, if different circumstances had prevailed, could have been able to invoke the protection of the statute as against the mortgagee.

In *Canada Trustco Mortgage Co. v. Grover*, [1987] 2 W.W.R. 766 (Sask. Q.B.), Wright J. (the chambers judge in the case at bar) rejected *First City* on the strength of this Court's judgment in *Potash v. Royal Trust Co.*, [1986] 2 S.C.R. 351. In *Potash* this Court was asked to interpret s. 10 of the federal *Interest Act*, R.S.C. 1970, c. I-18, which provided that individuals must be given the right to pay off a mortgage after five years. The respondent in that case entered into a renewal agreement after five years without paying off the mortgage and then proceeded to pay it off subsequent to entering into the renewal agreement. Although the Act did not specifically provide that a person could not waive its provisions, I stated for the Court at p. 373 that "I agree with counsel for Potash that s. 10(1) was enacted in the public interest and that the long standing rule against contracting out or waiver should apply to it." Wright J. does not expand his application of *Potash* to the facts of *Grover* but I assume that he took from it that, if parties cannot waive protective provisions in circumstances where the statute is silent, then where the statute expressly invalidates a waiver (e.g., s. 40(1) of the Act), any exception to that protection should be construed as narrowly as possible. The facts in *Grover* were for all intents and purposes the same as in the case at bar. Wright J. found that the applicant mortgagee was not entitled to judgment against the individual mortgagor to whom the mortgage had been assigned by the original corporate mortgagor.

de la convention de prise en charge. En l'absence de cette convention, il n'y aurait pas de lien de droit contractuel entre la créancière hypothécaire et Friesen, et un jugement personnel ne pourrait être rendu alors que contre la personne morale défenderesse [. . .]

Je suis convaincu que la situation de personnes comme Friesen (c'est-à-dire les successeurs et les cessionnaires) a été envisagée par le législateur, dont les paroles sont à prendre littéralement, sans leur imposer une interprétation artificielle afin de profiter à une personne qui, si les circonstances avaient été différentes, aurait pu invoquer la protection de la loi contre son créancier hypothécaire.

Dans l'affaire *Canada Trustco Mortgage Co. v. Grover*, [1987] 2 W.W.R. 766 (B.R. Sask.), le juge Wright (le juge en chambre, en l'espèce) s'est fondé sur notre arrêt *Potash c. Royal Trust Co.*, [1986] 2 R.C.S. 351, pour rejeter la décision *First City*. Notre Cour était appelée dans l'affaire *Potash* à interpréter l'art. 10 de la *Loi sur l'intérêt*, S.R.C. 1970, ch. I-18, qui reconnaissait aux particuliers le droit de purger une hypothèque à l'expiration d'une période de cinq ans. L'intimé dans cette affaire-là, ayant conclu une convention de renouvellement au bout de cinq ans sans purger l'hypothèque, l'a purgée après la conclusion de la convention. Quoique la Loi n'exclue pas expressément la renonciation à l'application de ses dispositions, j'ai dit au nom de la Cour, à la p. 373: «Je suis d'accord avec l'avocat de Potash pour dire que le par. 10(1) a été adopté dans l'intérêt public et que la règle établie depuis longtemps qui interdit la renonciation doit s'y appliquer.» Le juge Wright n'applique pas l'arrêt *Potash* aux faits de l'affaire *Grover*, mais je présume qu'il en a déduit que, si des parties ne peuvent renoncer à des dispositions protectrices dans des circonstances où la Loi se tait à ce sujet, alors dans un cas où la Loi invalide expressément une renonciation (p. ex. le par. 40(1) de la Loi), toute exception à cette protection doit recevoir l'interprétation la plus restrictive possible. Les faits dans l'affaire *Grover* sont pratiquement identiques à ceux de la présente instance. Le juge Wright a décidé que la créancière hypothécaire requérante n'avait pas droit à ce qu'un jugement soit rendu contre le particulier débiteur hypothécaire auquel l'hypothèque avait été cédée par la société qui était la débitrice hypothécaire originaire.

I agree with Cameron J.A. that these cases are not of much assistance. I turn therefore to a consideration of the purpose of s. 2 of the Act. Section 2 protects individual mortgagors from being personally liable on a mortgage and restricts the mortgagee's remedy to the property. Individuals usually take out mortgages to secure residential houses or farms. Their home is typically the largest single asset they have. One can well imagine that once that is lost the individual in many instances has little else to seize and imposing the additional burden of personal liability would be onerous and perhaps futile. I note in passing that s. 2 was originally enacted by the Saskatchewan legislature in 1934 (S.S. 1934-35, c. 89, s. 4) at a time when many prairie farmers were "losing the farm" thanks to the notorious and disastrous effects of the "dustbowls" and the Depression.

Section 40 of the Act was enacted through a series of amendments to the statute between 1953 and 1961. The purpose in permitting corporate borrowers to waive the protection provided under the Act was, in my view, aptly described by Malone J. in *Disney Farms Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1984] 5 W.W.R. 285 (Sask. Q.B.) at pp. 287-88:

Since 1965 the Limitation of Civil Rights Act [R.S.S. 1965, c. 103, s. 27] has permitted bodies corporate to waive the entire provisions thereof. A similar waiver provision is also found in the Saskatchewan Land Contracts (Actions) Act, R.S.S. 1978, c. L-3 [s. 5]. In my opinion, the purpose of these provisions is to facilitate corporate financing that otherwise may not be available if lenders could not realize upon their security on default by a corporate borrower. I am also of the opinion that the provisions of the Limitation of Civil Rights Act were primarily intended to benefit and protect individuals, as distinct from limited companies, who usually are more sophisticated in the management of their affairs and require larger amounts of capital to maintain their operations.

Je partage l'avis du juge Cameron de la Cour d'appel que ces décisions ne sont pas d'un très grand secours. Je passe en conséquence à l'examen de l'objet de l'art. 2 de la Loi. L'article 2 met les particuliers débiteurs hypothécaires à l'abri de la responsabilité personnelle relativement à une hypothèque et ne permet au créancier hypothécaire que l'exercice d'un recours contre le bien-fonds. Or, les particuliers consentent habituellement des hypothèques à titre de garanties afférentes à des maisons d'habitation ou à des fermes. Normalement, la maison représente leur bien le plus important. On peut donc bien s'imaginer que dans beaucoup de cas il ne restera à un particulier qui a perdu ce bien pas grand-chose d'autre susceptible de saisie et que lui imposer en outre la responsabilité personnelle serait pour lui une lourde charge et ne servirait peut-être à rien. Je fais remarquer en passant que l'art. 2 a été initialement adopté par le législateur de la Saskatchewan en 1934 (S.S. 1934-35, ch. 89, art. 4), époque où bien des agriculteurs des Prairies [TRADUCTION] «perdaient leur ferme» par les effets notoires et désastreux de la sécheresse et de la Dépression.

L'article 40 a été adopté au moyen d'une série de modifications apportées à la Loi entre 1953 et 1961. L'objet de l'autorisation donnée aux sociétés emprunteuses de renoncer à la protection offerte par la Loi est expliqué avec justesse, selon moi, par le juge Malone dans la décision *Disney Farms Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1984] 5 W.W.R. 285 (B.R. Sask.), aux pp. 287 et 288:

[TRADUCTION] Depuis 1965, *The Limitation of Civil Rights Act* [R.S.S. 1965, ch. 103, art. 27] permet aux personnes morales de renoncer à l'application de toutes ses dispositions. On retrouve une disposition de renonciation analogue dans la *Saskatchewan Land Contracts (Actions) Act*, R.S.S. 1978, ch. L-3 [art. 5]. À mon avis, ces dispositions sont destinées à faciliter aux sociétés l'obtention d'un financement qui, autrement, leur serait peut-être refusé si les prêteurs ne pouvaient pas réaliser leur garantie en cas de défaut par une société emprunteuse. Je suis en outre d'avis que les dispositions de *The Limitation of Civil Rights Act* visent principalement à avantager et à protéger les particuliers, par opposition aux sociétés à responsabilité limitée qui, en règle générale, apportent à la gestion de leurs affaires un plus grand savoir-faire et qui ont besoin de capitaux plus importants pour continuer leurs opérations.

I think it is clear that the policy concerns animating the protection of individuals from personal liability for mortgage deficiencies are not particularly compelling when applied to corporations. The meaning to be attributed to the provisions of the Act should reflect these policy concerns. Thus, any exception to the principle in s. 2 that individual mortgagors be insulated from personal liability should be construed as narrowly as possible.

Turning to s. 40(2) of the Act, the provision states that if a corporation waives its protection, that waiver binds all successors and assigns “notwithstanding anything in this Act”. When used in reference to corporations, a “successor” generally denotes another corporation which, through merger, amalgamation or some other type of legal succession, assumes the burdens and becomes vested with the rights of the first corporation. In terms of s. 40(2) of the Act it is understandable that a new corporation should be bound by the waiver of the old one since the new one is essentially supplanting the old one in all respects. Indeed, restricting the meaning of “successor” in s. 40(2) to other corporations makes sense in light of the policy driving the Act. In my view, the application of the s. 40(2) exception to “successors” was only intended to ensure liability on the personal covenant of a corporation which steps into the shoes of the original corporate mortgagor. It is apparent that Mead is not a “successor” to Remai here.

The word “assign” has, of course, a broader meaning. An “assign” is anyone to whom an assignment is made and presumably, but for the specific reference to “successors”, would include both individuals and corporations. As between mortgagors, an assignment would be an agreement between the original mortgagor and his purchaser by which the latter would assume the mortgage debt in exchange for valuable consideration. Section 2(2)(b) of the Act specifically extends the protection of s. 2 to assignees of purchasers whereas s. 40(2) binds assigns of corporations who have

Je crois qu’il est évident que les préoccupations d’ordre public motivant la protection des particuliers contre la responsabilité personnelle pour l’insuffisance de garanties hypothécaires ne sont pas particulièrement impérieuses dans le cas de sociétés. Le sens prêté aux dispositions de la Loi devrait refléter ces préoccupations d’ordre public. Ainsi, toute exception au principe, posé par l’art. 2, que les particuliers débiteurs hypothécaires soient mis à l’abri de la responsabilité personnelle doit recevoir l’interprétation la plus restrictive possible.

Voilà qui nous amène au par. 40(2) de la Loi, qui porte que, si une société renonce à la protection à laquelle elle a droit, cette renonciation lie tous ses successeurs et cessionnaires «indépendamment des termes de la présente loi». Employé à l’égard de sociétés, le terme «successeur» désigne généralement une autre société qui, par fusion ou une autre forme de succession juridique, assume les obligations et acquiert les droits de la première société. Dans le contexte du par. 40(2) de la Loi, il est compréhensible qu’une nouvelle société soit liée par la renonciation faite par l’ancienne société puisque, essentiellement, la nouvelle se substitue à tous les égards à l’ancienne. De fait, quand on tient compte de l’intérêt public qui anime la Loi, il est logique de donner au terme «successeur» employé au par. 40(2) un sens qui se limite à d’autres sociétés. À mon avis, l’application de l’exception prévue au par. 40(2) aux «successeurs» avait pour seul objet d’assurer la responsabilité fondée sur l’engagement personnel d’une société qui prend la place de la société qui était la débitrice hypothécaire originaire. Il est évident que Mead n’est pas un «successeur» de Remai en l’espèce.

Le sens du mot «cessionnaire» est bien entendu plus large. «Cessionnaire» désigne en effet toute personne en faveur de laquelle une cession est faite et, n’eût été la mention expresse de «successeurs», comprendrait en principe à la fois les personnes physiques et les personnes morales. Dans le cas de débiteurs hypothécaires, une cession serait un accord entre le débiteur hypothécaire originaire et l’acheteur en vertu duquel ce dernier prendrait en charge la dette hypothécaire moyennant une contrepartie de valeur. L’alinéa 2(2)b) de la Loi accorde expressément la protection de l’art. 2 aux

waived s. 2 “notwithstanding anything in this Act”. This would presumably include individual assigns of corporate mortgagors. It is my view, however, that the purpose of this exception is to protect mortgagees who extend mortgages to corporations on condition that the latter provide a personal covenant and who then find that the corporation has unilaterally (and without the mortgagee’s consent) assigned the mortgage to an individual on whom the personal covenant would not otherwise be binding under the Act. It is those “assigns” who must be bound by the personal covenant of the original corporate mortgagor if the mortgagee is to have the protection contemplated by the section. This situation would arise where there is an assignment of the mortgage from a corporate mortgagor to an individual without an assumption agreement between the individual mortgagor and the mortgagee.

Where the mortgagee (in this case National Trust) has entered into an assumption agreement with the new mortgagor, however, the concern about the mortgagee’s rights being unfairly defeated simply does not arise. National Trust was completely free in the present case to decide whether or not to let Mead assume the mortgage from Remai. If it saw itself as exposed to an undue risk if it could not sue on the personal covenant to recover a deficiency on the mortgage debt, it was at liberty to refuse to enter into the Assumption Agreement with Mead. It is noteworthy that while ss. 2(2)(a)-(d) extend the protection of the Act to circumstances of assignment, extension or assumption of a mortgage, s. 40(2) only binds successors and assigns to a waiver by a corporate body. There is no evidence on the record indicating whether Remai assigned its mortgage to Mead. Even if it had, however, the fact that Mead also assumed the mortgage by way of Assumption Agreement with National Trust entitles him to the benefit of s. 2(2)(d), which in turn is not subject to the waiver exception under s. 40(2). Remai’s exercise of its

cessionnaires d’acheteurs tandis que le par. 40(2) lie les cessionnaires de sociétés ayant renoncé à l’application de l’art. 2 «indépendamment des termes de la présente loi». Cela comprendrait en principe les particuliers cessionnaires de sociétés débitrices hypothécaires. Je suis toutefois d’avis que cette exception a pour objet la protection de créanciers hypothécaires qui consentent des hypothèques à des sociétés à condition que celles-ci s’engagent personnellement à payer, et qui découvrent par la suite que la société a unilatéralement (et sans le consentement du créancier hypothécaire) cédé l’hypothèque à un particulier qui, autrement, ne serait pas lié par l’engagement personnel aux termes de la Loi. Ce sont ces «cessionnaires» qui doivent être liés par l’engagement personnel de la société qui était la débitrice hypothécaire originaire si le créancier hypothécaire doit bénéficier de la protection envisagée par l’article en question. Cette situation se présenterait dans le cas où une société débitrice hypothécaire cède l’hypothèque à un particulier sans qu’il n’y ait de convention de prise en charge entre le particulier débiteur hypothécaire et le créancier hypothécaire.

Toutefois, lorsque le créancier hypothécaire (en l’occurrence National Trust) a conclu une convention de prise en charge avec le nouveau débiteur hypothécaire, le problème de l’anéantissement injuste des droits du créancier hypothécaire ne se pose simplement pas. En l’espèce, National Trust avait toute liberté de décider si elle allait ou non permettre à Mead de prendre en charge l’hypothèque consentie par Remai. Si elle croyait courir un risque indu dans l’hypothèse où elle n’aurait pas la possibilité de prendre action, fondée sur l’engagement personnel, en recouvrement de toute insuffisance à l’égard de la dette hypothécaire, elle était libre de refuser de conclure la convention de prise en charge avec Mead. Il est à noter que, si les al. 2(2)a) à d) permettent de bénéficier de la protection de la Loi dans les cas de la cession, de la prorogation ou de la prise en charge d’une hypothèque, le par. 40(2) porte que seuls sont liés par une renonciation faite par une personne morale les successeurs et les cessionnaires. Aucun élément de preuve au dossier n’indique si Remai a cédé son hypothèque à Mead. Même dans ce cas cependant,

waiver under s. 40 of the Act does not therefore bind Mead.

B. Assumption Agreement

I am in general agreement with the reasoning of the Court of Appeal regarding the interpretation and effect of the Assumption Agreement. The wording of the Agreement, in conjunction with the Act, is clearly capable of being construed as releasing Mead from any obligation to pay under the personal covenant set out in the Agreement. It provides *inter alia* that Mead will be bound by all of the terms, covenants, conditions and obligations of the mortgage “as though it had been originally made, executed and delivered by him as Mortgagor.” The Court of Appeal pointed out that had the Agreement been originally made, executed and delivered by Mead as mortgagor, s. 2 would have applied, no exception under s. 40(2) would have been available, and the personal covenant would have been unenforceable pursuant to s. 40(1). National Trust would have been restricted to its remedy against the land. The doctrine of *contra proferentem* would resolve any lingering ambiguity in Mead’s favour.

National Trust submits that the doctrine of *contra proferentem* is inapplicable here because the construction put on the Agreement by the Court of Appeal would make the inclusion of the personal covenant pointless. It could have no effect. Since the Court should strive to give meaning to the parties’ agreement, it should reject an interpretation that would render one of its terms ineffective.

In my view, the presence of s. 40(1) in the Act belies the claim made by National Trust that the ideal construction of the Agreement is one that gives effect to each and every one of its terms. Section 40(1) explicitly contemplates the inclusion of a personal covenant in a mortgage but states

le fait que Mead a en outre pris l’hypothèque en charge au moyen de la convention de prise en charge intervenue avec National Trust lui donne droit au bénéfice de l’al. 2(2)d), lequel n’est pas assujéti à l’exception que constitue la renonciation prévue au par. 40(2). La renonciation faite par Remai en vertu de l’art. 40 de la Loi ne lie donc pas Mead.

b B. La convention de prise en charge

Je souscris d’une manière générale au raisonnement de la Cour d’appel en ce qui concerne l’interprétation et l’effet de la convention de prise en charge. Le libellé de la convention, combiné avec la Loi, admet manifestement une interprétation qui dégage Mead de toute obligation de payer fondée sur l’engagement personnel contenu dans la convention. Celle-ci prévoit notamment que Mead est lié par la totalité des modalités, des engagements, des conditions et des obligations énoncés dans l’hypothèque, «comme si c’était lui qui l’avait consentie et qui avait signé l’acte constitutif». La Cour d’appel a fait remarquer que si la convention avait été originairement conclue et signée par Mead en tant que débiteur hypothécaire, le par. 2 se serait appliqué, on n’aurait pu invoquer aucune exception fondée sur le par. 40(2) et, suivant le par. 40(1), l’engagement personnel aurait été de nul effet. L’unique recours de National Trust aurait été celui contre le bien-fonds. Le principe de *contra proferentem* aurait fait bénéficier Mead de toute ambiguïté qui pouvait subsister.

National Trust prétend que le principe de *contra proferentem* ne s’applique pas en l’espèce parce que l’interprétation donnée à la convention par la Cour d’appel rendrait inutile l’inclusion de l’engagement personnel. Il serait sans effet. Comme notre Cour doit s’efforcer de donner un sens à la convention intervenue entre les parties, il y a lieu de rejeter une interprétation par suite de laquelle l’une de ses conditions serait inopérante.

Selon moi, l’existence du par. 40(1) de la Loi réfute l’argument de National Trust voulant que l’interprétation idéale de la convention soit celle qui permette à chacune de ses conditions d’avoir un effet. Le paragraphe 40(1) envisage explicitement l’inclusion d’un engagement personnel dans

that such covenants are null, void and of no effect subject to the exception contained in s. 40(2) for corporate mortgagors. Although the closing paragraph of the Assumption Agreement states that "all provisions hereof shall have effect notwithstanding any statute to the contrary", this cannot be enforced by National Trust in face of the explicit prohibition in the statute against contracting out of its protection.

In the result, I think the Court of Appeal construed the Assumption Agreement correctly when it declared that the personal covenant was unenforceable against Mead. I do not find it necessary to invoke the doctrine of *contra proferentem* to buttress this conclusion.

C. Novation

The respondent Mead has pleaded in the alternative that the Assumption Agreement effected a novation so that the old agreement with Remai was gone and the new agreement with Mead as mortgagor was substituted for it. If this were so Mead would unquestioningly be entitled to the protection of s. 2 of the Act. While it is not strictly necessary to decide this issue since I have already concluded that, as a matter of interpretation of the Assumption Agreement, Mead is not liable on the covenant, it may nevertheless be helpful if the Court were to try to resolve some of the confusion concerning the application of the doctrine of novation in a mortgage context.

The common law has long recognized that while one may be free to assign contractual benefits to a third party, the same cannot be said of contractual obligations. This principle results from the fusion of two fundamental principles of contract law: 1) that parties are able to make bargains with the parties of their own choice (freedom of contract); and 2) that parties do not have to discharge contractual obligations that they had no part in creating (privity of contract). Our law does, however, recognize that contractual obligations which a

un acte constitutif d'hypothèque, mais dit que ces engagements sont nuls, non avenus et inopérants, sous réserve de l'exception prévue au par. 40(2) pour les sociétés débitrices hypothécaires. Bien que la clause finale de la convention de prise en charge porte que «toutes les stipulations des présentes s'appliquent indépendamment de toute disposition législative contraire», National Trust ne saurait s'en prévaloir étant donné que la Loi interdit expressément toute renonciation contractuelle à sa protection.

En définitive, j'estime que la Cour d'appel a interprété correctement la convention de prise en charge en affirmant qu'on ne pouvait se prévaloir de l'engagement personnel contre Mead. Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de recourir au principe de *contra proferentem* pour étayer cette conclusion.

C. La novation

L'intimé Mead a fait valoir subsidiairement que la convention de prise en charge opérait une novation de sorte que l'ancienne convention avec Remai disparaissait pour être remplacée par la nouvelle convention conclue avec Mead en tant que débiteur hypothécaire. S'il en était ainsi, Mead aurait indubitablement droit à la protection de l'art. 2 de la Loi. Quoiqu'il ne soit pas strictement nécessaire de trancher ce point puisque j'ai déjà conclu que, en ce qui concerne l'interprétation de la convention de prise en charge, Mead n'a aucune responsabilité fondée sur l'engagement personnel, il serait peut-être utile néanmoins que la Cour fasse une tentative de dissiper dans une certaine mesure la confusion relative à l'application du principe de la novation dans un contexte hypothécaire.

Voilà longtemps que la common law reconnaît que si l'on peut être libre de céder à un tiers les avantages découlant d'un contrat, il n'en va pas de même des obligations contractuelles. C'est là un principe qui procède de la fusion de deux principes fondamentaux du droit des contrats: 1) celui selon lequel les parties peuvent contracter avec qui elles veulent (la liberté contractuelle); et 2) celui selon lequel les parties ne sont pas tenues de s'acquitter d'obligations contractuelles à la création desquelles elles n'ont pas participé (effets relatifs du contrat).

party has freely assumed may be extinguished in certain circumstances and the doctrine of novation provides one way of achieving this.

A novation is a trilateral agreement by which an existing contract is extinguished and a new contract brought into being in its place. Indeed, for an agreement to effect a valid novation the appropriate consideration is the discharge of the original debt in return for a promise to perform some obligation. The assent of the beneficiary (the creditor or mortgagee) of those obligations to the discharge and substitution is crucial. This is because the effect of novation is that the creditor may no longer look to the original party if the obligations under the substituted contract are not subsequently met as promised.

Because assent is the crux of novation it is obvious that novation may not be forced upon an unwilling creditor and, in the absence of express agreement, the court should be loath to find novation unless the circumstances are really compelling. Thus, while the court may look at the surrounding circumstances, including the conduct of the parties, in order to determine whether a novation has occurred, the burden of establishing novation is not easily met. The courts have established a three-part test for determining if novation has occurred. It is set out in *Polson v. Wulffsohn* (1890), 2 B.C.R. 39 as follows:

1. The new debtor must assume the complete liability;
2. The creditor must accept the new debtor as principal debtor and not merely as an agent or guarantor; and
3. The creditor must accept the new contract in full satisfaction and substitution for the old contract.

There has been some disagreement among courts across the country as to the weight to be attributed to these elements and it might be helpful to review some of the authorities. Indeed, such a review makes it clear that these three factors are

Notre droit reconnaît toutefois que les obligations contractuelles qu'une partie a librement assumées peuvent dans certaines circonstances être éteintes et le principe de la novation constitue un moyen d'y parvenir.

Une novation est une convention trilatérale qui opère l'extinction d'un contrat existant et qui y substitue un contrat nouveau. De fait, pour qu'une convention effectue une novation valide, la contrepartie convenable consiste en l'extinction de la dette primitive en échange d'une promesse de s'acquitter d'une obligation quelconque. Il est crucial que le bénéficiaire (le créancier, hypothécaire ou autre) de ces obligations donne son consentement à l'extinction et à la substitution. La raison en est que la novation a pour conséquence que le créancier ne peut plus s'adresser au débiteur originaire si par la suite on ne s'acquitte pas des obligations conformément au contrat substitué.

Puisque le consentement constitue l'élément essentiel de la novation, il est évident qu'on ne saurait imposer la novation à un créancier qui n'en veut pas et, en l'absence d'une entente expresse, un tribunal doit se montrer hésitant à conclure à la novation, à moins que les circonstances ne le commandent vraiment. Donc, bien que le tribunal puisse tenir compte des circonstances, y compris la conduite des parties, afin de déterminer s'il y a eu novation, il n'est pas facile de s'acquitter du fardeau de prouver la novation. Les tribunaux ont établi un critère comportant trois volets pour déterminer s'il y a eu novation. Ce critère, qui se trouve énoncé dans la décision *Polson v. Wulffsohn* (1890), 2 B.C.R. 39, est le suivant:

[TRADUCTION]

1. Le nouveau débiteur doit assumer totalement la responsabilité;
2. Le créancier doit accepter le nouveau débiteur comme débiteur principal et non pas simplement en qualité de mandataire ou de garant; et
3. Le créancier doit accepter le nouveau contrat en pleine satisfaction et substitution de l'ancien contrat.

Il existe un certain désaccord au sein des tribunaux du pays relativement au poids à attribuer à ces éléments, de sorte qu'il pourrait être utile d'examiner quelques décisions. En fait, il devient évident au terme d'un tel examen que ces trois

not the only ones to be considered. The courts are usually confronted with an amalgam from which they must distil their finding of fact as to whether novation has occurred or not.

I start with the conduct of the parties. In *Central & Eastern Trust Co. v. Rosebowl Holdings Ltd.* (1981), 34 N.B.R. (2d) 308 (C.A.), Rosebowl had granted a mortgage to Central with one Huestis acting as guarantor of the loan. Rosebowl subsequently sold the property to another party who assumed the mortgage. When Central subsequently informed Rosebowl as to the balance then due on the mortgage, Rosebowl advised Central that the mortgage had been assumed by its purchaser and that a new mortgage was being recorded. Thereafter, Central closed out Rosebowl's account. Approximately two years later the purchaser started to fall into arrears. Rosebowl was not informed of these defaults until Central decided to sell the property under the power of sale contained in the mortgage. Proceedings were brought against Rosebowl and Huestis when the sale resulted in a deficiency.

Rosebowl and Huestis submitted that Central took all the necessary steps to give effect to the sale and assumption of mortgage by the purchaser when it closed out Rosebowl's account as opposed to crediting it with the monthly instalments made by the purchaser. It was also stressed that Rosebowl's solicitor acted for the trust company when the equity of redemption was transferred. Ryan J.A., writing for the court, held that these circumstances were insufficient to establish a novation. He held that there was no express agreement to the effect that Central would accept the purchaser as principal debtor and give up its right of action against Rosebowl and Huestis nor did the evidence support an inference to that effect.

What if changes have been made to the terms of the original mortgage? In *Canada Permanent Trust Co. v. Neumann, supra*, the Neumanns joined together with another couple, the Mas, and granted a mortgage to Canada Permanent. Later

facteurs ne sont pas les seuls qui soient pris en considération. Les tribunaux font habituellement face à une situation complexe d'où ils doivent tirer leur conclusion de fait quant à l'existence ou l'inexistence d'une novation.

Je prends comme point de départ la conduite des parties. Dans l'affaire *Central & Eastern Trust Co. v. Rosebowl Holdings Ltd.* (1981), 34 N.B.R. (2d) 308 (C.A.), Rosebowl avait consenti une hypothèque à Central, le prêt étant garanti par un nommé Huestis. Rosebowl a par la suite vendu le bien-fonds à une autre partie, qui a pris l'hypothèque en charge. Quand Central a informé Rosebowl du solde impayé de l'hypothèque, Rosebowl lui a fait savoir que l'hypothèque avait été prise en charge par l'acheteur et qu'on était en voie de faire enregistrer une nouvelle hypothèque. Ensuite, Central a clos le compte de Rosebowl. Environ deux ans plus tard, l'acheteur commençait à prendre du retard dans ses versements. Rosebowl n'en a été mise au courant qu'au moment où Central a décidé de vendre le bien-fonds en vertu du pouvoir de vente prévu dans l'acte constitutif d'hypothèque. Quand le produit de la vente s'est avéré insuffisant, une instance a été engagée contre Rosebowl et Huestis.

Rosebowl et Huestis ont fait valoir que Central avait pris toutes les mesures pour donner effet à la vente et prise en charge de l'hypothèque par l'acheteur quand elle a clos le compte de Rosebowl plutôt que de le créditer des mensualités versées par l'acheteur. On a souligné en outre que l'avocat de Rosebowl avait agi pour le compte de la société de fiducie lors du transfert du droit de rachat. Le juge Ryan, au nom de la Cour d'appel, a statué que ces circonstances ne suffisaient pas pour établir une novation. Il a conclu qu'il n'y avait pas de convention expresse portant que Central accepterait l'acheteur comme débiteur principal et renoncerait à son droit de poursuivre Rosebowl et Huestis; il a conclu en outre que la preuve ne justifiait pas une inférence dans ce sens.

Or, qu'arrive-t-il si des modifications ont été apportées aux conditions de l'hypothèque primitive? Dans l'affaire *Canada Permanent Trust Co. v. Neumann*, précitée, les Neumann se sont joints à un autre couple, les Ma, pour consentir une hypo-

wishing to absolve themselves of this liability, the Neumanns conveyed all their interest and title to the Mas in return for the latter's promise to assume sole liability for the mortgage debt. Canada Permanent was not a party to this transfer and did not specifically release the Neumanns from their debt. The Mas later entered into a modification agreement reducing the interest rate as well as the amount of the monthly instalments. The Neumanns were not aware of this agreement until the Mas defaulted and the trust company demanded payment. Canada Permanent brought suit against the Neumanns on their personal covenant. The trial judge allowed the action and granted judgment in an amount calculated in accordance with the modification agreement.

Carrothers J.A. allowed the Neumanns' appeal, finding that there had been a novation. He based his judgment on the fact that the modification agreement had altered the mortgage in several respects, holding at p. 321:

There cannot be two contracts of mortgage and two methods of calculating the mortgage debt existing in respect of the same mortgage at the same time. This is legally repugnant and can only be construed as a novation and an acceptance on the part of the trust company of the Mas exclusively as principal debtors, thus releasing the Neumanns of their obligation. These circumstances are, in my view, consistent with novation.

A different result on similar facts was reached in the case of *Central Trust Co. v. Bartlett* (1983), 30 R.P.R. 267 (N.S.C.A.). There, the equity of redemption in certain lands had been transferred several times. After each transfer the transferee entered into an assumption agreement with Central Trust providing that all remedies were reserved by the mortgagee. The final transferee renewed the mortgage at a much higher rate of interest than the rate in the original mortgage and subsequently fell into arrears. The property was sold and Central Trust sued Bartlett on his personal covenant for the deficiency. Bartlett argued, *inter alia*, that the mortgagee could be taken as impliedly releasing him from his obligations under

thèque à Canada Permanent. Par la suite, les Neumann, désireux de se libérer de cette charge, ont cédé en totalité leur droit et leur titre aux Ma en échange de la promesse de ces derniers de devenir seuls responsables de la dette hypothécaire. Canada Permanent n'était pas partie à cette cession et n'a pas expressément dégage les Neumann de leur dette. Les Ma ont conclu ensuite une convention modificative portant réduction du taux d'intérêt et du montant des mensualités. Les Neumann ignoraient l'existence de cette convention jusqu'au moment où les Ma se sont trouvés en défaut et que la société de fiducie a revendiqué le paiement. Canada Permanent a intenté contre les Neumann une action fondée sur leur engagement personnel de payer. Le juge de première instance a accueilli l'action et a accordé une somme calculée en conformité avec la convention modificative.

Concluant à la novation, le juge Carrothers de la Cour d'appel a accueilli l'appel formé par les Neumann. Il a fondé son jugement sur le fait que la convention modificative était venue changer l'hypothèque à plusieurs égards. Il dit, à la p. 321:

[TRADUCTION] Il ne peut subsister parallèlement à l'égard de la même hypothèque deux contrats hypothécaires et deux méthodes de calculer la dette hypothécaire. Cela est juridiquement inadmissible et ne peut s'interpréter autrement que comme une novation et comme une acceptation des Ma par la société de fiducie en tant que seuls débiteurs principaux, les Neumann étant par le fait même dégages de leur obligation. Ces circonstances, selon moi, sont compatibles avec l'existence d'une novation.

Des faits analogues ont conduit à une conclusion différente dans l'affaire *Central Trust Co. v. Bartlett* (1983), 30 R.P.R. 267 (C.A.N.-É.). Là, le droit de rachat afférent à certains biens-fonds avait fait l'objet de plusieurs cessions. À la suite de chaque cession, le cessionnaire a conclu avec Central Trust une convention de prise en charge dans laquelle la créancière hypothécaire se réservait tous ses recours. L'ultime cessionnaire a renouvelé l'hypothèque à un taux d'intérêt bien plus élevé que celui fixé pour l'hypothèque primitive et a fini par tomber en défaut. La propriété a été vendue et Central Trust a intenté contre Bartlett une action en paiement du solde fondée sur son engagement personnel. Bartlett a soutenu notamment que la

the mortgage by entering into a renewal agreement with another party on very different terms and without his consent. Hart J.A. rejected this argument at p. 272 and held that Bartlett continued to be liable for the original amount in the mortgage:

In no event could Mr. Bartlett become liable for any amount in excess of the amount he undertook to pay in accordance with the rate of interest set forth in his agreement. A tender of this amount would, I believe, end any further obligation he may have to the mortgagee under the assumption agreement. The mere extension of time to pay would not, in my view, be evidence of an intention to release the other persons liable to pay the mortgage debt.

In my view, significant changes in the terms of a mortgage effected without the consent of the original mortgagor constitute very strong evidence of novation. It is not necessary, of course, for a different contract to be brought into existence for a novation to take place. The essence of novation is the substitution of debtors. However, where significant changes in terms occur and the creditor has not applied to the original mortgagor for its consent, I believe this is a strong indication that the creditor is no longer looking to the mortgagor for payment.

This view has been expressed by the British Columbia Court of Appeal on a number of occasions: see especially *Re Bank of Nova Scotia and Vancouver Island Renovating Inc.* (1986), 31 D.L.R. (4th) 560 and *Eaton Bay Trust Co. v. Ling* (1987), 45 D.L.R. (4th) 1. In the *Vancouver Island* case the purchaser had entered into an agreement with the bank on substantially changed terms. When the purchaser fell into arrears the bank looked to Vancouver Island for the deficiency. The British Columbia Court of Appeal held that usually such changes in terms would support Vancouver Island's argument that there had been a novation. However, not so in this case because the guarantor of Vancouver Island's liability on the covenant acted as solicitor for the purchaser

créancière hypothécaire pouvait être considérée comme l'ayant implicitement dégagé de ses obligations découlant de l'hypothèque du fait d'avoir conclu avec une autre partie, sans le consentement de Bartlett, une convention de renouvellement dont les conditions étaient nettement différentes. Le juge Hart de la Cour d'appel rejette cet argument à la p. 272 et dit que Bartlett demeurerait responsable du montant primitif de l'hypothèque:

[TRADUCTION] Dans aucun cas M. Bartlett ne pourrait devenir responsable d'une somme supérieure à celle qu'il s'est engagé à payer au taux d'intérêt prévu dans son contrat. S'il offrait cette somme, cela éteindrait, je crois, toute obligation qu'il pourrait avoir envers la créancière hypothécaire aux termes de la convention de prise en charge. La simple prorogation de l'échéance ne constitue pas, selon moi, une preuve de l'intention de décharger les autres personnes tenues de la dette hypothécaire.

À mon avis, des modifications importantes apportées aux conditions d'une hypothèque sans le consentement du débiteur hypothécaire originaire constituent une preuve très convaincante qu'il y a eu novation. La passation d'un contrat différent n'est pas, bien entendu, une condition sine qua non de la novation. La novation se caractérise essentiellement par la substitution de débiteurs. Toutefois, lorsque les conditions subissent des changements importants et que le créancier n'a pas demandé le consentement du débiteur hypothécaire originaire, je crois que c'est là une forte indication que le créancier ne cherche plus à se faire désintéresser par ce débiteur hypothécaire.

Cette même opinion a été exprimée à plusieurs reprises par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique: voir spécialement *Re Bank of Nova Scotia and Vancouver Island Renovating Inc.* (1986), 31 D.L.R. (4th) 560, et *Eaton Bay Trust Co. v. Ling* (1987), 45 D.L.R. (4th) 1. Dans l'affaire *Vancouver Island*, l'acheteur avait conclu avec la banque une convention qui modifiait sensiblement les conditions de l'hypothèque. Quand l'acheteur s'est trouvé en défaut, la banque a tenté de recouvrer auprès de Vancouver Island le montant de l'insuffisance. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a dit que de telles modifications des conditions appuieraient normalement l'argument de Vancouver Island voulant qu'il y ait eu novation. Il n'en était cependant rien dans cette

and was therefore well aware of the amendments to the mortgage and must be taken to have expressly or impliedly consented to them.

I noted earlier that there are three requirements for an effective novation. The significance attached by some courts to changes in the mortgage terms has given rise to the suggestion that a fourth requirement should be added, namely the consent of the original debtor. Consent as an added element arose from the decision of Egbert J. in *Herold v. British American Oil Co.*, *supra*, a case dealing with a typical commercial contract. The *Herold* case has been followed in British Columbia: see *Eaton Bay Trust Co.*, *supra*; *Neumann*, *supra*; and *Prospect Mortgage Investment Corp. v. Van-5 Developments Ltd.* (1985), 68 B.C.L.R. 12 (C.A.). In *Neumann*, Lambert J.A. attempted to bring some clarity to the issue by drawing a distinction between those instances where what takes place is akin to the straightforward assignment of a simple debt and those instances where the burdens or benefits to one of the parties to the original contract have been altered. At pages 322-23 he said:

In my opinion, in a case where the old debtors are co-covenantors on a straightforward mortgage of land so that they are simply debtors, the situation is comparable to the situation of the assignability of another simple debt, that is, the consent of the old debtor is not required. So in straightforward mortgage cases the fourth principle of novation referred to . . . does not apply. In such a case the consent of the party being released is not a requisite of the complete novation. The situation may well be otherwise where both the burden and the benefits are being altered for one of the parties to the original contract.

In my view, if Lambert J.A. meant to suggest in this passage that the consent of the original debtor is required for a novation in cases where there

affaire-là parce que le garant de la responsabilité de Vancouver Island résultant de son engagement personnel de payer avait été l'avocat de l'acheteur et était en conséquence parfaitement au courant des modifications apportées à l'hypothèque et devait être considéré comme y ayant expressément ou implicitement consenti.

Je fais remarquer plus haut que trois exigences doivent être remplies pour qu'il y ait une novation valide. L'importance attachée par certains tribunaux aux modifications apportées aux conditions de l'hypothèque a fait qu'on a proposé d'ajouter une quatrième exigence, savoir le consentement du débiteur originaire. Le consentement en tant que nouvel élément tire son origine de la décision du juge Egbert dans l'affaire *Herold v. British American Oil Co.*, précitée, mettant en cause un contrat commercial typique. La décision *Herold* a été suivie en Colombie-Britannique: voir l'arrêt *Eaton Bay Trust Co.*, précité; l'arrêt *Neumann*, précité; et l'arrêt *Prospect Mortgage Investment Corp. v. Van-5 Developments Ltd.* (1985), 68 B.C.L.R. 12 (C.A.). Dans l'arrêt *Neumann*, le juge Lambert de la Cour d'appel tente d'élucider la question en faisant une distinction entre les cas dans lesquels il s'agit de quelque chose qui s'apparente à la simple cession d'une simple dette et les situations où les charges incombant à l'une des parties au contrat primitif ou les avantages lui revenant ont subi une modification. Aux pages 322 et 323, le juge Lambert dit:

[TRADUCTION] À mon avis, lorsque les anciens débiteurs sont liés dans le cadre d'une simple hypothèque portant sur un bien-fonds de façon à ce qu'ils ne soient que des débiteurs ordinaires, cette situation est comparable à celle de la cessibilité d'une autre dette ordinaire, c'est-à-dire que le consentement de l'ancien débiteur n'est pas requis. Par conséquent, dans le cas d'une simple hypothèque le quatrième principe en matière de novation qui a été mentionné [. . .] ne joue pas. Dans un pareil cas, le consentement de la partie déchargée n'est pas nécessaire pour que la novation soit parfaite. Il se peut bien qu'il en soit autrement lorsqu'on modifie pour l'une des parties au contrat primitif à la fois la charge et les avantages conférés.

D'après moi, si le juge Lambert a voulu dire dans ce passage que le consentement du débiteur originaire est requis pour qu'il y ait novation dans

have been significant changes in the original mortgage terms, I think he must be in error. It seems to me that if the original mortgagor consents to the mortgage being assumed by his assignee on different terms, this would indicate rather that he considers himself to continue to be bound despite the assignment. Consent to changed terms, in other words, does not indicate novation but rather continuing liability. On the other hand, when changes in the terms have been effected without the knowledge or consent of the original mortgagor, that will be a strong indication in favour of novation.

With respect to the effect of assumption and renewal agreements, it would appear that some courts have come perilously close to holding that the execution of such agreements *per se* effects a novation. Thus, for example, in *Saskatchewan Trust v. Ross* (1985), 41 Sask. R. 121, Osborn J. of the Saskatchewan Queen's Bench held that a novation had been effected when the purchaser of the equity of redemption submitted all the documents regarding assumption of the mortgage in accordance with the request of the mortgagee. This, together with the mortgagee's failure to communicate in any way with the original mortgagor until the purchaser had been in default for several months, was sufficient in the court's view to establish a novation.

Other courts have come out strongly that the execution of an assumption agreement in and of itself is not sufficient to establish a novation. For example, in *Prospect Mortgage, supra*, Esson J.A. commented at p. 26:

Because novation is essentially an issue of fact, it would be wrong in principle to say, as a generalization, that assumption agreements or extension agreements, or other particular classes of documents, do or do not create a novation. The question must be decided in each case having regard to all of the circumstances of which the language of the new contract is only one.

In my view, the execution of an assumption agreement does not *per se* effect a novation. As

des cas où des modifications importantes ont été apportées aux conditions de l'hypothèque primitive, il s'est trompé. Il me semble que si le débiteur hypothécaire originaire consent à ce que l'hypothèque soit prise en charge par son cessionnaire selon des modalités différentes, cela indique plutôt qu'il se considère encore lié en dépit de la cession. En d'autres termes, le consentement à la modification des conditions est indicatif non pas de novation mais bien de la responsabilité qui subsiste. Par ailleurs, quand des modifications des conditions interviennent à l'insu du débiteur hypothécaire originaire ou sans son consentement, c'est là une forte indication qu'il y a eu novation.

Pour ce qui est de l'effet de conventions de prise en charge et de renouvellement, il semble que certains tribunaux soient passés périlleusement près de statuer que la passation de telles conventions opère par le fait même une novation. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Saskatchewan Trust v. Ross* (1985), 41 Sask. R. 121, le juge Osborn de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a décidé qu'il y avait eu novation lorsque l'acheteur du droit de rachat a remis, à la demande de la créancière hypothécaire, tous les documents concernant la prise en charge de l'hypothèque. Ce fait, combiné avec l'omission de la créancière hypothécaire de communiquer de quelque manière avec le débiteur hypothécaire originaire avant que l'acheteur ne soit en défaut depuis plusieurs mois, suffisait selon la cour pour établir la novation.

D'autres tribunaux ont dit catégoriquement que la conclusion d'une convention de prise en charge ne suffit pas par elle-même pour établir une novation. Par exemple, dans l'arrêt *Prospect Mortgage*, précité, le juge Esson affirme, à la p. 26:

[TRADUCTION] Comme la novation constitue essentiellement une question de fait, on aurait tort en principe de prétendre, à titre de généralisation, que les conventions de prise en charge, les conventions de prorogation ou d'autres catégories particulières de documents opèrent ou n'opèrent pas la novation. Cette question est à trancher dans chaque cas en fonction de toutes les circonstances, les termes du nouveau contrat n'en étant qu'une.

À mon avis, la conclusion d'une convention de prise en charge n'opère pas en soi la novation.

Esson J.A. quite rightly noted, because novation is a question of fact, it would be wrong to hold that the execution of a document by itself would satisfy the doctrine. This is not to say, however, that such an agreement may not carry significant weight in determining whether a novation has taken place. Indeed, if the parties have directed their minds to setting out the terms of the debt relationship in writing, it seems to me that the terms of that agreement should conclude what the parties intended their relationship to be. In other words, in the absence of a written agreement or clear contractual language, the conduct of the parties may take on greater significance in elucidating the intent of the parties than when such an agreement has in fact been executed and is clear. Thus, the language of assumption agreements is deserving of careful scrutiny even although the subsequent conduct of the parties may also be factored into the Court's determination.

"No prejudice" clauses of various kinds have been considered by the courts with conflicting results. In *Central Trust Co. v. Bartlett*, *supra*, the equity of redemption in certain lands had been transferred several times. Each transferee executed an assumption agreement which contained a clause reserving all security taken by the mortgagee in respect of the mortgage. The court in that case held that since the assumption agreement specifically provided that Bartlett was not to be released, this negated any finding of novation.

The British Columbia Court of Appeal first considered the effect of such clauses in *Prospect Mortgage*, *supra*. In that case the mortgage company attempted to hold Van-5 to its covenant after a sale of the mortgaged lands had resulted in a deficiency. When Van-5 purchased the property, it signed an agreement containing the following clause:

Ainsi que le fait remarquer le juge Esson, et en cela il a parfaitement raison, puisque la novation est une question de fait, on aurait tort de conclure que la seule signature d'un document satisfait à ce principe. Cela ne veut toutefois pas dire qu'une telle convention ne peut peser très lourd quand il s'agit de déterminer s'il y a eu novation. De fait, si les parties se sont donné la peine d'énoncer par écrit les conditions régissant les rapports engendrés par la dette, il me semble que les modalités de cet accord doivent être déterminantes quant à ce que les parties ont voulu que soit la nature de leurs relations. En d'autres termes, en l'absence de convention écrite ou de dispositions contractuelles explicites, la conduite des parties peut prendre, dans l'éclaircissement de leur intention, une importance plus grande qu'elle n'en a dans le cas où une telle convention a été conclue et où ses termes sont clairs. Aussi les termes de conventions de prise en charge méritent-ils un examen attentif, même si la conduite subséquente des parties peut également entrer en ligne de compte dans la détermination faite par le tribunal.

Différents types de clauses «de réserve de droits» ont été examinées par les tribunaux, qui sont arrivés à des résultats contradictoires. Dans l'affaire *Central Trust Co. v. Bartlett*, précitée, le droit de rachat afférent à certains biens-fonds avait fait l'objet de plusieurs cessions. Chaque cessionnaire avait signé une convention de prise en charge contenant une clause qui réservait toutes les garanties prises par la créancière hypothécaire à l'égard de l'hypothèque. La cour a dit dans cette affaire-là que, comme la convention de prise en charge stipulait expressément que Bartlett ne devait pas être dégagé de sa responsabilité, cela militait contre toute conclusion à la novation.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a étudié l'effet de telles clauses pour la première fois dans l'arrêt *Prospect Mortgage*, précité. Dans cette affaire, la société créancière hypothécaire avait tenté de forcer Van-5 à respecter son engagement de payer quand le produit de la vente des biens-fonds hypothéqués s'était révélé insuffisant. Lors de l'achat du bien-fonds en question, Van-5 avait signé une convention renfermant la clause suivante:

... the Covenantors further covenant and agree with the Mortgagee that the liability of the covenantors under this Mortgage shall not be released or affected in any manner whatsoever by any acts, omission or thing whatsoever done by or consented to by the Mortgagee or the Mortgagor except for the payment in full of the principal monies, interest and all other monies secured by this Mortgage.

Van-5 sold its interest to the purchasers who also signed an agreement with Prospect. By the terms of the agreement, the interest rate on the mortgage was to remain the same although the amount of the monthly payments was increased. The agreement also contained a "no prejudice" clause. Van-5 contended that it was no longer liable on the covenant since there had been a novation of the mortgage when it sold its interest to a subsequent purchaser who entered into an agreement on different terms. Esson J.A. held that the language of the modification agreement by itself did not effect a novation. Indeed, he noted that the language in fact expressed a contrary intention on the part of Prospect. Esson J.A. continued at p. 27:

On this issue, however, the language of the new agreement is not conclusive against the covenantors who, of course, are not parties to it. There are matters raised in the affidavits submitted by the covenantors which may be capable of establishing an intention by the creditor, notwithstanding the language of the agreement, to accept a new contract in full satisfaction of and in substitution for the old.

On this basis the court refused the petitioner's application for personal judgment and directed a trial of the novation issue.

The following year in *Re Bank of Nova Scotia and Vancouver Island Renovating Inc.*, *supra*, Macfarlane J.A. of the same court took a very similar approach to Esson J.A. In that case both the original mortgage and the renewal agreement contained similar clauses to those in *Prospect Mortgage*. Macfarlane J.A. refused to treat these

[TRADUCTION] [...] les auteurs de l'engagement conviennent en outre avec la créancière hypothécaire que, mis à part le paiement intégral du capital, de l'intérêt et de toute autre somme garantie par la présente hypothèque, aucun acte ni aucune omission commis par la créancière ou le débiteur hypothécaires ou auxquels ils ont consenti ne dégage lesdits auteurs de l'engagement de leur responsabilité en vertu de la présente hypothèque ni n'a aucun autre effet sur cette responsabilité.

Van-5 a vendu son droit aux acheteurs, qui ont eux aussi signé une convention avec Prospect. Aux termes de la convention, le taux d'intérêt hypothécaire demeurerait identique, mais les mensualités étaient augmentées. La convention comportait en outre une clause «de réserve de droits». Van-5 a fait valoir qu'elle n'avait plus aucune responsabilité fondée sur l'engagement de payer parce que l'hypothèque avait fait l'objet d'une novation quand elle avait vendu son droit à un acquéreur subséquent, qui a conclu une convention dont les modalités étaient différentes. Le juge Esson a statué que les termes de la convention modificative n'opéraient pas par eux-mêmes une novation. Il a fait remarquer en fait qu'ils exprimaient même l'intention contraire de la part de Prospect. Le juge Esson poursuit, à la p. 27:

[TRADUCTION] Sur cette question, toutefois, les termes de la nouvelle convention ne sont pas déterminants à l'endroit des auteurs de l'engagement, qui, bien entendu, n'y sont pas parties. Il est des points soulevés dans les affidavits produits par les auteurs de l'engagement dont on peut dégager, indépendamment du libellé de la convention, une intention chez la créancière hypothécaire d'accepter un nouveau contrat en pleine exécution et substitution de l'ancien contrat.

Sur ce fondement, la cour a rejeté la demande de la requérante en jugement personnel et a ordonné que la question de la novation fasse l'objet d'une instruction.

L'année suivante, dans l'affaire *Re Bank of Nova Scotia and Vancouver Island Renovating Inc.*, précitée, le juge Macfarlane de la même cour a adopté un point de vue fort semblable à celui du juge Esson. Il s'agit là d'une affaire où l'acte constitutif d'hypothèque primitif et la convention de renouvellement contenaient tous les deux des clauses semblables à celles en cause dans l'affaire *Prospect Mortgage*. Le juge Macfarlane a refusé

provisions as determinative and articulated the following rationale for his refusal at p. 565:

So far as the without prejudice clause in the renewal agreement is concerned, it is not binding on the mortgagors because the mortgagors were not parties to that agreement. The clause is, however, circumstantial evidence which may be looked at in considering whether it was the intention of the bank to accept Van Isle in the place of the Pearsons as mortgagors and to substitute the new agreement with Van Isle for the old agreement with the Pearsons. Similarly, the clause in the original mortgage entitled "Extension of Time" is a clause that can be looked at as circumstantial evidence in determining whether the original mortgagors are bound or not.

In the result the court looked to the conduct of the parties to determine the novation issue. It found that the intention of the bank was to deal with Van Isle alone and therefore the bank had to be taken as accepting the new contract in substitution for the old one.

The judgment of the same court in *Eaton Bay Trust Co. v. Ling*, *supra*, seems to be very much at odds with both of the previous decisions. In that case Lynch sold his property to Ling, who in turn assumed the mortgage at a higher interest rate with the mortgagee. Ling did not execute a formal assumption agreement and did not give Eaton Bay a personal covenant. Lynch's mortgage contained a "no prejudice" clause. When the mortgage fell into arrears, Eaton Bay sued Lynch on his personal covenant. Lynch argued that there had been a novation as the terms of the mortgage had been amended without his notice or consent.

Carrothers J.A. rejected Lynch's argument on the following grounds. He held that, in the usual course of events, material changes in terms would be a strong indication that there had been a novation of the mortgage. This, he held, was a consequence of the dual aspect of a mortgage, i.e. the pledge of land and the personal covenant. Carroth-

de considérer ces clauses comme déterminantes, motivant ainsi son refus, à la p. 565:

[TRADUCTION] En ce qui concerne la clause «sous toutes réserves» figurant dans la convention de renouvellement, elle ne lie pas les débiteurs hypothécaires parce que ces derniers n'ont pas été parties à cette convention. La clause constitue néanmoins une preuve circonstancielle dont on peut tenir compte en examinant si la banque a eu l'intention d'accepter Van Isle à la place des Pearson à titre de débiteur hypothécaire et de substituer à l'ancienne convention avec les Pearson la nouvelle intervenue avec Van Isle. De même, la clause portant la rubrique «Prorogation d'échéance» que contenait l'acte constitutif d'hypothèque primitif peut être considérée comme une preuve circonstancielle aux fins de déterminer si, oui ou non, les débiteurs hypothécaires originaires sont liés.

En définitive, la cour a tenu compte de la conduite des parties pour trancher la question de la novation. Elle a conclu que l'intention de la banque avait été de ne traiter qu'avec Van Isle et qu'elle devait en conséquence être considérée comme ayant accepté le nouveau contrat en substitution de l'ancien.

L'arrêt rendu par la même cour dans l'affaire *Eaton Bay Trust Co. v. Ling*, précitée, semble diamétralement opposé aux deux arrêts antérieurs. Dans cette affaire, Lynch avait vendu son bien-fonds à Ling qui, lui, a pris en charge l'hypothèque consentie à la créancière hypothécaire, mais à un taux d'intérêt plus élevé. Ling n'a pas signé de convention de prise en charge en bonne et due forme ni ne s'est engagé personnellement envers Eaton Bay. L'hypothèque de Lynch contenait une clause «sous toutes réserves». Quand il prit du retard dans le paiement de l'hypothèque, Eaton Bay a engagé contre Lynch une action fondée sur son engagement personnel. Lynch a allégué la novation du fait que les conditions de l'hypothèque avaient été modifiées à son insu et sans son consentement.

Le juge Carrothers de la Cour d'appel a rejeté l'argument de Lynch pour les motifs suivants: Il a dit qu'en temps normal des changements substantiels dans les conditions constitueraient une forte indication qu'il y avait eu novation de l'hypothèque. Cela, a-t-il statué, résultait de la dualité de l'hypothèque, qui est une garantie portant sur un

ers J.A. referred to his own judgment in *Canada Permanent Trust Co. v. Neumann, supra*, for the proposition that it was legally repugnant to have two different mortgage debts. Notwithstanding the fact that material changes had been made to the original mortgage, the court went on to hold that there had been no novation in the circumstances. It viewed the "no prejudice" clause in the original mortgage as evidencing *in futuro* consent on the part of Lynch to the kind of alterations embraced by the renewal agreement between Eaton Bay and Ling.

I am in general agreement with the decisions in *Prospect Mortgage* and *Vancouver Island* but I am uneasy with the *Ling* decision. It seems to me that the notion of *in futuro* consent may work considerable inequities in some circumstances. Given the conduct of the mortgagee in that case, I would have been inclined to hold that a novation had been effected.

The Saskatchewan Court of Appeal applied four tests of novation in the present case and found that each of them had been met. The court noted that it was permitted to take all the circumstances into account. In doing so the court not only considered the language of the Assumption Agreement but as well took into account the fact that National Trust had discontinued its action against Remai. Cameron J.A. held that this action supported an inference that National Trust both accepted Mead as principal debtor and accepted the new contract in full satisfaction of and substitution for the old contract (the second and third tests).

The Assumption Agreement executed by Mead contained the following provision regarding release of Remai:

2. It is agreed that the Mortgagee may at any time and in such manner as it thinks fit release the Mortgagor named in the said mortgage from any or all of the covenants therein contained and that neither such release nor anything herein contained nor anything done

bien-fonds et qui comporte en même temps une garantie personnelle. Le juge Carrothers a invoqué son propre arrêt dans l'affaire *Canada Permanent Trust Co. v. Neumann*, précitée, à l'appui de la proposition selon laquelle la coexistence de deux dettes hypothécaires différentes était juridiquement inadmissible. Malgré le fait que des modifications substantielles avaient été apportées à l'hypothèque primitive, la cour a conclu qu'il n'y avait pas eu de novation dans les circonstances. Elle a vu la clause «de réserve de droits» comprise dans l'acte constitutif d'hypothèque primitif comme une preuve du consentement *in futuro* de Lynch au genre de modifications contenues dans la convention de renouvellement intervenue entre Eaton Bay et Ling.

J'approuve généralement les arrêts *Prospect Mortgage* et *Vancouver Island*, mais l'arrêt *Ling* me trouble. Il me semble en effet que la notion d'un consentement *in futuro* peut dans certaines circonstances être génératrice de grandes injustices. Compte tenu de la conduite de la créancière hypothécaire dans cette affaire-là, j'aurais incliné à conclure à la novation.

La Cour d'appel de la Saskatchewan a appliqué quatre critères afin de déterminer s'il y avait eu novation en l'espèce et a décidé que chacun de ces critères avait été rempli. La cour a fait remarquer qu'il était permis de tenir compte de toutes les circonstances. En ce faisant, la cour a pris en considération non seulement les termes de la convention de prise en charge, mais aussi le fait que National Trust s'était désistée de son action contre Remai. Le juge Cameron a dit qu'on pouvait en inférer que National Trust acceptait Mead comme débiteur principal et qu'elle acceptait le nouveau contrat en pleine satisfaction et substitution de l'ancien contrat (les deuxième et troisième critères).

La convention de prise en charge conclue par Mead contenait la clause suivante concernant la libération de Remai de sa responsabilité:

[TRADUCTION] 2. Il est convenu que la créancière hypothécaire peut à n'importe quel moment et de la manière qu'elle juge convenable dégager le débiteur hypothécaire nommé dans ledit acte constitutif d'hypothèque de l'un ou de l'ensemble des engagements y

pursuant hereto shall affect or be construed to affect the lien, charge or encumbrance of or conveyance effected by the said mortgage, or the priority thereof over other liens, charges, encumbrances, or conveyances, or, except as expressly provided by any such release of the Mortgagor, to release or affect the liability of the Purchaser or of any party or parties whomsoever who may now be or hereafter become liable to the Mortgagee under or on account of the said mortgage; nor shall anything herein contained or done in pursuance hereof affect or be construed to affect any other security or instrument, if any, held by the Mortgagee as security for the aforesaid mortgage indebtedness. [Emphasis added.]

The Court of Appeal construed this clause as effecting the release of Remai. With great respect, I think it was in error in so doing. In this provision Mead agrees with National Trust that National Trust is free in the future to release the original mortgagor and that, should it do so, Mead's liability would in no way be affected. Such a provision, in my opinion, does not effect a novation. Its effect, as I see it, is to preserve National Trust's remedies against both Remai and Mead until such time as National Trust releases Remai. It cannot itself be construed as a present release of Remai such as would be necessary in order to replace Remai with Mead as principal debtor.

This conclusion is, in my opinion, strengthened when the terms of the original mortgage are taken into consideration. That mortgage contained a "no prejudice" clause which read:

20. NO extension of time given by the Mortgagee to the Mortgagor or any one claiming under the Mortgagor, nor any other dealing by the Mortgagee with the owner of the equity of redemption in the Mortgaged Premises shall in any way affect or prejudice the rights of the Mortgagee against the Mortgagor or any other person liable for the payment of the moneys secured by this Mortgage. No forbearance by the Mortgagee to seek any remedy for breach of any covenant, agreement, provision or proviso contained in this Mortgage shall operate as a waiver of any rights or remedies of the

énoncés et que ni cette décharge, ni aucune disposition des présentes, ni aucun acte accompli en exécution des présentes ne touche ni ne doit s'interpréter comme touchant le privilège ou la charge résultant de ladite hypothèque, ou la cession effectuée par celle-ci ou la priorité qu'a cette hypothèque sur tout autre privilège, charge ou cession, ni, sauf disposition expresse d'une telle décharge du débiteur hypothécaire, n'écarte pas ni ne modifie, ni ne doit s'interpréter comme écartant ou modifiant, la responsabilité de l'acheteur ou de toute partie qui est maintenant ou qui pourra devenir responsable envers la créancière hypothécaire en vertu ou en raison de ladite hypothèque. De plus, aucune disposition des présentes ni aucun acte accompli en exécution des présentes ne touche ni ne doit s'interpréter comme touchant toute autre garantie ou tout autre acte, s'il en est, détenu par la créancière hypothécaire en garantie de la dette hypothécaire susdite. [Je souligne.]

La Cour d'appel a interprété cette clause comme dégageant Remai de sa responsabilité. Avec égards, je crois que c'est là une erreur de sa part. Dans cette clause Mead convient avec National Trust que celle-ci sera désormais libre de décharger le débiteur hypothécaire originaire et que, si elle le fait, cela ne changera en rien la responsabilité de Mead. Une telle disposition, selon moi, n'opère pas de novation. Son effet, à mon sens, est de maintenir les recours pouvant être exercés par National Trust à la fois contre Remai et contre Mead jusqu'à ce que National Trust dégage Remai de sa responsabilité. Elle ne saurait par elle-même s'interpréter comme le genre de décharge actuelle de Remai qui serait nécessaire pour que Mead soit substitué à Remai en tant que débiteur principal.

Cette conclusion est renforcée, à mon avis, quand on prend en considération les conditions de l'hypothèque primitive. Celle-ci contenait une clause «de réserve de droits» ainsi libellée:

[TRADUCTION] 20. AUCUNE prorogation d'échéance accordée par la créancière hypothécaire au débiteur hypothécaire ou à tout ayant cause de celui-ci, ni aucun autre arrangement intervenu entre la créancière hypothécaire et le titulaire du droit de rachat affèrent au bien-fonds grevé de l'hypothèque ne préjudicie d'aucune manière aux droits de la créancière hypothécaire à l'égard du débiteur hypothécaire ou de toute autre personne tenue du paiement des fonds garantis par l'hypothèque. Aucune abstention de la créancière hypothécaire de demander un redressement pour le manquement à un

Mortgagee with respect to such or any subsequent or other breach. [Emphasis added.]

This clause confirms that there was no intention on the part of National Trust to release Remai. Taken together, these provisions are a strong indication that the assumption of the debt by Mead was not accepted by National Trust in full consideration and substitution of Remai's obligation. The question therefore becomes whether the conduct of the parties can negate that indication.

The action of National Trust in discontinuing its suit against Remai could be construed as supporting an inference that the trust company was no longer looking to Remai for satisfaction of the debt. Indeed, the Court of Appeal viewed it in that light. With respect, I think that the Court of Appeal erred in so doing. I think it attributed too much significance to the discontinuance of National Trust's action against Remai. While I appreciate that the Assumption Agreement contemplated that National Trust could release Remai "at any time and in such manner as it thinks fit", I believe that its conduct in discontinuing its action against Remai is equivocal, particularly in light of Rule 198(4) of the *Saskatchewan Queen's Bench Rules* which states that discontinuance of an action shall not be a defence to any subsequent action against the party. Since discontinuance does not preclude a litigant from bringing the action at a later date, it is not, in my view, an adequate basis on which to find an intention to release the original mortgagor. It does not constitute the kind of compelling circumstance necessary to found a novation.

No other circumstances were presented as indicating that novation occurred. Since I have found that there was no intention on the part of

engagement, à un accord, à une condition ou à une stipulation contenus dans le présent acte constitutif d'hypothèque n'a l'effet d'une renonciation à des droits ou à des recours pouvant être exercés par la créancière hypothécaire à l'égard de ce manquement ou de tout autre manquement. [Je souligne.]

Cette clause confirme l'absence d'intention de la part de National Trust de dégager Remai de sa responsabilité. Prises ensemble, ces dispositions constituent une forte indication que National Trust n'a pas accepté la prise en charge de la dette par Mead en plein acquittement et en pleine substitution de l'obligation de Remai. La question qui se pose est donc de savoir si la conduite des parties vient neutraliser cette indication.

Le fait que National Trust se soit désistée de son action contre Remai peut s'interpréter comme appuyant l'inférence selon laquelle la société de fiducie ne comptait plus sur Remai pour le paiement de la dette. C'est là d'ailleurs le point de vue qu'a adopté la Cour d'appel. Avec égards, je crois qu'en cela elle a eu tort. J'estime en effet qu'elle a attaché trop d'importance au désistement par National Trust de son action contre Remai. Bien que je me rende compte de ce que la convention de prise en charge envisageait que National Trust puisse dégager Remai de sa responsabilité «à n'importe quel moment et de la manière qu'elle juge[ait] convenable», je crois que son désistement de son action contre Remai est une conduite équivoque, surtout compte tenu du par. 198(4) des *Saskatchewan Queen's Bench Rules*, qui porte que le désistement d'une action ne peut être invoqué comme moyen de défense dans le cadre d'une action subséquente contre la même partie. Comme le désistement n'empêche pas une partie d'intenter l'action à une date ultérieure, il ne représente pas, selon moi, un fondement suffisant pour une conclusion à l'existence d'une intention de dégager le débiteur hypothécaire originaire de sa responsabilité. Il ne constitue pas le genre de circonstance déterminante qui est nécessaire pour fonder une novation.

Aucune autre circonstance n'a été alléguée comme indiquant qu'il y a eu novation. Puisque je conclus que National Trust n'a pas eu l'intention

National Trust to release Remai, it follows that the test for novation has not been met.

7. Disposition

I would dismiss the appeal on the combined interpretation of the Act and the Assumption Agreement. The respondent, David Mead, is entitled to his costs.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J.—I agree with Wilson J.'s conclusions and reasons, subject to the following comment. I view ss. 2(2)(d) and 40(2) of the Act as involving a facial conflict, which I would resolve by recourse to legislative intention, and in particular the intention of the legislature to benefit the non-corporate borrower.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Pederson, Rourke, Pinch, Saskatoon.

Solicitors for the respondents: Rendek, McCrank, Halvorsen, Canham, Regina.

de dégager Remai de sa responsabilité, il s'ensuit qu'on n'a pas satisfait au critère à appliquer pour qu'il y ait novation.

^a 7. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi en me fondant sur l'interprétation de la Loi et de la convention de prise en charge. L'intimé David Mead a droit à ses dépens.

^b Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—Je souscris aux conclusions et aux motifs du juge Wilson, sous réserve de l'observation suivante. Je considère que l'al. 2(2)d et le par. 40(2) de la Loi sont en conflit apparent et je le résoudrais en ayant recours à l'intention du législateur et en particulier l'intention de la part de la législature d'avantager l'emprunteur individuel.

^d *Pourvoi rejeté avec dépens.*

Procureurs de l'appelante: Pederson, Rourke, Pinch, Saskatoon.

^e *Procureurs des intimés: Rendek, McCrank, Halvorsen, Canham, Regina.*

Rocois Construction Inc. *Appellant*

v.

**Dominion Ready Mix Inc., Jean Desjardins
and Marc Crépin** *Respondents*

and

**Québec Ready Mix Inc., Levis Ready Mix
Inc., Pierre Viger, Verreault Frontenac
Ready Mix Inc., Claude Ferland, Michel
Bérubé, Pierre Legault, Pilote Ready Mix
Inc. and Gaston Pilote** *Mis en cause*

and between

Rocois Construction Inc. *Appellant*

v.

**Québec Ready Mix Inc., Levis Ready Mix
Inc., Pierre Viger, Verreault Frontenac
Ready Mix Inc., Claude Ferland, Michel
Bérubé, Pierre Legault, Pilote Ready Mix
Inc. and Gaston Pilote** *Respondents*

and

**Dominion Ready Mix Inc., Jean Desjardins
and Marc Crépin** *Mis en cause*

INDEXED AS: ROCOIS CONSTRUCTION INC. V. QUÉBEC
READY MIX INC.

1990: March 21; 1990: August 16.

File No.: 19780.

Present: Lamer C.J.* and L'Heureux-Dubé, Gonthier,
Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Civil procedure — Exceptions to dismiss action — Lis pendens — Action for damages for unfair trade practices based on federal combines legislation brought in Federal Court — Action for damages for unfair trade practices based on Civil Code subsequently brought in Superior Court while action in Federal Court still pending — Whether action in Superior Court should be dismissed on ground of lis pendens — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 165 — Civil Code of Lower Canada, art. 1053 — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 31.1(1).

* Chief Justice at the time of judgment.

Rocois Construction Inc. *Appelante*

c.

**Dominion Ready Mix Inc., Jean Desjardins
et Marc Crépin** *Intimés*

et

**Québec Ready Mix Inc., Levis Ready Mix
Inc., Pierre Viger, Verreault Frontenac
Ready Mix Inc., Claude Ferland, Michel
Bérubé, Pierre Legault, Pilote Ready Mix
Inc. et Gaston Pilote** *Mis en cause*

et entre

Rocois Construction Inc. *Appelante*

c.

**Québec Ready Mix Inc., Levis Ready Mix
Inc., Pierre Viger, Verreault Frontenac
Ready Mix Inc., Claude Ferland, Michel
Bérubé, Pierre Legault, Pilote Ready Mix
Inc. et Gaston Pilote** *Intimés*

e et

**Dominion Ready Mix Inc., Jean Desjardins
et Marc Crépin** *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: ROCOIS CONSTRUCTION INC. c. QUÉBEC
READY MIX INC.

1990: 21 mars; 1990: 16 août.

N° du greffe: 19780.

g Présents: Le juge en chef Lamer* et les juges L'Heureux-
Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

h Procédure civile — Moyens de non-recevabilité — Litispendance — Action en dommages pour pratique commerciale déloyale basée sur la loi fédérale sur les coalitions intentée en Cour fédérale — Action en dommages pour pratique commerciale déloyale basée sur le Code civil intentée subséquemment en Cour supérieure alors que l'action en Cour fédérale est toujours pendante — L'action en Cour supérieure doit-elle être rejetée pour cause de litispendance? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 165 — Code civil du Bas-Canada, art. 1053 — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 31.1(1).

* Juge en chef à la date du jugement.

Both appeals concern a preliminary exception to dismiss on the ground of *lis pendens* under art. 165 C.C.P. Appellant brought an action for damages for unfair trade practices against respondents in the Superior Court. Respondents brought a motion to dismiss this action on the ground of *lis pendens* since an action for damages for unfair trade practices, based both on s. 31.1(1) of the *Combines Investigation Act* and on general civil liability, and involving the same parties, was pending in the Federal Court. The Superior Court dismissed the preliminary exception but the Court of Appeal reversed this decision and found that there was *lis pendens*. Since the Court of Appeal's judgment, the Supreme Court of Canada has denied the Federal Court any jurisdiction to decide an action based on art. 1053 C.C.L.C., and judgment on the merits of the case has still not been rendered by the Federal Court, Trial Division.

Held: The appeals should be dismissed.

The action brought in the Superior Court should be dismissed on the ground of *lis pendens*. First, although the jurisdiction of the Federal Court, based on s. 31.1(1) of the *Combines Investigation Act*, and that of the Superior Court, resulting from its general common law jurisdiction, are different, both courts are equally competent to hear the actions brought before them respectively. Second, the three substantive conditions for *lis pendens* within the meaning of art. 165 C.C.P. have been met. There is an identity of parties, object and cause between the two cases.

The identity of what is claimed in each of the actions does not have to be absolute for there to be identity of object. In the present case, full compensation for the damage, estimated at one million dollars, is the essential object of the two actions. The separate indemnities claimed by appellant in the Federal Court and in the Superior Court—the additional amount for costs of investigation and proceedings under s. 31.1(1) of the Act and the additional indemnity under art. 1056c C.C.L.C.—are purely incidental and do not affect the real object of the actions. The object of the two actions is thus the same.

The existence of two rules of law applicable to a factual situation in practice gives rise to a duality of causes in the majority of cases, because separate rules generally require different legal characterizations. However, it is not the fact that there are two applicable rules which is conclusive in itself: it is the duality of legal characterizations which may result from it. When the essence of the legal characterization of the facts alleged

Les deux pourvois portent sur le moyen préliminaire de non-recevabilité pour motif de litispendance prévu à l'art. 165 C.p.c. L'appelante a intenté une action en dommages pour pratique commerciale déloyale contre les intimés en Cour supérieure. Les intimés ont soulevé par requête l'irrecevabilité de cette demande au motif de litispendance puisqu'une action en dommages pour pratique commerciale déloyale fondée à la fois sur le par. 31.1(1) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* et sur le droit commun, et impliquant les mêmes parties, était pendante en Cour fédérale. La Cour supérieure a rejeté le moyen préliminaire mais la Cour d'appel a infirmé cette décision et déclaré qu'il y avait litispendance. Depuis le jugement de la Cour d'appel, la Cour suprême du Canada a nié toute compétence à la Cour fédérale de statuer sur le recours fondé sur l'art. 1053 C.c.B.-C., et le jugement sur le fond du litige n'a toujours pas été rendu par la Division de première instance de la Cour fédérale.

Arrêt: Les pourvois sont rejetés.

L'action intentée en Cour supérieure doit être rejetée pour cause de litispendance. Premièrement, bien que la compétence de la Cour fédérale, fondée sur l'art. 31.1(1) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, et celle de la Cour supérieure, issue de sa compétence générale de droit commun, soient différentes, les deux tribunaux sont également compétents pour connaître des demandes dont ils ont été respectivement saisis. Deuxièmement, les trois conditions de fond pour qu'il y ait litispendance au sens de l'art. 165 C.p.c. sont remplies. Il y a entre les deux affaires identité de parties, d'objet et de cause.

L'identité de ce qui est réclamé dans l'une et l'autre des actions n'a pas à être absolue pour que l'on puisse conclure à l'identité d'objet. En l'espèce, la réparation intégrale du préjudice évalué à un million de dollars constitue l'objet essentiel des deux actions. Les indemnités distinctes réclamées par l'appelante en Cour fédérale et en Cour supérieure—la somme supplémentaire pour les frais d'enquête et de procédures en vertu du par. 31.1(1) de la Loi et l'indemnité additionnelle prévue à l'art. 1056c C.c.B.-C.—sont purement accessoires et ne modifient pas le véritable objet des demandes. L'objet des deux actions est donc identique.

L'existence de deux règles de droit applicables à un ensemble de faits engendre en pratique une dualité de causes dans la majorité des cas parce que des règles distinctes commandent généralement des qualifications juridiques différentes. Mais ce n'est pas le fait qu'il y ait deux règles applicables qui est en soi déterminant; c'est la dualité des qualifications juridiques qui peuvent en découler. Lorsque l'essence de la qualification juridique

is identical under either rule, it must follow that there is identity of cause. Determining whether the characterizations are identical calls for a two-stage analysis when two rules are apparently applicable to the same facts. The characterization that may result from a rule of law depends first on the legal principle the rule is based on. Two statutory provisions based on different legal principles cannot give rise to identical causes since the fact regarded as the source of liability will necessarily be different; the legal characterization of the factual situation will similarly be different. In cases where the two provisions are based on the same legal principle, it is then necessary to examine the potential result of applying these provisions to the facts under consideration. If with respect to a given set of facts the effect produced by applying the provision relied on in the second action corresponds to the effect produced by applying the provision relied on in the first, it should be concluded that there is an identity of causes. In the present case, the actions alleged against respondents are identical. They can be analyzed as fault causing damage under art. 1053 C.C.L.C. and as conduct giving rise to damage contrary to the provisions contained in the Act. It can be seen from considering the scheme of delictual civil liability under general civil law and the scheme created by the Act that we are dealing here with two schemes based on the same legal principle. Both cases involve a scheme of compensation for civil liability based on wrongful conduct. The minor differences regarding applicable forms of proof cannot affect this identity of legal principles. As to the potential effect of the schemes applied to the facts alleged, although the concept of civil fault is much more all-encompassing than that of unfair competition under the Act, it is clear that the two concepts overlap. Since the facts alleged in the pleadings fall completely within the area where the two schemes overlap, the result is that the effect produced by each of the provisions on the parties' rights and obligations will be the same. There is thus an identity of legal characterizations and accordingly identity of cause, because the substance of each of the schemes produces by the same legal principle an identical effect on the rights and obligations of the parties. The minor differences regarding the applicable rules of prescription cannot affect the identity of the legal characterizations.

Cases Cited

Referred to: *Québec Ready Mix Inc. v. Rocois Construction Inc.*, [1989] 1 S.C.R. 695; *Cargill Grain Co. v. Foundation Co. of Canada Ltd.*, [1965] S.C.R. 594;

des faits allégués est identique sous l'empire de l'une et l'autre des règles, on doit conclure à l'identité de cause. L'évaluation de l'identité des qualifications commande une analyse en deux étapes lorsque deux règles sont présumément applicables aux mêmes faits. La qualification pouvant découler d'une règle de droit est d'abord tributaire du principe juridique dont cette règle relève. Deux textes de loi qui relèvent de principes juridiques différents ne peuvent engendrer des causes identiques puisque l'élément retenu comme fait générateur de responsabilité sera nécessairement différent; la qualification juridique de l'ensemble factuel sera différente dans la même mesure. Dans les cas où les deux textes relèvent du même principe juridique, il faut ensuite examiner le résultat virtuel de l'application de ces textes aux faits étudiés. Si, relativement à un ensemble factuel donné, l'effet produit par l'application du texte invoqué dans la seconde action correspond à l'effet produit par l'application du texte invoqué dans la première, il y a lieu de conclure à l'identité des causes. En l'espèce, les agissements reprochés aux intimés sont identiques. Ils peuvent s'analyser comme une faute ayant causé préjudice en vertu de l'art. 1053 C.c.B.-C. et comme un comportement générateur de préjudice allant à l'encontre des dispositions prévues par la Loi. Un examen du régime de responsabilité civile délictuelle de droit commun et du régime instauré par la Loi démontre que l'on se trouve en présence de deux régimes relevant du même principe juridique. Il s'agit dans les deux cas d'un régime compensatoire de responsabilité civile fondé sur le comportement fautif. Les différences mineures quant aux moyens de preuve applicables ne modifient pas cette identité de principes juridiques. En ce qui concerne l'effet virtuel des régimes appliqués aux faits allégués, bien que le concept de faute civile soit beaucoup plus englobant que celui de concurrence déloyale au sens de la Loi, il est manifeste que les deux notions se chevauchent. Puisque les faits allégués dans les présentes procédures tombent complètement dans l'aire de chevauchement des deux régimes, il en résulte que l'effet produit par l'une et l'autre des dispositions sur les droits et obligations des parties sera le même. Il y a donc identité des qualifications juridiques et partant, identité de cause, parce que la substance de l'un et l'autre des régimes produit, par le même principe juridique, un effet identique sur les droits et obligations des parties. Les différences mineures quant aux règles de prescription applicables ne sauraient modifier ici l'identité des qualifications juridiques.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Québec Ready Mix Inc. c. Rocois Construction Inc.*, [1989] 1 R.C.S. 695; *Cargill Grain Co. v. Foundation Co. of Canada Ltd.*, [1965] R.C.S.

Cloutier v. Traders Finance Corp., [1958] Que. Q.B. 274n; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Travelers Insurance Co. of Canada v. Corriveau*, [1982] 2 S.C.R. 866; *Pontiac Lumber Co. v. Gentil* (1922), 25 Que. P.R. 118.

Statutes and Regulations Cited

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 4, 49.
Civil Code of Lower Canada, arts. 1053, 1056c [am. 1971, c. 85, s. 10], 1241 [am. 1978, c. 8, s. 47].
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 165.
Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 31.1 [ad. 1974-75-76, c. 76, s. 12], 32(1) [am. *idem*, s. 14].

Authors Cited

Allard, Christophe. *De l'autorité de la chose jugée en matière civile*. Rouen: Imprimerie de E. Cagniard, 1875.
 Baudouin, Jean-Louis. *La responsabilité civile délictuelle*. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1985.
 Bonnet, Paul. *Des éléments constitutifs de la chose jugée en matière civile dans le droit romain et dans le droit français*. Paris: Imprimerie de E. Donnau, 1862.
 Chauveau, Charles-Auguste. *De l'autorité de la chose jugée en matière civile*. Québec: Dussault & Proulx, 1903.
Encyclopédie juridique Dalloz: Répertoire de procédure civile, t. II, 2^e éd., «Litispendance», par Pierre Julien.
 Garsonnet, Eugène. *Traité théorique et pratique de procédure*, t. I, Paris: Larose et Forcel, 1882.
 Gilli, Jean-Paul. *La cause juridique de la demande en justice*. Paris: L.G.D.J., 1962.
 Lacoste, Paul. *De la chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative*. 3^e éd. Par Ph. Bonnacarrère. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1914.
 Langelier, François. *De la preuve en matière civile et commerciale*. Québec: Darveau, 1894.
 Lorimier, Charles C. de. *La bibliothèque du Code civil de la province de Québec*, vol. IX. Montréal: Eusèbe Sénécal & Fils, 1883.
 Martin, Raymond. «Les contradictions de la chose jugée», *J.C.P.* 1979.I.2938.
 Martin, Raymond. «Sur la notion de moyen», *J.C.P.* 1976.I.2768.
 Mignault, Pierre Basile. *Le droit civil canadien*, t. 6. Montréal: Théorêt, 1902.
 Motulsky, Henri. «Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile», *D.* 1968. Chron., p. 1.

594; *Cloutier v. Traders Finance Corp.*, [1958] B.R. 274n; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Compagnie d'assurance Travelers du Canada c. Corriveau*, [1982] 2 R.C.S. 866; *Pontiac Lumber Co. v. Gentil* (1922), 25 R.P. 118.

Lois et règlements cités

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 4, 49.
b *Code civil du Bas-Canada*, art. 1053, 1056c [mod. 1971, ch. 85, art. 10], 1241 [mod. 1978, ch. 8, art. 47].
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 165.
Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 31.1 [aj. 1974-75-76, ch. 76, art. 12], 32(1) [abr. & rempl. *idem*, art. 14].

Doctrine citée

Allard, Christophe. *De l'autorité de la chose jugée en matière civile*. Rouen: Imprimerie de E. Cagniard, 1875.
 Baudouin, Jean-Louis. *La responsabilité civile délictuelle*. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1985.
 Bonnet, Paul. *Des éléments constitutifs de la chose jugée en matière civile dans le droit romain et dans le droit français*. Paris: Imprimerie de E. Donnau, 1862.
 Chauveau, Charles-Auguste. *De l'autorité de la chose jugée en matière civile*. Québec: Dussault & Proulx, 1903.
f *Encyclopédie juridique Dalloz: Répertoire de procédure civile*, t. II, 2^e éd., «Litispendance», par Pierre Julien.
 Garsonnet, Eugène. *Traité théorique et pratique de procédure*, t. I, Paris: Larose et Forcel, 1882.
 Gilli, Jean-Paul. *La cause juridique de la demande en justice*. Paris: L.G.D.J., 1962.
g Lacoste, Paul. *De la chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative*. 3^e éd. Par Ph. Bonnacarrère. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1914.
h Langelier, François. *De la preuve en matière civile et commerciale*. Québec: Darveau, 1894.
 Lorimier, Charles C. de. *La bibliothèque du Code civil de la province de Québec*, vol. IX. Montréal: Eusèbe Sénécal & Fils, 1883.
 Martin, Raymond. «Les contradictions de la chose jugée», *J.C.P.* 1979.I.2938.
i Martin, Raymond. «Sur la notion de moyen», *J.C.P.* 1976.I.2768.
 Mignault, Pierre Basile. *Le droit civil canadien*, t. 6. Montréal: Théorêt, 1902.
j Motulsky, Henri. «Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile», *D.* 1968. Chron., p. 1.

Nadeau, André et Richard Nadeau. *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1971.

Nadeau, André. «L'autorité de la chose jugée» (1963), 9 *McGill L.J.* 102.

Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1987.

Savatier, René. Note. D.P. 1928.1.153.

Solus, Henry et Roger Perrot. *Droit judiciaire privé*, t. II. Paris: Sirey, 1973.

Tomasin, Daniel. *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*. Paris: L.G.D.J., 1975.

Traité de Droit civil du Québec, t. 9 par André Nadeau et Léo Ducharme. Montréal: Wilson & Lafleur, 1965.

Viatte, Jean. «À propos de la litispendance», *Gaz. Pal.* 1976.1. Doct. 354.

APPEALS from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1986] R.D.J. 45, reversing a judgment of the Superior Court**. Appeals dismissed.

Pierre Gaudreau, for the appellant.

Gérald Tremblay, Q.C., for Dominion Ready Mix Inc. et al.

Henri-Louis Fortin, for Québec Ready Mix Inc. et al.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J.—These two appeals concern a preliminary exception to dismiss on a single ground of *lis pendens* raised by the respondents against an action for damages for unfair trade practices and abuse of rights brought by the appellant in the Superior Court. The appellant had earlier brought an action for damages in the Federal Court as a result of the same conduct of the respondents, relying on a federal statute and civil law. The Federal Court has still not rendered judgment on the merits. The issue here is whether the action in the Superior Court should be dismissed at this preliminary stage in view of the matter pending in the Federal Court.

I—The Facts

On August 22, 1979 the appellant Rocois Construction Inc. brought an action for damages in the

** *Rocois Construction Inc. v. Québec Ready Mix Inc.*, S.C. Québec, No. 200-05-003775-801, September 11, 1981.

Nadeau, André et Richard Nadeau. *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1971.

Nadeau, André. «L'autorité de la chose jugée» (1963), 9 *McGill L.J.* 102.

Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1987.

Savatier, René. Note. D.P. 1928.1.153.

Solus, Henry et Roger Perrot. *Droit judiciaire privé*, t. II. Paris: Sirey, 1973.

Tomasin, Daniel. *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*. Paris: L.G.D.J., 1975.

Traité de Droit civil du Québec, t. 9 par André Nadeau et Léo Ducharme. Montréal: Wilson & Lafleur, 1965.

Viatte, Jean. «À propos de la litispendance», *Gaz. Pal.* 1976.1. Doct. 354.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1986] R.D.J. 45, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure**. Pourvois rejetés.

Pierre Gaudreau, pour l'appelante.

Gérald Tremblay, c.r., pour Dominion Ready Mix Inc. et autres.

Henri-Louis Fortin, pour Québec Ready Mix Inc. et autres.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER—Les deux pourvois dont cette Cour est saisie portent sur un même moyen préliminaire de non-recevabilité pour motif de litispendance soulevé par les intimés à l'encontre d'un recours en dommages pour pratique commerciale déloyale et abus de droit, intenté par l'appelante en Cour supérieure. L'appelante avait auparavant intenté en Cour fédérale un recours en dommages résultant des mêmes agissements par les intimés, invoquant une loi fédérale ainsi que le droit commun. Le jugement au fond n'a toujours pas été rendu par la Cour fédérale. Il s'agit ici de déterminer si la demande en Cour supérieure doit être rejetée à ce stade préliminaire en raison de l'affaire qui est pendante en Cour fédérale.

I—Les faits

Le 22 août 1979, l'appelante Rocois Construction Inc. intentait en Cour fédérale un recours en

** *Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix Inc.*, C.S. Québec, n° 200-05-003775-801, 11 septembre 1981.

Federal Court based both on general civil liability and on s. 31.1(1) of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 (the Act), arising out of conduct by the respondents which deprived it of the supply of mixed concrete necessary for the operation of its business, thereby allegedly causing it to suffer damage. In a preliminary exception the respondents asked the Federal Court to rule on the constitutionality of s. 31.1(1)(a) and (3) of the Act and on the Federal Court's jurisdiction to hear an action based on both federal and provincial legislation. On December 4, 1979 the Federal Court, Trial Division rendered judgment on the preliminary exceptions, declaring the action for damages provided for in the federal legislation to be unconstitutional and ruling that it had no jurisdiction to decide the case on the merits: [1980] 1 F.C. 184. The matter was appealed first to the Federal Court of Appeal, [1985] 2 F.C. 40, and then to the Supreme Court. This Court rendered judgment in the matter on April 20, 1989, affirming the constitutionality of the federal legislation and the Federal Court's jurisdiction to rule on the action for damages provided for therein, but denying it any jurisdiction to rule on any part of the action based on art. 1053 of the *Civil Code of Lower Canada: Québec Ready Mix Inc. v. Rocois Construction Inc.*, [1989] 1 S.C.R. 695.

In the meantime, on November 21, 1980, the appellant sued the respondents jointly and severally for damages in the Superior Court for the damage suffered by its business and caused by respondents' actions. The respondents brought a motion to dismiss this action in the Superior Court on the ground of *lis pendens*. The Superior Court dismissed this preliminary exception. The matter was taken to the Court of Appeal, which reversed the Superior Court's decision and found that there was *lis pendens*: [1986] R.D.J. 45.

II—The Courts Below

Superior Court

After reviewing the case law, Hamel J. stated that in his opinion the preliminary exception of *lis*

dommages fondé à la fois sur le droit commun et sur le par. 31.1(1) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23 (la Loi), à la suite d'agissements de la part des intimés qui a la privaient de l'approvisionnement en béton mélangé nécessaire au fonctionnement de son entreprise, ce qui lui aurait porté préjudice. Comme moyen préliminaire, les intimés ont demandé à la Cour fédérale de se prononcer sur la constitutionnalité de l'al. 31.1(1)a) et du par. 31.1(3) de la Loi ainsi que sur la compétence de la Cour fédérale pour entendre une action fondée à la fois sur des dispositions législatives fédérales et provinciales. Le 4 décembre 1979, la Division de première instance de la Cour fédérale rendait jugement sur les moyens préliminaires, déclarant le recours en dommages prévu par la loi fédérale inconstitutionnel et se déclarant sans compétence d pour statuer au mérite: [1980] 1 C.F. 184. L'affaire fut portée en appel devant la Cour d'appel fédérale d'abord, [1985] 2 C.F. 40, puis devant la Cour suprême. Notre Cour a rendu jugement dans cette affaire le 20 avril 1989, confirmant la constitutionnalité de la loi fédérale et la compétence de la Cour fédérale pour statuer sur le recours en dommages qui y est prévu, mais lui niant toute compétence pour statuer sur toute partie du recours fondé sur l'art. 1053 du *Code civil du Bas-Canada: Québec Ready Mix Inc. c. Rocois Construction Inc.*, [1989] 1 R.C.S. 695.

Entre temps, le 21 novembre 1980, l'appelante a poursuivi les intimés conjointement et solidairement en dommages-intérêts devant la Cour supérieure pour le préjudice subi par son entreprise et causé par les agissements des intimés. Les intimés ont soulevé par requête l'irrecevabilité de cette demande devant la Cour supérieure au motif de litispendance. La Cour supérieure a rejeté ce moyen préliminaire. Saisie de la question en appel, la Cour d'appel a renversé la décision de la Cour supérieure et déclaré qu'il y avait litispendance: [1986] R.D.J. 45.

II—Les jugements des tribunaux inférieurs

Cour supérieure

Le juge Hamel, après une revue de la jurisprudence, exprime l'avis que le moyen préliminaire de

pendens could not be allowed. The primary basis for his conclusion was that the Federal Court lacked jurisdiction.

He noted that one of the conditions required for a finding of *lis pendens* is that the action brought be pending before another equally competent court. I note that the Federal Court, Trial Division found that it lacked jurisdiction to hear the case, following argument in which the Attorney General of Canada and the Attorney General of Quebec intervened. At the time the trial judge made his ruling, it was the Attorney General of Canada who had appealed this decision of the Federal Court and Rocois Construction Inc. only participated in the subsequent argument as *mis en cause*. In the opinion of Hamel J., the fact that Rocois Construction Inc. was not a full party to the appeal on the question of jurisdiction necessarily leads to the conclusion that the trial judgment rendered by the Federal Court on this matter has the force of *res judicata* with respect to it. The Federal Court thus could not make any further ruling on the merits of the case without disregarding the authority of *res judicata*, whatever the conclusion by this Court following the subsequent argument. Hamel J. accordingly concluded that the case was no longer pending in the Federal Court and so refused the motion to dismiss. He also expressed certain doubts as to the identity of cause and object, but did not elaborate.

Before going any further I should point out that Rocois Construction Inc. was the respondent in this Court and not a *mis en cause* in the matter dealing with the preliminary questions disposed of by this Court; the present respondents were the appellants. In any event, the joinder of parties procedure (also referred to in Quebec as “forced intervention”) responds to the need for a comprehensive settlement of disputes so as to avoid needless and costly repetition of the same arguments. This objective can only be achieved if a judgment rendered following argument and counter-argument is binding on all the parties represented, whether or not they were forced to appear. In my opinion, the judgment rendered by this Court on the Federal Court’s jurisdiction is completely bind-

litispendance ne peut être retenu. Sa conclusion est principalement fondée sur l’absence de compétence de la Cour fédérale.

^a Il rappelle en effet que l’une des conditions requises pour que l’on puisse conclure à litispendance est que l’action intentée soit pendante devant un autre tribunal également compétent. Je note que la Division de première instance de la Cour fédérale s’était jugée incompétente pour entendre le litige, suite à un débat auquel le procureur général du Canada et le procureur général du Québec étaient intervenus. Au moment où le premier juge s’est prononcé, c’est le procureur général du Canada qui avait interjeté appel de cette décision de la Cour fédérale et Rocois Construction Inc. n’avait participé aux débats subséquents qu’à titre de *mis en cause*. Selon le juge Hamel, le fait que Rocois Construction Inc. n’ait pas été partie à part entière en appel sur la question de compétence nous forcerait à conclure que le jugement de première instance rendu par la Cour fédérale sur cette question a force de chose jugée à son égard. La Cour fédérale ne pourrait donc plus se prononcer sur le fond du litige sans bafouer l’autorité de la chose jugée, peu importe la conclusion de notre Cour à l’issue du débat subséquent. Le juge Hamel a donc conclu que la cause n’était plus pendante devant la Cour fédérale, d’où le rejet de la requête en irrecevabilité. Le juge a par ailleurs exprimé certains doutes sur l’identité de cause et d’objet, sans en traiter plus avant.

^b Je me permets de souligner dès maintenant que Rocois Construction Inc. était intimée devant nous et non *mis en cause* dans l’affaire portant sur les questions préliminaires dont nous avons disposé; les parties intimées dans la présente affaire figureraient à titre d’appelantes. À tout événement, le mécanisme de la *mis en cause* (que l’on désigne également au Québec par le vocable «intervention forcée») répond à la nécessité de régler les litiges de façon globale afin d’éviter la répétition inutile et coûteuse des mêmes débats. La réalisation de cet objectif ne va pas sans qu’un jugement rendu à la suite d’un débat contradictoire soit opposable à toutes les parties qui y ont figuré, qu’elles y aient ou non été forcées. À mon avis, le jugement rendu par notre Cour sur la compétence de la Cour

ing on all the parties involved, as there was a final resolution of the argument on the preliminary questions with respect to them.

Court of Appeal

McCarthy J.A., for the court, first pointed out that the eventual outcome of the argument on the preliminary questions would be binding on Rocois Construction Inc. I agree, and there is no need to deal any further with this point. The matter was then still before the Federal Court, pending the final decision on the preliminary questions, and it remains there, in view of the content of the final judgment subsequently rendered by this Court.

McCarthy J.A. then referred to the three criteria for *lis pendens*, namely identity of parties, object and cause: *Cargill Grain Co. v. Foundation Co. of Canada Ltd.*, [1965] S.C.R. 594, at pp. 596-97. He was of the view that the three identities were present in this case.

On the question of the identity of parties, the judge simply noted that this was obvious. On the identity of object, he observed that an additional amount was claimed in the statement of claim filed in the Federal Court, corresponding to the costs of the investigation and proceedings brought to assert the rights conferred by the Act. This amount can be claimed under a specific provision of the federal Act. Relying on *Cargill Grain Co.*, *supra*, McCarthy J.A. held that a difference between the amounts claimed in the two actions did not preclude a finding of identity of object. The sum of one million dollars is claimed in both actions for damage sustained and is the object of each action; the rest is merely incidental. On identity of cause, the learned judge concluded that it existed for a reason he stated as follows, at p. 50:

[TRANSLATION] However, in both actions the same legal facts are the basis in law of the benefit which is the object of the action.

Accordingly, noting that the triple identity of parties, object and cause was present, McCarthy J.A. allowed the appeals and dismissed the action for damages on grounds of *lis pendens*.

fédérale est pleinement opposable à toutes les parties impliquées, le débat sur les questions préliminaires étant réglé à leur égard de façon définitive.

a Cour d'appel

Le juge McCarthy, au nom de la cour, souligne d'abord que le résultat éventuel du débat portant sur les questions préliminaires serait opposable à Rocois Construction Inc. Je suis d'accord et il n'y aura pas lieu de revenir sur ce point. L'affaire était alors toujours pendante devant la Cour fédérale en attente du résultat final sur les questions préliminaires et elle le demeure, vu la teneur du jugement final subséquemment rendu par notre Cour.

Le juge McCarthy fait ensuite état des trois critères de la litispendance, soit l'identité de parties, d'objet et de cause: *Cargill Grain Co. v. Foundation Co. of Canada Ltd.*, [1965] R.C.S. 594, aux pp. 596 et 597. Le juge est d'avis que les trois identités sont en l'espèce réunies.

Sur la question de l'identité des parties, le juge constate simplement qu'elle est manifeste. Pour ce qui est de l'identité d'objet, il souligne qu'un montant supplémentaire est demandé dans la déclaration produite en Cour fédérale, correspondant aux coûts de l'enquête et des procédures engagées pour faire valoir les droits prévus par la Loi. Ce montant peut être réclamé en vertu d'une disposition spécifique de la loi fédérale. Se fondant sur l'arrêt *Cargill Grain Co.*, précité, le juge McCarthy décide qu'une différence entre les montants réclamés dans les deux actions n'empêchait pas de conclure à l'identité d'objet. Un montant d'un million de dollars est réclamé dans les deux actions pour dommages subis et constitue l'objet de chacune des actions; le reste n'est qu'accessoire. Quant à l'identité de cause, le savant juge conclut qu'elle est présente pour une raison qu'il exprime comme suit, à la p. 50:

Cependant, dans les deux actions les mêmes faits juridiques constituent le fondement légal du bénéfice, objet de la demande.

Le juge McCarthy, constatant qu'il y a triple identité de parties, d'objet et de cause, accueille les pourvois et rejette le recours en dommages pour motif d'irrecevabilité.

III—Analysis

It has long been recognized that the preliminary exception of *lis pendens* is governed by the same principles as those that apply to the exception of *res judicata*: *Cloutier v. Traders Finance Corp.*, [1958] Que. Q.B. 274n; *Cargill Grain Co.*, *supra*. Both exceptions serve similar mediate purposes, being designed essentially to avoid a multiplicity of court proceedings and the possibility of contradictory judgments. Their ultimate purpose is one of public interest which is to protect the security and stability of social relationships. At the level of private interest, *res judicata* protects acquired rights for the benefit of the parties, and *lis pendens* shields the defendant from the hardships that would result from multiple proceedings (see André Nadeau, “L’*autorité de la chose jugée*” (1963), 9 *McGill L.J.* 102).

The three conditions required for there to be *lis pendens* within the meaning of para. 1 of art. 165 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, correspond to the requirements of art. 1241 *C.C.L.C.*, which deals with *res judicata*: there must be identity of parties, object (or thing) and cause (see this Court’s judgment in *Cargill Grain Co.*, *supra*). The appellant admitted in this Court that the condition regarding identity of the parties was met in this case. However, it challenged the Court of Appeal’s judgment regarding the identity of object and cause. It also put forward a preliminary argument that the action brought in the Superior Court is not pending in an equally competent court, a prerequisite for a finding of *lis pendens*. I propose first to dispose of this preliminary argument, and then to analyze the identities.

A. *Are the Courts Concerned Equally Competent?*

The appellant suggests that the jurisdiction of the Federal Court, based on s. 31.1 of the Act, and that of the Superior Court, resulting from its general common law jurisdiction, are different. For this reason, the appellant submits, it cannot be said that the case is before two equally competent courts.

III—Analyse

Il est reconnu de longue date que le moyen préliminaire de litispendance est régi par les mêmes principes que ceux qui s’appliquent à celui de la chose jugée: *Cloutier v. Traders Finance Corp.*, [1958] B.R. 274n; *Cargill Grain Co.*, précité. Les deux moyens servent des fins médiatees similaires qui consistent essentiellement à éviter la multiplicité des procès et la possibilité de jugements contradictoires. Ils réalisent ultimement un objectif d’intérêt public de protection de la sécurité et de la stabilité des rapports sociaux. Sur le plan de l’intérêt privé, l’*autorité de la chose jugée* protège les droits acquis en faveur des parties, et la litispendance évite au défendeur les inconvénients pouvant découler des poursuites multiples (voir André Nadeau, «L’*autorité de la chose jugée*» (1963), 9 *McGill L.J.* 102).

Les trois conditions requises pour qu’il y ait litispendance au sens de l’al. 1 de l’art. 165 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, correspondent aux exigences de l’art. 1241 *C.c.B.-C.* qui traite de l’*autorité de la chose jugée*: il faut qu’il y ait identité de parties, d’objet (ou de chose) et de cause (voir l’arrêt de notre Cour dans l’affaire *Cargill Grain Co.*, précité). L’appelante a admis devant nous que la condition relative à l’identité des parties était remplie en l’espèce. Elle conteste en revanche le jugement de la Cour d’appel relativement à l’identité d’objet et à l’identité de cause. Elle avance en outre un argument préliminaire selon lequel l’action intentée en Cour supérieure n’est pas pendante devant un tribunal également compétent, ce qui serait requis pour que l’on puisse conclure à litispendance. Je me propose de disposer d’abord de cet argument préliminaire, pour ensuite passer à l’analyse des identités.

A. *Les tribunaux impliqués sont-ils également compétents?*

L’appelante suggère que la compétence de la Cour fédérale, fondée sur l’art. 31.1 de la Loi et celle de la Cour supérieure, issue de sa compétence générale de droit commun, sont différentes. Pour cette raison, on ne pourrait conclure, selon l’appelante, que le litige se trouve devant deux tribunaux également compétents.

In support of its proposition, the appellant refers to Garsonnet's *Traité théorique et pratique de procédure*, vol. I, 1882, which states the following at p. 754:

[TRANSLATION] As its name indicates, *lis pendens* occurs when the action brought in one court is pending in another equally competent court, so that if it proceeds separately in these two courts it will result either in two identical judgments, an unnecessary and costly complication, or in two contradictory judgments, a result that will bring the administration of justice into disrepute and will create an inextricable situation, as to which of the two judgments will be given effect? [Emphasis added.]

The appellant notes that in *Rocois*, *supra*, this Court held that the Federal Court of Canada had jurisdiction to hear an action based on s. 31.1(1)(a) of the Act but was not competent with respect to any part of the action based on art. 1053 C.C.L.C. As the Chief Justice noted in the parallel case of *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at p. 684, s. 31.1(1)(a) (now s. 36(1)(a)) allows a civil remedy only to the extent the conduct complained of infringes a provision of Part V of the Act (now Part VI, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 45 *et seq.*). The section 31.1(1)(a) remedy in the Act is a specific remedy, limited to conduct prohibited by the Act; it does not create a right of action at large. On the other hand, the remedy based on art. 1053 C.C.L.C. is a general remedy, wider than that conferred by the Act. The appellant also notes that different rules on evidence and prescription apply to the two remedies.

The differences in jurisdiction between the two courts concerned are manifest and unquestionable in the present case, but I do not think that this is relevant. By emphasizing the words "equally competent" used by certain writers discussing *lis pendens*, the appellant is trying to raise the equivalence of jurisdiction between the two courts concerned to the level of a substantive condition for this preliminary exception, which in my opinion is wrong. Though the writers do say that the courts must be "equally competent", this means that they

Pour appuyer sa proposition, l'appelante nous renvoie au *Traité théorique et pratique de procédure*, t. I, 1882, de Garsonnet, qui s'exprime comme suit à la p. 754:

^a La litispendance se produit, comme son nom l'indique, lorsque la demande introduite devant un tribunal est pendante devant un autre également compétent, de telle manière que, si elle suit séparément son cours devant ces deux tribunaux, elle aboutira soit à deux jugements identiques, complication inutile et coûteuse, soit à deux jugements opposés, résultat nuisible à la bonne réputation de la justice et situation inextricable, car lequel de ces deux jugements mettra-t-on à exécution? [Je souligne.]

^b

^c L'appelante rappelle que dans l'arrêt *Rocois*, précité, notre Cour a statué que la Cour fédérale du Canada était compétente pour connaître d'un recours fondé sur l'al. 31.1(1)a de la Loi mais qu'elle ne l'était pas à l'égard de toute partie du recours fondée sur l'art. 1053 C.c.B.-C. Comme le soulignait en effet le Juge en chef dans l'arrêt parallèle *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, à la p. 684, l'al. 31.1(1)a (maintenant l'al. 36(1)a) ne permet un recours civil que dans la mesure où le comportement reproché viole une disposition de la partie V de la Loi (maintenant de la partie VI, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 45 et suiv.). Le recours de l'al. 31.1(1)a de la Loi est un recours particulier limité aux seuls comportements prohibés par la Loi; il ne crée pas un droit général d'action. En revanche, le recours fondé sur l'art. 1053 C.c.B.-C. en est un d'ordre général, plus large que celui qui est prévu par la Loi. L'appelante souligne en outre que les deux recours obéissent à des règles distinctes en matière de preuve et de prescription.

^d

^e

^f

^g

^h Les différences entre les deux tribunaux impliqués relativement à la compétence sont en l'espèce manifestes et incontestables, mais je ne crois pas que ce soit pertinent. En insistant sur les termes «également compétents» utilisés par certains auteurs en matière de litispendance, l'appelante tente en fait d'élever l'équivalence des compétences entre les deux tribunaux impliqués au rang de condition substantive de ce moyen préliminaire, ce qui est à mon avis erroné. Si les auteurs soulignent que les tribunaux doivent être «également compé-

must have jurisdiction to deal with the actions which are brought before them respectively; the courts must [TRANSLATION] "each have jurisdiction": *Encyclopédie juridique Dalloz: Répertoire de procédure civile*, 2nd ed., vol. II (1989 update), under the heading "Litispendance", by Pierre Julien. In *Droit judiciaire privé*, vol. II, 1973, at pp. 842-43, No. 814, Solus and Perrot deal with the condition regarding jurisdiction as follows:

[TRANSLATION] To the extent that the dismissal is intended to avoid identical or related actions being before two different courts and resulting in contradictory decisions, it is only justified if the courts each have jurisdiction to hear the actions brought before them respectively. [Emphasis added.]

In my opinion, this wording adequately indicates why there can be no *lis pendens* if one of the courts does not have jurisdiction. Even before examining the substantive conditions required for *lis pendens* to apply, it is necessary to determine whether the two courts concerned have jurisdiction to hear the cases before them. If this preliminary condition is not met, there will be no need to consider *lis pendens* since one of the courts cannot really be "hearing" a matter which it has no jurisdiction to hear. Lack of jurisdiction in one of the two courts will mean that contradictory rulings cannot result. For example, if a party decides to claim the sum of \$20,000 for contractual fault both in the Superior Court and in the Small Claims Court, there will be no basis for invoking *lis pendens* since the Small Claims Court does not have the necessary jurisdiction to render a judgment in such a matter. As Solus and Perrot, *op. cit.*, mention, at p. 843, No. 814:

[TRANSLATION] . . . if one of the courts concerned lacks jurisdiction, the question must be resolved by an exception as to jurisdiction, not by a declinatory exception of *lis pendens* or connexity. [References omitted.]

In the present case this Court confirmed in the final instance that the Federal Court has jurisdiction to dispose of the remedy under the Act.

tents», c'est que ces derniers doivent être compétents pour connaître des demandes dont ils sont respectivement saisis; les juridictions doivent être «l'une et l'autre compétentes»: *Encyclopédie juridique Dalloz: Répertoire de procédure civile*, 2^e éd., t. II (mise à jour 1989), à la rubrique «Litispendance», par Pierre Julien. Solus et Perrot, dans leur ouvrage *Droit judiciaire privé*, t. II, 1973, aux pp. 842 et 843, n° 814, traitent comme suit de la condition relative à la compétence:

Dans la mesure où le renvoi a pour objet d'éviter que la saisine de deux juridictions différentes n'aboutisse à des décisions contradictoires sur des demandes identiques ou connexes, il n'a de raison d'être que si l'une et l'autre sont compétentes pour connaître des demandes dont elles ont été respectivement saisies. [Je souligne.]

À mon avis, cette formulation reflète adéquatement la raison pour laquelle il ne peut y avoir litispendance si l'un des tribunaux n'est pas compétent. Avant même d'examiner les conditions de fond nécessaires à l'application de la litispendance, il importe de déterminer si les deux tribunaux saisis sont compétents pour entendre la cause qui leur est soumise. Si cette condition préliminaire n'est pas remplie, il n'y a pas lieu de considérer la litispendance puisque l'un des tribunaux ne peut être véritablement «saisi» d'un litige qu'il n'a pas la compétence d'entendre. L'incompétence de l'un des deux tribunaux fait en sorte que l'on ne peut aboutir à des résultats contradictoires. Par exemple, si une partie décidait de réclamer un montant de 20 000 \$ pour faute contractuelle tant devant la Cour supérieure que devant la Cour des petites créances, il n'y aurait aucune possibilité d'invoquer la litispendance puisque la Cour des petites créances n'a pas la compétence requise pour rendre quelque jugement dans une telle affaire. Comme le mentionnent Solus et Perrot, *op. cit.*, à la p. 843, n° 814:

. . . si l'une des juridictions saisies est incompétente, la question doit se résoudre par le moyen d'une exception d'incompétence et non point par un déclinatoire de litispendance ou de connexité. [Les renvois sont omis.]

En l'espèce, notre Cour a confirmé en dernier ressort la compétence de la Cour fédérale pour disposer du recours en vertu de la Loi.

I am thus of the view that the two courts concerned both have jurisdiction over the actions brought before them respectively. Of course the considerations relating to differences of substance between the two actions brought necessarily affect the jurisdiction of the courts concerned, but these considerations clearly fall within the analysis of identity of cause, which the appellant has confused with an alleged additional substantive condition of “equivalence of jurisdiction”.

B. *Is There Identity of Object?*

The appellant submits that there is no identity of object between the two actions brought in the Federal Court and the Superior Court. Though in both cases it is claiming one million dollars in compensation for the same damage, the appellant notes that in the Federal Court it is seeking an additional amount for costs of investigation and proceedings. This additional claim, allowed by s. 31.1(1) of the Act—which has no equivalent in Quebec law—is in the appellant’s submission a bar to a finding of identity of object. The appellant further notes that in the Superior Court it is claiming compensation under art. 1056c *C.C.L.C.*, a claim which is impossible in the Federal Court. Let us first see what the writers have to say on the question of object.

In *Traité de droit civil du Québec*, vol. 9, 1965, at pp. 478-79, Nadeau and Ducharme define the “object” of an action at law as follows:

[TRANSLATION] In an action the object is the right which the plaintiff is exercising; it is the immediate legal benefit he seeks to have recognized by the court.

It is thus not necessary for the two actions to have identical conclusions; it will suffice if the object of the second action is implicitly included in the object of the first . . . [References omitted.]

In *Le droit civil canadien*, vol. 6, 1902, discussing the conditions necessary for *res judicata*, Mignault writes the following comment on the object of an action, at p. 105:

[TRANSLATION] It is of course the immediate legal benefit which is being sought in bringing it, namely the right the party is seeking to assert . . .

Je suis donc d’avis que les deux tribunaux impliqués sont tous deux compétents relativement aux demandes dont ils ont respectivement été saisis. Il est entendu que les considérations relatives aux différences de substance entre les deux recours intentés touchent nécessairement la compétence des tribunaux impliqués, mais ces considérations relèvent clairement de l’analyse portant sur l’identité de cause, que l’appelante a confondue avec une prétendue condition de fond supplémentaire d’«équivalence des compétences».

B. *Y a-t-il identité d’objet?*

L’appelante soumet qu’il n’y a pas identité d’objet entre les deux recours intentés en Cour fédérale et en Cour supérieure. Bien qu’elle réclame dans les deux cas un million de dollars en réparation du même préjudice, l’appelante souligne qu’elle demande en Cour fédérale une somme supplémentaire pour les frais d’enquête et de procédures. Cette réclamation supplémentaire, permise par le par. 31.1(1) de la Loi—qui ne trouve pas d’équivalent en droit québécois—empêcherait, selon l’appelante, de conclure à l’identité d’objet. L’appelante note au surplus qu’elle réclame en Cour supérieure l’indemnité de l’art. 1056c *C.c.B.-C.*, réclamation impossible devant la Cour fédérale. Voyons d’abord ce que les auteurs nous disent sur la notion d’objet.

Nadeau et Ducharme, dans le *Traité de Droit civil du Québec*, t. 9, 1965, aux pp. 478 et 479, définissent comme suit l’«objet» d’une action en justice:

L’objet, dans une action, c’est le droit que le plaideur exerce; c’est le bénéfice juridique immédiat qu’il veut faire reconnaître par le tribunal.

Il n’est donc pas nécessaire que les deux demandes concluent à des condamnations identiques; il suffit que l’objet de la seconde action soit implicitement compris dans l’objet de la première . . . [Les renvois sont omis.]

Dissertant dans son traité *Le droit civil canadien*, t. 6, 1902, sur les conditions requises pour qu’il y ait chose jugée, Mignault écrit sur l’objet d’une demande le commentaire suivant, à la p. 105:

C’est évidemment le bénéfice juridique immédiat qu’on recherche en la formant, soit le droit dont on poursuit l’exécution . . .

... but it is important to complete the rule by saying that it is not necessary for the two actions to have exactly the same conclusion: *res judicata* will exist when the object of the second action is implicitly included in the object of the first.

In the present case the appellant is seeking in both actions, as an immediate legal benefit, full compensation for its damage, which it sets at one million dollars. The only difference lies in the fact that the appellant is also claiming an additional amount under s. 31.1(1) of the Act in the Federal Court, while in the Superior Court it is claiming the indemnity under art. 1056c *C.C.L.C.* Is this difference sufficient to distinguish the two actions with respect to object? I do not think so.

The writers agree that the identity of what is claimed in each of the actions does not have to be absolute for there to be identity of object. It is readily admitted that when the claim is for a sum of money, complete identity of the amounts sought is not necessary; this was recognized by this Court in *Cargill Grain Co.*, *supra*. Taschereau C.J. said, at p. 597:

The mere fact that the amounts claimed in the two litigations may differ does not alter the nature of the object.

It is true that the present case does not involve a greater or additional amount claimed under the same rule of law, but in my view the separate indemnities claimed by the appellant in the two proceedings do not affect the true object of the actions, which in either case is compensation for a single instance of damage, set at one million dollars. The indemnities which differ between the actions are added onto the main head of damages, and are in my opinion only incidental. It is hard to see how these indemnities could be claimed in a separate action; they depend on the main action and have no independent existence. The incidental nature of the additional indemnity under art. 1056c *C.C.L.C.* has been recognized by this Court: *Travelers Insurance Co. of Canada v. Corriveau*, [1982] 2 S.C.R. 866, at p. 876. In my view, the same is true for the compensation ordered for

... mais il importe de compléter la règle en disant qu'il n'est pas nécessaire que les deux demandes concluent identiquement à la même condamnation, mais qu'il y aura chose jugée dès que l'objet de la seconde action se trouve implicitement compris dans l'objet de la première.

En l'espèce, l'appelante cherche à obtenir dans les deux actions, comme bénéfice juridique immédiat, l'indemnisation intégrale de son préjudice, qu'elle chiffre à un million de dollars. La seule différence réside dans le fait que l'appelante réclame aussi une somme supplémentaire suivant le par. 31.1(1) de la Loi devant la Cour fédérale alors qu'en Cour supérieure, elle réclame l'indemnité de l'art. 1056c *C.c.B.-C.* Cette différence est-elle suffisante pour distinguer les deux demandes quant à l'objet? Je ne le crois pas.

Les auteurs s'accordent pour dire que l'identité de ce qui est réclamé dans l'une et l'autre des demandes n'a pas à être absolue pour que l'on puisse conclure à l'identité d'objet. Il est bien admis que lorsqu'il s'agit de la réclamation d'un montant d'argent, l'identité parfaite des sommes demandées n'est pas requise; notre Cour l'a reconnu dans l'arrêt *Cargill Grain Co.*, précité. Le juge en chef Taschereau y affirmait, à la p. 597:

[TRADUCTION] Le seul fait que les montants réclamés dans les deux litiges puissent différer ne change rien à la nature de l'objet.

Il est vrai qu'il ne s'agit pas ici d'un montant supérieur ou additionnel réclamé en vertu de la même règle de droit mais à mon avis, les indemnités distinctes réclamées par l'appelante dans les deux instances ne touchent pas le véritable objet des demandes qui est, dans un cas comme dans l'autre, la réparation d'un seul et même préjudice chiffré à un million de dollars. Les indemnités qui diffèrent d'une demande à l'autre viennent se greffer au chef de dommage principal et n'en sont à mon avis que les accessoires. Il serait en effet difficilement concevable que l'on puisse réclamer ces indemnités dans une action distincte; elles dépendent du principal et n'ont aucune existence indépendante. Ce caractère accessoire a été reconnu par notre Cour à l'égard de l'indemnité additionnelle de l'art. 1056c *C.c.B.-C.*: *Compagnie d'assurance Travelers du Canada c. Corriveau*,

investigation costs incurred in order to assert rights under the Act.

Full compensation for the damage, estimated at one million dollars, is thus the essential object of the two actions; the further indemnities claimed are purely incidental and cannot affect the identity of object in the present case.

C. *Is There Identity of Cause?*

Finally, the appellant suggests that the Court of Appeal erred in concluding that identity of cause existed solely on the basis of identity of facts. As mentioned earlier, McCarthy J.A. emphasized the similarity of facts in his analysis of the identity of cause, at p. 50:

[TRANSLATION] However, in both actions the same legal facts are the basis in law of the benefit which is the object of the action.

I am of the view that in this regard the judgment *a quo* may in fact disclose some confusion that requires clarification. It is true that the acts alleged against the respondents appear to be the same in both actions, but I do not think that this is sufficient for a conclusion of identity of cause. This concept is extremely difficult to define: the lack of certainty among writers regarding the definition of its elements provides ample evidence of this.

Nadeau and Ducharme, *op. cit.*, describe cause as follows in their text, at p. 482:

[TRANSLATION] The cause is the legal source of the obligation. It is the legal fact which serves as a basis for the right claimed, such as a contract, quasi-contract, delict or quasi-delict, or the substantive argument put forward by the defence: novation, prescription and so on . . . in order to have the action dismissed. [Emphasis added.]

Using the language of Mourlon, Chauveau gives the following definition of cause in *De l'autorité de la chose jugée en matière civile* (1903), No. 119, at p. 108:

[TRANSLATION] Let us define cause in actions: it is, Mourlon says, the principle giving rise to the right or benefit which was the object of the action; in other words, the legal fact which gave rise to the right

[1982] 2 R.C.S. 866, à la p. 876. À mon avis, il en va de même pour l'indemnité accordée pour les frais d'enquête encourus pour faire valoir ses droits en vertu de la Loi.

^a La réparation intégrale du préjudice évalué à un million de dollars constitue donc l'objet essentiel des deux demandes; les indemnités par ailleurs réclamées sont purement accessoires et ne sauraient en l'espèce modifier l'identité d'objet.

C. *Y a-t-il identité de cause?*

L'appelante suggère finalement que la Cour d'appel a erré en concluant à l'identité de cause sur la seule base d'une identité de faits. Le juge McCarthy, je le rappelle, a insisté sur la similitude des faits dans son analyse sur l'identité de cause, à la p. 50:

^d Cependant, dans les deux actions les mêmes faits juridiques constituent le fondement légal du bénéfice, objet de la demande.

Je suis d'avis que le jugement dont appel peut effectivement à cet égard révéler une certaine confusion commandant une mise au point. Il est vrai que les faits et gestes reprochés aux intimés semblent être les mêmes dans les deux actions, mais je ne crois pas que cela puisse être suffisant pour conclure à l'identité de cause. Cette notion est extrêmement difficile à cerner; le flottement doctrinal sur la définition de ses éléments en témoigne éloquemment.

^g Nadeau et Ducharme, *op. cit.*, décrivent la cause comme suit dans leur traité, à la p. 482:

^h La cause est la source juridique de l'obligation. C'est le fait juridique qui sert de fondement au droit réclamé, tels le contrat, le quasi-contrat, le délit ou le quasi-délit, ou au moyen de fond soulevé par la défense: novation, prescription, etc. . . ., et tendant à faire écarter le recours. [Je souligne.]

ⁱ Adoptant les termes de Mourlon, Chauveau donne de la cause la définition suivante dans *De l'autorité de la chose jugée en matière civile* (1903), n° 119, à la p. 108:

^j Définissons la cause dans les actions: c'est, dit Mourlon, le principe générateur du droit, ou du bénéfice qui a fait l'objet de la demande, en d'autres termes, le fait juridique qui a donné naissance au droit réclamé: ce qui

claimed—what must be established in order to win the case. [Emphasis added.]

In *La bibliothèque du Code civil de la province de Québec*, vol. IX, 1883, at p. 603, note 1, de Lorimier states:

[TRANSLATION] By *cause* is meant here the origin of or principle giving rise to the right claimed, what must be established in order to win the case . . . [Emphasis added.]

In *De la preuve en matière civile et commerciale* (1894), Langelier writes at p. 84, No. 200:

[TRANSLATION] The cause of action is thus the legal fact giving rise to the right of the plaintiff, and the fact which is an infringement of this right by the defendant. [Emphasis added.]

In *La preuve civile* (1987), Royer states at p. 292, No. 791:

[TRANSLATION] Cause is the principal act or fact which is the direct or immediate basis for the creation, alteration or extinction of an obligation. [Emphasis added.]

(On the notion of cause in this context, see also Christophe Allard, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile* (1875), at pp. 91 et seq.; Paul Bonnet, *Des éléments constitutifs de la chose jugée en matière civile dans le droit romain et dans le droit français* (1862), at pp. 113 et seq.; Paul Lacoste, *De la chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative* (3rd ed. 1914), at pp. 145 et seq.; Raymond Martin, "Les contradictions de la chose jugée", *J.C.P.* 1979.I.2938; Henri Motulsky, "Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile" *D.* 1968. Chron., p. 1; Jean Viatte, "À propos de la litispendance", *Gaz. Pal.* 1976.1. Doct. 354.).

The definitions of "cause" proposed by the various authors fall along a spectrum ranging from the raw facts to the potentially applicable abstract rule of law. The phrases "principal . . . fact which is the direct . . . basis" for the right, "legal fact which gave rise to the right claimed", "origin of or principle giving rise to the right claimed" or "legal source of the obligation" are attempts to capture in words the elusive idea of "cause", on the bridge

doit être prouvé pour obtenir gain de cause. [Je souligne.]

De Lorimier, dans *La bibliothèque du Code civil de la province de Québec*, vol. IX, 1883, à la p. 603, note 1, affirme:

On entend ici par *cause*, l'origine ou le principe générateur du droit réclamé, ce qui doit être prouvé pour obtenir gain de cause [. . .] [Je souligne.]

Langelier, dans son ouvrage intitulé *De la preuve en matière civile et commerciale* (1894), écrit quant à lui, à la p. 84, n° 200:

La cause de l'action est donc le fait juridique qui a donné naissance au droit du demandeur, et le fait qui constitue une violation de ce droit par le défendeur. [Je souligne.]

Dans son ouvrage *La preuve civile* (1987), Royer affirme à la p. 292, n° 791:

La cause est l'acte ou le fait principal qui constitue le fondement direct ou immédiat de la création, de la modification ou de l'extinction d'une obligation. [Je souligne.]

(Sur la notion de cause dans ce contexte, on verra aussi Christophe Allard, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile* (1875), aux pp. 91 et suiv.; Paul Bonnet, *Des éléments constitutifs de la chose jugée en matière civile dans le droit romain et dans le droit français* (1862), aux pp. 113 et suiv.; Paul Lacoste, *De la chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative* (3^e éd. 1914), aux pp. 145 et suiv.; Raymond Martin, «Les contradictions de la chose jugée», *J.C.P.* 1979.I.2938; Henri Motulsky, «Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile», *D.* 1968 Chron., p. 1; Jean Viatte, «À propos de la litispendance», *Gaz. Pal.* 1976.1. Doct. 354.).

Les définitions de la cause proposées par la doctrine s'inscrivent dans un spectre dont les faisceaux vont de l'ensemble factuel brut d'une part, à la règle de droit abstraite potentiellement applicable d'autre part. Les expressions «fait principal qui constitue le fondement direct» du droit, «fait juridique qui a donné naissance au droit réclamé», «origine ou [. . .] principe générateur du droit réclamé» ou «source juridique de l'obligation», sont des ten-

linking the body of facts to the legal rule in legal reasoning.

First, it is clear that a body of facts cannot in itself constitute a cause of action. It is the legal characterization given to it which makes it, in certain cases, a source of obligations. A fact taken by itself apart from any notion of legal obligations has no meaning in itself and cannot be a cause; it only becomes a legal fact when it is characterized in accordance with some rule of law. The same body of facts may well be characterized in a number of ways and give rise to completely separate causes. For example, the same act may be characterized as murder in one case and as civil fault in another. In *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile* (1975), Daniel Tomasin expressed this very clearly. At page 201, he wrote:

[TRANSLATION] It may be that under one or more provisions certain facts can be characterized differently. If the characterization chosen to attain a result has been rejected in one judgment, can a party then seek to attain the same result in reliance on a different characterization? Judging from article 1351 C.C., the answer must be in the affirmative as there is an absence [of identity] of cause between the two actions.

As a general rule, the same body of facts can thus give rise to as many causes of action as there are legal characterizations on which a proceeding can be based.

It is equally clear that a rule of law removed from the factual situation cannot be a cause of action in itself. The rule of law gives rise to a cause of action when it is applied to a given factual situation; it is by the intellectual exercise of characterization, of the linking of the fact and the law, that the cause is revealed. It would certainly be an error to view a cause as a rule of law regardless of its application to the facts considered. Accordingly, the existence of two applicable rules of law as the basis of the plaintiff's rights does not lead directly to the conclusion that two causes exist.

tatives visant à capturer par le langage la notion fuyante de cause sur le pont reliant l'ensemble factuel à la règle de droit dans le raisonnement juridique.

^a D'une part, il est clair qu'un ensemble de faits ne saurait en soi constituer une cause d'action. C'est la qualification juridique qu'on lui donne qui le transforme, le cas échéant, en un fait générateur d'obligations. Le fait détaché du domaine des obligations juridiques n'est pas significatif en soi et ne saurait constituer une cause; il ne devient fait juridique qu'en vertu d'une qualification qu'on lui attribue à la lumière d'une règle de droit. Le même ensemble de faits peut très bien se voir attribuer plusieurs qualifications donnant lieu à des causes parfaitement distinctes. Par exemple, le même geste peut être qualifié de meurtre dans une affaire et de faute civile dans une autre. Daniel Tomasin, dans son ouvrage intitulé *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile* (1975), a fort bien cerné cette réalité. Il écrit, à la p. 201:

^e Il peut arriver qu'un ou plusieurs faits puissent, au regard de certains textes, être qualifiés de façon différente. La qualification choisie pour aboutir à un résultat ayant été rejetée par un premier jugement, peut-on alors, pour atteindre ce même résultat, se fonder sur une qualification différente? À suivre l'article 1351 C. civ., la réponse doit être positive car il y a absence [d'identité] de cause entre les deux demandes.

^g En règle générale, le même ensemble de faits est donc susceptible d'engendrer autant de causes d'action qu'il y aura de qualifications juridiques pouvant donner ouverture à un recours.

^h Il est également clair d'autre part qu'une règle de droit abstraite de la réalité factuelle ne saurait en elle-même constituer une cause d'action. La règle de droit engendre la cause d'action lorsqu'on l'applique à un ensemble factuel donné; c'est par l'exercice intellectuel de la qualification, de la liaison entre le fait et le droit que la cause se révèle. Il serait certainement erroné d'assimiler la cause à une règle de droit sans égard à son application aux faits considérés. En conséquence, l'existence de deux règles de droit applicables comme fondement des droits du demandeur ne mène pas directement à la conclusion qu'il existe deux causes.

Of course, the existence of two rules of law applicable to a factual situation in practice gives rise to a duality of causes in the vast majority of cases, because separate rules generally require different legal characterizations. However, it is not the fact that there are two applicable rules which is conclusive in itself: it is the duality of legal characterizations which may result therefrom. When the essence of the legal characterization of the facts alleged is identical under either rule, it must follow that there is identity of cause. This identity of treatment is not easy to determine and in my opinion calls for a two-stage analysis when two rules are apparently applicable to the same facts.

The characterization that may result from a rule of law depends first on the legal principle the rule is based on: Jean-Paul Gilli, *La cause juridique de la demande en justice* (1962), at pp. 126 *et seq.* In matters of delictual liability, modern civil law systems have generally applied two separate principles, namely the liability attaching to wrongful acts on the one hand and the liability associated with the assumed risk on the other. Two statutory provisions based on different legal principles cannot give rise to identical causes since the fact regarded as the source of liability will necessarily be different; the legal characterization of the factual situation will similarly be different.

Pontiac Lumber Co. v. Gentil (1922), 25 Que. P.R. 118 (C.A.), provides an example of such a situation where, because of the separate principles on which they are based, two rules of law result in two separate causes with respect to the same set of facts. In that case the plaintiff had brought two actions as a result of the same accident: one under the general scheme of delictual liability and the other under the workmen's compensation legislation of the time. That legislation provided for the payment of compensation by the employer to a victim of an accident occurring "by reason of or in the course of . . . work". The Court of Appeal dismissed the exception of *lis pendens* put forward because the legal fact used as the basis of the right

Bien entendu, l'existence de deux règles de droit applicables à un ensemble de faits engendre en pratique une dualité de causes dans la vaste majorité des situations parce que des règles distinctes commandent généralement des qualifications juridiques différentes. Mais ce n'est pas le fait qu'il y ait deux règles applicables qui est en soi déterminant; c'est la dualité des qualifications juridiques qui peuvent en découler. Lorsque l'essence de la qualification juridique des faits allégués est identique sous l'empire de l'une et l'autre des règles, on doit conclure à l'identité de cause. Cette identité des qualifications est d'évaluation délicate et commande à mon sens une analyse en deux étapes lorsque deux règles sont présumément applicables aux mêmes faits.

La qualification pouvant découler d'une règle de droit est d'abord tributaire du principe juridique dont cette règle relève: Jean-Paul Gilli, *La cause juridique de la demande en justice* (1962), aux pp. 126 et suiv. En matière de responsabilité délictuelle, les régimes civilistes modernes ont généralement retenu deux principes distincts, soit la responsabilité rattachée au comportement fautif d'une part, et la responsabilité reliée au risque assumé d'autre part. Deux textes de loi relevant de principes juridiques différents ne peuvent engendrer des causes identiques puisque l'élément retenu comme fait générateur de responsabilité sera nécessairement différent; la qualification juridique de l'ensemble factuel sera différente dans la même mesure.

L'affaire *Pontiac Lumber Co. v. Gentil* (1922), 25 R.P. 118 (C.A.), fournit un exemple d'une telle situation où deux règles de droit engendrent, en raison des principes distincts dont elles relèvent, deux causes distinctes relativement au même ensemble de faits. Le demandeur avait dans cette affaire intenté deux actions à la suite du même accident: l'une en vertu du régime général de responsabilité délictuelle et l'autre en vertu de la législation de l'époque sur l'indemnisation des victimes d'accidents du travail. Cette législation prévoyait le versement d'une indemnité par l'employeur à la victime d'un accident survenu «par le fait du travail ou à l'occasion du travail». La Cour d'appel a rejeté le moyen de litispendance invoqué

was different. Rivard J.A. explained it as follows, at p. 123:

[TRANSLATION] In the first action the cause, the basis of the right, is the employer's fault.

In the second, it is the liability which the legislation imposes on the employer, whether or not he is at fault.

The workmen's compensation legislation was based on a principle of liability associated with the risk assumed in carrying on a profitable activity. The employer assumes the risks inherent in the operation of his business regardless of his conduct. Unlike the case of liability at civil law, liability is imposed regardless of any wrongful conduct. Although the two schemes offer compensation for damage for similar equitable reasons, the legislation achieves this result by a different legal principle in which the defendant's conduct is not relevant. The legal characterization of the facts is essentially different and the result is a duality of causes, regardless of the identity of the set of facts alleged.

In cases where the two provisions are based on the same legal principle, it is then necessary to examine the potential result of applying these provisions to the facts under consideration. If with respect to a given set of facts the effect produced by applying the provision relied on in the second action corresponds to the effect produced by applying the provision relied on in the first, it should be concluded that there is an identity of causes.

Let us take the example of an act of defamation committed in Quebec the victim of which, in order to obtain compensation for his damage, relies first on ss. 4 and 49 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 (the first providing for a right to the safeguard of dignity, honour and reputation and the other guaranteeing an action for damages in the event of infringement), and then on art. 1053 *C.C.L.C.* I assume that the two provisions are based on the same legal principle of liability associated with wrongful conduct. The next step therefore is to analyze the potential effects resulting from application of each of the rules on the rights and obligations of the parties. (I

parce que le fait juridique retenu comme fondement du droit différerait. Le juge Rivard l'explique comme suit à la p. 123:

^a Dans la première action, la cause, le fondement du droit, c'est la faute du patron.

Dans la seconde, c'est la responsabilité que la loi impose au patron, qu'il soit en faute ou non.

^b La législation sur les accidents du travail relevait en effet d'un principe de responsabilité relié au risque assumé dans l'exercice d'une activité profitable. L'employeur assume les risques inhérents à l'exploitation de son entreprise sans égard à son comportement. Contrairement au cas du régime de droit commun, la responsabilité y est imposée indépendamment de tout comportement fautif. Quoique les deux régimes visent la compensation du préjudice pour des raisons semblables de justice, le régime législatif y arrive par un principe juridique différent où le comportement du défendeur n'est pas pertinent. La qualification juridique des faits s'en trouve essentiellement différente et il en résulte une dualité de causes, peu importe l'identité de l'ensemble factuel allégué.

^c Dans les cas où les deux textes relèvent du même principe juridique, il y a lieu ensuite d'examiner le résultat virtuel de l'application de ces textes aux faits étudiés. Si, relativement à un ensemble factuel donné, l'effet produit par l'application du texte invoqué dans la seconde action correspond à l'effet produit par l'application du texte invoqué dans la première, il y a lieu de conclure à l'identité des causes.

^d Prenons l'exemple d'un acte de diffamation commis au Québec dont la victime, en vue d'obtenir réparation pour son préjudice, invoque d'abord les art. 4 et 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (l'un prévoyant un droit à la sauvegarde de la dignité, de l'honneur et de la réputation, et l'autre garantissant un recours en réparation en cas d'atteinte), puis l'art. 1053 *C.c.B.-C.* Je tiens pour acquis que les deux textes relèvent d'un même principe juridique de responsabilité attachée au comportement fautif. Il faut donc passer à l'analyse des effets virtuels résultant de l'application de l'une et l'autre des règles sur les droits et obligations des parties. (Je

am deliberately leaving out of account here the possibility of obtaining exemplary damages under the second paragraph of s. 49 of the *Charter* in the event of a wilful unlawful infringement of the rights protected; I therefore refrain from making any comment on the question of whether this is an independent right which may be claimed in a separate action.)

It is apparent that the concept of fault under art. 1053 *C.C.L.C.* is much more comprehensive than the idea of an infringement of dignity, honour and reputation protected by s. 4 of the *Charter*, as it covers in the abstract a much wider range of conduct. In this sense, it can be said that the victim's right to compensation results ultimately from two separate rules of law which can produce different effects, although they are based on a single legal principle. However, the point at this stage is the effect potentially produced by the application of these rules to the facts which are alleged. If the facts relied on in a second action brought under art. 1053 *C.C.L.C.* contain nothing but what may be covered in the first action by s. 4 of the *Charter*, the effect produced by each of the provisions will be identical and it will follow that the separate legal origins of the right to compensation are merged into a single cause by their application to the facts. In such a situation, the essence of the characterization given to the facts under each provision is identical. The duality as to the legal origin of the cause must then be analyzed in terms of legal argument: it will be said that the victim has a single cause of action which he or she can pursue by two legal grounds (see Raymond Martin, "Sur la notion de moyen", *J.C.P.* 1976.I.2768).

For the purposes of the present case it will suffice to note that where there is a single set of facts alleged to which two provisions are presumed to be applicable, there will be an identity of cause when the substance of each provision by the same legal principle produces an identical effect on the rights and obligations of the parties. This rule reflects the purpose of the preliminary *lis pendens* exception, which is to avoid contradictory judgments and an unnecessary and costly multiplicity

fais ici sciemment abstraction de la possibilité d'obtenir des dommages exemplaires en vertu du second alinéa de l'art. 49 de la *Charte* en cas d'atteinte illicite intentionnelle aux droits protégés; je m'abstiens donc de me prononcer sur la question de savoir s'il s'agit là d'un droit indépendant pouvant être réclamé dans une action distincte.)

b Il est manifeste que le concept de faute en vertu de l'art. 1053 *C.c.B.-C.* est beaucoup plus englobant que l'idée d'atteinte à la dignité, à l'honneur et à la réputation prévue par l'art. 4 de la *Charte* car il couvre, dans l'abstrait, un éventail beaucoup plus large de comportements. En ce sens, on peut dire que le droit de la victime à la réparation tire ultimement son origine de deux règles de droit distinctes pouvant produire des effets différents, bien qu'elles relèvent d'un principe juridique unique. Mais ce à quoi il faut s'arrêter à ce stade, c'est l'effet virtuellement produit par l'application de ces règles aux faits qui sont allégués. Si les faits invoqués dans une seconde action prise sous l'art. 1053 *C.c.B.-C.* ne comportent aucun élément autre que ceux susceptibles d'être visés dans la première action par l'art. 4 de la *Charte*, l'effet produit par l'une et l'autre des dispositions sera identique et il faudra admettre que les origines légales distinctes du droit à la réparation se confondent en une cause unique par le biais de leur application aux faits. Dans une telle situation, l'essence de la qualification donnée aux faits en vertu de l'un et l'autre des textes est identique. La dualité quant à l'origine légale de la cause doit alors s'analyser au niveau des moyens de droit: on dira que la victime dispose d'une seule cause d'action qu'elle peut soutenir par deux moyens de droit (voir Raymond Martin, «Sur la notion de moyen», *J.C.P.* 1976.I.2768).

Aux fins de la présente affaire, il suffira de retenir qu'en présence d'un ensemble factuel allégué unique auquel deux textes sont présumément applicables, on doit conclure à l'identité de cause lorsque la substance de l'un et l'autre des textes produit, par le même principe juridique, un effet identique sur les droits et obligations des parties. Cette règle reflète la finalité du moyen préliminaire de litispendance qui est d'éviter les jugements contradictoires et la multiplication inutile et

of proceedings. Keeping these premises in mind, the question now must be whether the appellant in the present case is submitting to the Superior Court the case pending in the Federal Court.

The first thing to be noted is the exact correspondence between the facts alleged by the appellant in the Superior Court and those it is alleging in the Federal Court. Paragraphs 1 to 14 contain the statement of facts in both actions and are absolutely identical.

Additionally, although parties are not generally required to make legal arguments in their pleadings, there are nevertheless certain indications in both actions as to the legal characterization of the acts alleged. In this regard the wording of the two actions is quite comprehensive in nature. In its statement of claim in the Superior Court, the appellant described the respondents' conduct as follows:

[TRANSLATION]

15. Defendant companies and defendants by their concerted action have caused plaintiff damage which it is entitled to claim for;
16. This damage is due to the fault of defendants, thereby contravening art. 1053 C.C., in that, and without limiting the generality of the foregoing:
 - (a) defendants engaged in a concerted trade practice which they are continuing by attempting to lessen unduly the price of a product, namely concrete;
 - (b) by their agreements they were engaged in an unfair trade practice;
 - (c) they subjected plaintiff to unfair competition;
 - (d) they abused their rights;

In the Federal Court the appellant alleges in its action:

[TRANSLATION]

15. Defendant companies and defendants conspired between April 1978 and December 1978 to prevent or lessen unduly competition in the supply of a product, to wit concrete, in order to otherwise restrain or injure competition in the concrete business unduly, contrary to section 32(1) of the Combines Investigation Act;

coûteuse des procédures. Gardant ces prémisses à l'esprit, il faut maintenant se demander si l'appelante soumet en l'espèce à la Cour supérieure la cause qui est pendante en Cour fédérale.

^a Soulignons d'abord l'exacte correspondance entre les faits allégués par l'appelante en Cour supérieure et ceux qu'elle allègue en Cour fédérale. Les paragraphes 1 à 14 contiennent l'exposé des faits dans les deux demandes et sont parfaitement identiques.

^b Par ailleurs, bien que les parties ne soient généralement pas tenues d'invoquer le droit dans leurs procédures, on trouvera néanmoins certains indices dans les deux demandes relativement à la qualification juridique des gestes reprochés. À cet égard, la rédaction des deux demandes revêt un caractère plutôt englobant. Dans sa déclaration en Cour supérieure, l'appelante qualifie comme suit les agissements des intimés:

15. Les compagnies défenderesses et les défendeurs de par leurs agissements concertés ont causé à la demanderesse des dommages qu'elle est en droit de réclamer;
16. Ces dommages sont dus à la faute des défendeurs contrevenant ainsi à l'article 1053 C.C. en ce que et sans restreindre la généralité de ce qui précède:
 - a) les défendeurs ont exercé une pratique commerciale concertée qu'ils continuent en tentant de diminuer indûment le prix d'un produit, à savoir le béton;
 - b) ils ont exercé, de par leurs ententes, une pratique commerciale déloyale;
 - c) ils ont fait subir à la demanderesse une concurrence déloyale;
 - d) ils ont abusé de leurs droits;

^c ^d ^e ^f ^g ^h Devant la Cour fédérale, l'appelante allègue dans sa demande:

15. Les compagnies défenderesses et les défendeurs ont comploté entre avril 1978 et décembre 1978 pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence dans la fourniture d'un produit à savoir le béton dans le but de restreindre ou compromettre indûment de quelque façon la concurrence dans le commerce du béton, le tout contrairement à l'article 32(1) de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions;

16. Defendant companies and defendants also conspired, combined and agreed with each other to unduly limit the production of concrete and to unduly restrain or injure competition in the concrete business, thereby also infringing the provisions of section 32 of the Combines Investigation Act;
17. In addition to infringing the Combines Investigation Act, defendants committed fault in that, without limiting the generality of the foregoing,
- (a) defendants engaged in a concerted trade practice which they are continuing by attempting to lessen unduly the price of a product, namely concrete;
- (b) by their agreements they engaged in an unfair trade practice;
- (c) they subjected plaintiff to unfair competition;
- (d) they abused their rights;
16. Les défenderesses et les défendeurs se sont également concertés, coalisés et ont comploté dans le but de limiter indûment la production du béton et pour restreindre ou compromettre indûment la concurrence dans le commerce du béton dérogeant également aux dispositions de l'article 32 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions;
17. En plus de déroger à la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, les défendeurs ont commis une faute en ce que sans restreindre la généralité de ce qui précède:
- (a) les défendeurs ont exercé une pratique commerciale concertée qu'ils continuent en tentant de diminuer indûment le prix d'un produit, à savoir le béton;
- (b) ils ont exercé, de par leurs ententes, une pratique commerciale déloyale;
- (c) ils ont fait subir à la demanderesse une concurrence déloyale;
- (d) ils ont abusé de leurs droits;

The actions alleged against the respondents can accordingly be analyzed in turn, if we are to believe the appellant, as fault causing damage under art. 1053 *C.C.L.C.* and as conduct giving rise to damage contrary to the provisions of public order contained in the Act. We are thus faced with a single set of facts to which two rules of law are presumed to apply. The question then is to determine, first, whether the legal principle that underlies each of the schemes is identical, and if necessary, whether the effect produced by each one on the parties' rights and obligations is similar. It will in this regard be necessary to observe the mechanisms of each scheme, as the applicable rules of evidence may sometimes touch on substance and affect the legal principle. For example, the establishment of an irrebuttable presumption of fault in a scheme of liability for wrongful conduct might very well move it into the family of liability schemes associated with assumed risk: René Savatier, Note, D.P. 1928.1.153.

In considering the scheme of delictual civil liability under general civil law, reference must be made to the traditional rules derived from art. 1053 *C.C.L.C.* to determine whether the respondents' acts constitute civil fault resulting in liability for the damage caused. In their *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle* (1971), at pp.

Les agissements reprochés aux intimés peuvent donc tour à tour s'analyser, si l'on en croit l'appelante, comme une faute ayant causé préjudice en vertu de l'art. 1053 *C.c.B.-C.* et comme un comportement générateur de préjudice allant à l'encontre des dispositions d'ordre public prévues par la Loi. On se retrouve avec une seule situation factuelle à laquelle deux règles de droit sont présument applicables. Il s'agit donc de déterminer d'abord si le principe juridique qui sous-tend chacun des régimes est identique puis, le cas échéant, si l'effet produit par l'un et l'autre sur les droits et obligations des parties est similaire. Il faut à cet égard observer les mécanismes de chacun des régimes car les règles de preuve applicables peuvent parfois toucher au fond et atteindre le principe juridique. Par exemple, l'établissement d'une présomption irréfragable de faute dans un régime de responsabilité pour comportement fautif pourrait fort bien faire passer ce régime dans la famille des responsabilités reliées au risque assumé: René Savatier, Note, D.P. 1928.1.153.

Pour ce qui est du régime de responsabilité civile délictuelle de droit commun, l'on doit s'en remettre aux règles traditionnelles dégagées de l'art. 1053 *C.c.B.-C.* pour déterminer si les agissements des intimés constituent une faute civile entraînant responsabilité pour les dommages causés. Nadeau et Nadeau, dans leur *Traité pratique de la responsa-*

221-22, Nadeau and Nadeau describe the connection between unfair competition and the delictual civil liability provisions as follows:

[TRANSLATION] 204.—(c) **Civil Code.**—Unlawful or unfair competition causing unjust damage to another falls under the civil liability of art. 1053 C.C. Actions for damages for unfair competition are brought not only under the federal statute, but also under the general principles of delictual civil liability. [References omitted.]

205.—**Forms of unfair competition.**—In general it can be said that competition is unfair if it is contrary to the “fair practice” in the industry or business. In that case it goes beyond the limits of fairness. Our courts require proof of bad faith or at least an intent to cause injury for there to be unfair competition. [References omitted.]

For the sake of accuracy, I would also mention that unfair competition could possibly give rise to civil liability in accordance with the theory of abuse of right, which the appellant relied on in its two actions. Overall, the general rules of evidence in civil matters are applicable in principle and the action is prescribed after two years, from the time a reasonably prudent victim could have suspected the connection between the damage and the fault: Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle* (1985), p. 510, No. 1121.

As for the scheme created by the Act, reference must be made to the provisions. Section 31.1(1) states:

31.1. (1) Any person who has suffered loss or damage as a result of

(a) conduct that is contrary to any provision of Part V, or

(b) the failure of any person to comply with an order of the Commission or a court under this Act,

may, in any court of competent jurisdiction, sue for and recover from the person who engaged in the conduct or failed to comply with the order an amount equal to the loss or damage proved to have been suffered by him, together with any additional amount that the court may allow not exceeding the full cost to him of any investigation in connection with the matter and of proceedings under this section.

bilité civile délictuelle (1971), aux pp. 221 et 222, décrivent comme suit le rattachement de la concurrence déloyale au régime de responsabilité civile délictuelle:

^a 204.—(c) **Le Code civil.**—La concurrence illicite ou déloyale, qui cause un tort injuste à autrui, ressortit à la responsabilité civile de l’art. 1053 C. civ. Les actions en dommages-intérêts pour concurrence déloyale sont instruites en vertu, non seulement de la loi fédérale, mais aussi des principes généraux de la responsabilité civile délictuelle. [Les renvois sont omis.]

205.—**Les formes de la concurrence déloyale.**—On peut dire, d’une manière générale, que la concurrence est déloyale si elle est contraire aux «usages honnêtes» de l’industrie ou du commerce. C’est qu’elle dépasse alors les limites de l’équité. Nos tribunaux exigent un élément de mauvaise foi ou du moins une intention de nuire pour qu’il y ait concurrence déloyale. [Les renvois sont omis.]

^d Par souci d’exactitude, je mentionne également que la concurrence déloyale pourrait éventuellement engendrer la responsabilité civile par le biais de la théorie de l’abus de droit, que l’appelante a invoquée dans ses deux demandes. Sur le tout, les règles générales de preuve en matière civile sont en principe applicables et la prescription du recours est de deux ans, à compter du moment où la victime raisonnablement prudente peut soupçonner le lien entre le préjudice et la faute: Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle* (1985), p. 510, n° 1121.

En ce qui a trait au régime instauré par la Loi, il faut s’en remettre au texte. L’article 31.1(1) dispose:

31.1 (1) Toute personne qui a subi une perte ou un préjudice par suite

^h a) d’un comportement allant à l’encontre d’une disposition de la Partie V, ou

b) du défaut d’une personne de se conformer à une ordonnance rendue par la Commission ou une cour en vertu de la présente loi,

ⁱ peut, devant toute cour compétente, réclamer et recouvrer de la personne qui a eu un tel comportement ou a omis de se conformer à l’ordonnance, une somme égale au montant de la perte ou du préjudice qu’elle est reconnue avoir subis, ainsi que toute somme supplémentaire que la cour peut fixer et qui n’excède pas le coût total, pour elle, de toute enquête relativement à l’affaire et des procédures engagées en vertu du présent article.

The first provision of Part V reads as follows:

32. (1) Every one who conspires, combines, agrees or arranges with another person

(a) to limit unduly the facilities for transporting, producing, manufacturing, supplying, storing or dealing in any product,

(b) to prevent, limit or lessen, unduly, the manufacture or production of a product, or to enhance unreasonably the price thereof,

(c) to prevent, or lessen, unduly, competition in the production, manufacture, purchase, barter, sale, storage, rental, transportation or supply of a product, or in the price of insurance upon persons or property, or

(d) to otherwise restrain or injure competition unduly,

is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for five years or a fine of one million dollars or to both.

The Act thus creates a scheme of civil liability associated with the commission of certain wrongful acts also categorized as criminal, by creating a right of action which enables victims to be compensated for loss or damage which may result therefrom. In the rules of evidence the main difference from the general civil law provisions, essentially a minor one, is contained in s. 31.1(2), under which the record containing the conviction of a person for an offence under the Act suffices to establish under the civil liability scheme, in the absence of any evidence to the contrary, that the person was engaged in conduct contrary to the Act. At the same time, it is not stated that an acquittal under criminal law will have an exonerating effect in an action for damages. The limitation period is also two years, but under s. 31.1(4) it runs from the conduct alleged or the day on which any criminal proceedings were finally disposed of, whichever is the later.

Considering first the identity of the legal principles, it seems quite clear to me that we are dealing here with two schemes based on the same principle. Both cases involve a scheme of compensation

La première disposition de cette partie V se lit comme suit:

32. (1) est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans ou d'une amende d'un million de dollars, ou de l'une et l'autre peine, toute personne qui complot, se coalise, se concerte ou s'entend avec une autre

a) pour limiter indûment les facilités de transport, de production, de fabrication, de fourniture, d'emmagasinement ou de négoce d'un produit quelconque;

b) pour empêcher, limiter ou diminuer, indûment, la fabrication ou production d'un produit ou pour en élever déraisonnablement le prix;

c) pour empêcher ou diminuer, indûment, la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, le troc, la vente, l'entreposage, la location, le transport ou la fourniture d'un produit, ou dans le prix d'assurances sur les personnes ou les biens; ou

d) pour restreindre ou compromettre, indûment de quelque autre façon, la concurrence.

La Loi établit donc un régime de responsabilité civile rattaché à la commission de certains actes fautifs qualifiés par ailleurs de criminels, en créant un recours permettant aux victimes d'être indemnisées des pertes ou dommages qui ont pu en résulter. Eu égard aux règles de preuve, la principale différence, somme toute mineure, avec le régime de droit commun, est prévue au par. 31.1(2) selon lequel le procès-verbal constatant la condamnation d'une personne relativement à une infraction prévue par la Loi suffit pour établir sous le régime civil, sauf preuve contraire, que cette personne a eu un comportement allant à l'encontre de la Loi. En revanche, il n'est pas dit qu'un acquittement sous le régime pénal aura un effet disculpatoire dans le cadre du recours en dommages. La prescription est par ailleurs également de deux ans, mais elle court, aux termes du par. 31.1(4), à compter du comportement reproché, ou de la date de clôture définitive des procédures pénales si elle est postérieure.

Pour ce qui est d'abord de l'identité des principes juridiques, il me semble assez clair que l'on se trouve en présence de deux régimes relevant du même principe. Il s'agit dans les deux cas d'un

for civil liability based on wrongful conduct. The area of wrongful actions covered by the Act is certainly narrower than under general civil law, but it is clearly based on the same principle. In this regard, I do not think it can seriously be argued that the provisions of the Act embody the theory of assumed commercial risk. The liability created by the Act is not in any way based on commercial activity, but on the wrongful conduct that one may have in that sector of activity. I also do not see how the minor differences regarding applicable forms of proof can affect this identity of legal principles.

As to the potential effect of the schemes applied to the facts alleged, I will agree, first, that the concept of civil fault is much more all-encompassing than that of unfair competition under the Act: it covers a much wider range of factual situations. Accordingly, it has to be said that the ultimate legal origin of the appellant's right to compensation is two quite distinct rules of law. On the other hand, it is also clear that the two concepts overlap, as at first sight I cannot imagine any conduct which, falling under the Act, would not also constitute fault resulting in civil liability. In the present case it seems clear that none of the aspects of the set of facts alleged by the appellant goes beyond the area of overlap between the two concepts; this therefore is one of the rare cases in which the application of two separate rules gives rise to one and the same cause.

In its action in the Superior Court the appellant appears to make the civil fault depend on the unfair competition as defined in the Act. It is true that the idea of a certain agreement or conspiracy is a necessary component of the conduct prohibited by the Act, a component which may not be necessary for a conclusion that civil fault causing damage has been committed. In the present case, however, no fact apart from the conspiracy is alleged that could constitute civil fault causing damage. A simple refusal to sell or supply con-

régime compensatoire de responsabilité civile fondé sur le comportement fautif. Le champ des comportements reprochables visés par la Loi est certes plus restreint que celui du régime de droit commun, mais il repose clairement sur un principe identique. À cet égard, je ne crois pas que l'on puisse sérieusement prétendre trouver dans le régime législatif une consécration de la théorie du risque commercial assumé. La responsabilité prévue par la Loi ne repose aucunement sur l'activité commerciale, mais bien sur le comportement reprochable que l'on peut avoir dans ce secteur d'activité. Je ne crois pas non plus que les différences mineures quant aux moyens de preuve applicables puissent modifier cette identité de principes juridiques.

En ce qui concerne l'effet virtuel des régimes appliqués aux faits allégués, je conviendrai d'abord que le concept de faute civile est beaucoup plus englobant que celui de concurrence déloyale au sens de la Loi; il couvre un éventail beaucoup plus vaste de situations factuelles. Il faut donc admettre que le droit de l'appelante à la réparation trouve son origine légale ultime en deux règles de droit bien distinctes. En revanche, il est également manifeste que les deux notions se chevauchent car, de prime abord, je ne peux envisager aucun comportement qui, tombant sous le coup de la Loi, ne constituerait pas en outre une faute entraînant la responsabilité civile. En l'espèce, il semble bien qu'aucun des aspects de l'ensemble de faits allégués par l'appelante ne dépasse l'aire de chevauchement des deux notions; il s'agirait donc de l'un des rares cas où l'application de deux règles distinctes ne donne lieu qu'à une seule et même cause.

En effet, dans sa demande en Cour supérieure, l'appelante semble faire découler la faute civile de la concurrence déloyale telle que définie par la Loi. Il est vrai que l'idée d'une certaine entente ou coalition est une composante nécessaire du comportement interdit par la Loi, composante qui peut ne pas être requise pour conclure à la commission d'une faute civile causant préjudice. Mais en l'espèce, aucun fait outre la coalition n'est allégué qui puisse constituer une faute civile causant préjudice. Le simple refus de vendre ou de fournir le

crete, in the absence of special legislation or circumstances, which were not alleged, could not give rise to delictual civil liability apart from the conspiracy. Similarly, the concept of abuse of rights relied on by the appellant does not correspond to anything in the facts alleged that is not covered by the concept of unfair competition defined in the Act. The facts alleged in the pleadings, which I assume here to be true, therefore fall completely within the area where the two schemes overlap. The result is that the effect produced by each of the provisions will be the same: the essence of the legal characterization of the facts is identical.

With regard to differences in the applicable rules of prescription, it is true that they may in practice give rise to a different outcome in the application of the two schemes. However, I do not think they should be considered for the purposes of this analysis. Prescription is not in any way a part of the substance of the schemes. It is only an incidental condition for giving effect to them, which has nothing to do with the substance of the cause of action on which the court is required to rule and about which the question of *lis pendens* arises. The minor differences regarding prescription alleged in the present case therefore cannot affect the identity of the legal characterizations.

My conclusion in no way implies that there is in the abstract a direct correspondence between the conduct prohibited by the Act and the concept of civil fault causing damage, or that a judgment denying the existence of an act of unfair competition under the Act will in all cases be conclusive as to the existence of fault causing damage. In the present case the facts which the appellant associates with civil fault causing it damage are characterized as to each of their components, on the face of the pleadings, as acts of unfair competition within the meaning of the Act. In the first *Rocois* case, this Court excluded in general from the Federal Court's jurisdiction the aspects of the claim not falling under the Act; in the present case it can be seen from the pleadings that no aspect of the factual situation alleged falls outside this particular framework.

béton, à moins de dispositions législatives ou de circonstances particulières, ce qui n'est pas allégué, ne saurait entraîner de responsabilité civile délictuelle indépendamment de la coalition. De même, la notion d'abus de droit invoquée par l'appelante ne correspond à rien dans les faits allégués qui ne soit couvert par la notion de concurrence déloyale définie dans la Loi. Les faits allégués dans les procédures, dont je présume ici de la véracité, tombent donc complètement dans l'aire de chevauchement des deux régimes. Il en résulte que l'effet produit par l'une et l'autre des dispositions sera le même; l'essence de la qualification juridique donnée aux faits est identique.

En ce qui a trait aux différences quant aux règles de prescription applicables, il est vrai qu'elles peuvent en pratique engendrer une différence de résultat dans l'application des deux régimes. Mais je ne crois pas qu'elles doivent être considérées aux fins de cette analyse. La prescription ne participe aucunement à la substance des régimes. Elle n'est qu'une modalité accessoire de mise en œuvre qui n'a rien à voir avec la substance de la cause d'action sur laquelle le tribunal est appelé à se prononcer et dont on se demande si elle est déjà pendante. Les différences mineures alléguées en l'espèce relativement à la prescription ne sauraient donc modifier l'identité des qualifications juridiques.

Ma conclusion n'implique aucunement qu'il y a dans l'abstrait correspondance directe entre le comportement interdit par la Loi et la notion de faute civile causant préjudice, ou encore qu'un jugement niant l'existence d'un acte de concurrence déloyale en vertu de la Loi sera dans tous les cas déterminant quant à l'existence d'une faute ayant causé préjudice. En l'espèce, les faits que l'appelante associe à une faute civile lui ayant causé préjudice se qualifient dans chacun de leurs éléments, à la face même des procédures, comme des actes de concurrence déloyale au sens de la Loi. Dans la première affaire *Rocois*, notre Cour a écarté d'une façon générale de la compétence de la Cour fédérale les aspects de la réclamation ne tombant pas sous le coup de la Loi; en l'espèce, l'examen des procédures révèle qu'aucun élément de l'ensemble de faits allégués ne tombe à l'extérieur de ce cadre particulier.

In the final analysis, it appears that the substance of each of the schemes produces by the same legal principle an identical effect on the rights and obligations of the parties. The essence of the legal characterization given to the facts under either of the schemes is thus identical: there is identity of cause in the present case. Returning to the ultimate purpose served by the preliminary exception of *lis pendens*, there is a risk of contradiction between the judgments to be rendered and a completely needless and in all respects costly duplication of proceedings. If the possibility of a second judgment were admitted, the latter would be one of two things: inconsistent with the first or devoid of any practical effect.

Having said this, I think one final comment should be made before I conclude my reasons. Though the criteria applicable to *res judicata* also govern *lis pendens*, it must be borne in mind that the basis of the analysis is essentially different in the latter case. When the question is whether there is *res judicata*, the court in question has at its disposal a judgment the language and scope of which it can assess, and this allows it to determine just how far the authority of *res judicata* should be attributed to it. In a case of *lis pendens*, the only guides available to the court are the pleadings submitted in both cases. The result is that determination of the case will rest on allegations that must be taken as proven for purposes of the analysis. The legal characterization given to the facts at this preliminary stage is accordingly a matter of hypothesis, and for this reason it is a delicate exercise requiring great caution, for the mistaken dismissal of an action on grounds of *lis pendens* means the final denial of a litigant's rights, without the case being considered on the merits. The serious consequences that flow from this mean that in case of doubt the preliminary exception should be dismissed, leaving the defendant with the option of later submitting an exception respecting *res judicata*. In the present case I have no doubt that the three identities exist.

IV—Conclusion

In conclusion I would dismiss both appeals without costs.

En fin d'analyse, on constate que la substance de l'un et l'autre des régimes produit, par le même principe juridique, un effet identique sur les droits et obligations des parties. L'essence de la qualification juridique donnée aux faits en vertu de l'un et l'autre des régimes est donc identique; il y a en l'espèce identité de cause. Si l'on revient à la finalité servie par le moyen préliminaire de litispendance, il en résulte un risque de contradiction entre les jugements à rendre et un dédoublement parfaitement inutile et à tous égards coûteux des procédures. Si la possibilité d'un second jugement était admise, ce dernier serait, de deux choses l'une, ou incompatible avec le premier, ou dépourvu d'effet utile.

Cela dit, je crois qu'un dernier commentaire s'impose avant de conclure mes motifs. Bien que les critères applicables à la chose jugée régissent également la litispendance, il convient de garder à l'esprit que le fondement de l'analyse est essentiellement différent en cette dernière matière. Lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a chose jugée, le tribunal saisi a à sa disposition un jugement dont il peut évaluer les termes et la portée, ce qui lui permet de cerner de manière précise l'autorité relative de chose jugée qui devrait lui être reconnue. En matière de litispendance, les seuls guides dont dispose le tribunal sont les actes de procédure soumis dans les deux instances. Il en résulte que la détermination de la cause repose sur des allégations que l'on doit tenir pour avérées aux fins de l'analyse. La qualification juridique donnée aux faits à ce stade préliminaire relève en conséquence du domaine de l'hypothèse et pour cette raison, il s'agit d'un exercice délicat commandant une grande prudence. Car le rejet erroné d'une action pour cause de litispendance entraîne la négation définitive des droits d'un justiciable, sans examen de l'affaire au mérite. Les graves conséquences qui en découlent exigent de conclure en cas de doute au rejet de ce moyen préliminaire, laissant au défendeur la possibilité de soulever le moyen relatif à la chose jugée par la suite. En l'espèce, je n'ai aucun doute sur la présence des trois identités.

IV—Conclusion

En conclusion, je rejetterais les deux pourvois sans frais.

Appeals dismissed.

Solicitors for the appellant: Gaudreau & St-Cyr, Québec.

Solicitors for the respondent and mis en cause ^a *Dominion Ready Mix Inc. et al.: McCarthy Tetrault, Montréal.*

Solicitors for the mis en cause and respondents ^b *Québec Ready Mix Inc. et al.: Stein, Monast, Pratte & Marseille, Québec.*

Pourvois rejetés.

Procureurs de l'appelante: Gaudreau & St-Cyr, Québec.

Procureurs des intimés et mis en cause Dominion Ready Mix Inc. et autres: McCarthy Tetrault, Montréal.

Procureurs des mis en cause et intimés Québec Ready Mix Inc. et autres: Stein, Monast, Pratte & Marseille, Québec.

Télé-Métropole Inc. Appellant

v.

Michael Bishop Respondent

INDEXED AS: BISHOP v. STEVENS

File No.: 20695.

1990: March 30; 1990: August 16.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Copyright — Infringement — Prerecording of song for broadcast purposes — Whether right to broadcast a musical work includes the incidental right to make an "ephemeral" recording beforehand — Whether composer implicitly consented to ephemeral recordings in granting a licence to broadcast performances of his work — Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30, ss. 2, 3(1), 17(1).

Respondent Bishop composed the music and lyrics to a song and sent a copy, with the appropriate forms, to a British association which acts to protect and enforce its members' copyrights. This association is affiliated with the Composers, Authors and Publishers Association of Canada (CAPAC). Stevens, a singer, subsequently recorded the song without entering into any agreement with Bishop and arranged with appellant Télé-Métropole to appear on certain television shows in order to publicize it. Télé-Métropole broadcast two performances of the song using a prerecorded tape. It gave due notification and paid the appropriate fees for the broadcast performances to CAPAC, and the payments were eventually forwarded to Bishop.

Bishop alleged that Télé-Métropole had infringed his copyright by recording the song without his permission, even though the recording was to be used only for the two broadcasts. The trial judge found that Télé-Métropole's prerecording infringed Bishop's copyright. The Federal Court of Appeal dismissed the appeal on this issue.

Held: The appeal should be dismissed.

The right to broadcast a performance under s. 3(1) of the *Copyright Act* does not include the right to make

* Chief Justice at the time of judgment.

Télé-Métropole Inc. Appelante

c.

Michael Bishop Intimé

a

RÉPERTORIÉ: BISHOP c. STEVENS

N° du greffe: 20695.

1990: 30 mars; 1990: 16 août.

b

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

c

Droit d'auteur — Violation — Préenregistrement d'une chanson à des fins de radiodiffusion — Le droit de diffuser une œuvre musicale comporte-t-il le droit accessoire d'effectuer un préenregistrement «éphémère»? — Le compositeur a-t-il implicitement consenti à des enregistrements éphémères en accordant une licence qui autorise la radiodiffusion des exécutions de son œuvre? — Loi sur le droit d'auteur, S.R.C. 1970, ch. C-30, art. 2, 3(1), 17(1).

e

L'intimé Bishop a composé la musique et les paroles d'une chanson et en a fait parvenir une copie, avec les formules appropriées, à une association britannique pour la protection et le respect des droits d'auteurs appartenant à ses membres. Cette association est affiliée à l'Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada (CAPAC). Stevens, un chanteur, a par la suite enregistré la chanson sans conclure d'entente avec Bishop et a pris des dispositions avec l'appelante Télé-Métropole afin de paraître à certaines émissions télévisées pour faire de la publicité à l'enregistrement. Télé-Métropole a diffusé deux fois des exécutions de la chanson en se servant d'un ruban préenregistré. Elle a donné l'avis prévu et payé les droits afférents à la CAPAC; les droits pour les exécutions télévisées ont finalement été remis à Bishop.

h

Bishop a allégué que Télé-Métropole avait violé son droit d'auteur en enregistrant la chanson sans son consentement, bien que l'enregistrement ait été destiné à servir uniquement aux deux diffusions. Le juge de première instance a conclu que le préenregistrement de Télé-Métropole violait le droit d'auteur de Bishop. La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel sur cette question.

i

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le droit de diffuser l'exécution d'une œuvre en vertu du par. 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* ne comporte

* Juge en chef à la date du jugement.

“ephemeral” recordings beforehand for the purpose of facilitating the broadcast. Copyright law is purely statutory law which simply creates rights and obligations as set out in the statute. The right to perform and the right to record a work are separately enumerated in s. 3(1). They are distinct rights in theory and in practice and are generally assigned separately, and administered by different entities. Section 3(1)(d) provides that copyright includes the sole right to make any record or other contrivance by means of which the work may be mechanically performed or delivered, and nothing in this section restricts its application to recordings made for the purpose of reproduction and sale. If a recording made for any purpose, even one not prejudicial to the copyright holder, is not authorized by the copyright holder then it is an infringement of his rights. A literal reading of s. 3(1)(d) does not prohibit the practice of prerecording: it simply requires a broadcaster to make the appropriate arrangements with the holder of the recording rights. An implied exemption to the literal meaning of s. 3(1)(d) is all the more unlikely in light of the detailed and explicit exemptions in s. 17(2) of the Act.

Ephemeral recordings are a very convenient device for broadcasters and their use is widespread, but they are also subject to abuse. In other countries, where the right to make ephemeral recordings as an adjunct of broadcast performances is recognized by statute, conditions are imposed on the broadcaster limiting the time for which an ephemeral recording may be kept and the use to which it may be put. Strict safeguards are necessary; these should be decided on by the legislature and not the courts.

Respondent did not implicitly consent to the ephemeral recordings in granting a licence to broadcast performances of his work. CAPAC powers are confined to performances and do not extend to contrivances for the reproduction of the performance. CAPAC can only grant licences which lie within its powers. Since the right to perform does not include the right to make ephemeral recordings, the CAPAC licence is confined to performance and cannot extend to the right to make ephemeral recordings.

Cases Cited

Referred to: *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 357; *Ash v. Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd.*, [1936] 2 All E.R. 1496; *Performing Right*

pas le droit de faire des enregistrements éphémères afin de faciliter la radiodiffusion. Le droit d'auteur a pour seule source la législation qui crée simplement les droits et obligations établis dans le texte législatif. Le droit d'exécuter une œuvre et le droit de faire un enregistrement sont mentionnés de façon distincte au par. 3(1). Ce sont des droits distincts en théorie et en pratique, et ils sont ordinairement cédés séparément et administrés par des organismes différents. L'alinéa 3(1)d) édicte que le droit d'auteur comporte le droit exclusif de confectionner toute empreinte ou tous autres organes quelconques, à l'aide desquels l'œuvre pourra être exécutée ou représentée ou débitée mécaniquement et rien dans cet alinéa ne limite son application aux enregistrements effectués aux fins de reproduction et de vente. Un enregistrement fait dans n'importe quel but, même non préjudiciable au titulaire du droit d'auteur, sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, constitue une violation de ses droits. Le sens littéral de l'al. 3(1)d) n'interdit nullement la pratique du préenregistrement: il oblige seulement le radiodiffuseur à obtenir l'autorisation du titulaire des droits d'enregistrement. Une exception implicite au sens littéral de l'al. 3(1)d) est d'autant moins plausible que le par. 17(2) de la Loi prévoit des exceptions expresses et détaillées.

Les enregistrements éphémères sont très utiles aux radiodiffuseurs qui s'en servent beaucoup, mais ils peuvent aussi donner lieu à des abus. Dans d'autres pays, où le droit d'effectuer des enregistrements éphémères est reconnu par la loi comme étant accessoire à la diffusion des exécutions, des conditions sont imposées aux radiodiffuseurs quant à la durée de conservation des enregistrements éphémères et quant à leur utilisation. Des mesures strictes de protection sont nécessaires; c'est au législateur, non aux tribunaux, qu'il appartient de les prendre.

L'intimé n'a pas implicitement consenti aux enregistrements éphémères quand il a accordé une licence de radiodiffusion des exécutions de son œuvre. Les pouvoirs de CAPAC se limitent à l'exécution et ne s'appliquent pas aux moyens de reproduction des exécutions. CAPAC ne peut céder de licence que pour les droits qu'elle contrôle. Puisque le droit d'exécution ne comporte pas celui d'effectuer des enregistrements éphémères, il s'ensuit que la licence délivrée par CAPAC se limite à l'exécution de l'œuvre et ne peut s'étendre au droit d'effectuer des enregistrements éphémères.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357; *Ash v. Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd.*, [1936] 2 All E.R. 1496; *Performing*

Society, Ltd. v. Hammond's Bradford Brewery Co., [1934] 1 Ch. 121; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750.

Statutes and Regulations Cited

Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30, ss. 2, 3, 13, 17, 19, 48, 49, 50.
Copyright Act, 1956 (U.K.), 4 & 5 Eliz. II, c. 74, s. 6(7).
Revised Berne Convention, Schedule II of the *Copyright Act*, R.S.C. 1970, c. C-30, arts. 1, 11, 13, 14.
Rome Copyright Convention, 1928, Schedule III of the *Copyright Act*, R.S.C. 1970, c. C-30, art. 11 (*bis*).
Rules of the Supreme Court of Canada, s. 29(2).
Television Broadcasting Regulations, C.R.C. 1978, c. 381, s. 5(5).

Authors Cited

Canada. Consumer and Corporate Affairs. *From Gutenberg to Telidon: A White Paper on Copyright*. Ottawa: Department of Communications, 1984.
 Canada. Parliament. House of Commons. Sub-Committee on the Revision of Copyright. *Government Response to the Report of the Sub-Committee on the Revision of Copyright*. Ottawa: Government of Canada, 1986.
 Canada. Parliament. House of Commons. Sub-Committee on the Revision of Copyright. *A Charter of Rights for Creators: Report of the Sub-Committee on the Revision of Copyright*. Ottawa: The Sub-Committee, 1985.
 Canada. Royal Commission on Patents, Copyright, Trade Marks and Industrial Design. *Report on Copyright* (the Ilsley Report). Ottawa: Queen's Printer, 1957.
 Fox, H. G. *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (2nd ed.). Toronto: Carswells, 1967.
 Keyes, A. A. and C. Brunet. *Copyright in Canada: Proposals for a Revision of the Law*. Ottawa: Consumer and Corporate Affairs Canada, 1977.
 Sanderson, P. *Musicians and the Law in Canada*. Toronto: Carswells, 1985.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1987), 80 N.R. 302, 18 C.P.R. (3d) 257, 16 C.I.P.R. 243, dismissing in part an appeal from a judgment of Strayer J., [1985] 1 F.C. 755, 4 C.P.R. (3d) 349, allowing respondent's action for copyright infringement. Appeal and cross-appeal dismissed.

Right Society, Ltd. v. Hammond's Bradford Brewery Co., [1934] 1 Ch. 121; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750.

a Lois et règlements cités

Convention de Berne révisée, Annexe II de la *Loi sur le droit d'auteur*, S.R.C. 1970, ch. C-30, art. 1, 11, 13, 14.
Convention de Rome sur le droit d'auteur, 1928, Annexe III de la *Loi sur le droit d'auteur*, S.R.C. 1970, ch. C-30, art. 11 (*bis*).
Copyright Act, 1956 (R.-U.), 4 & 5 Eliz. II, ch. 74, art. 6(7).
Loi sur le droit d'auteur, S.R.C. 1970, ch. C-30, art. 2, 3, 13, 17, 19, 48, 49, 50.
Règlement sur la télédiffusion, C.R.C. 1978, ch. 381, art. 5(5).
Règles de la Cour suprême du Canada, art. 29(2).

d Doctrine citée

Canada. Commission royale sur les brevets, le droit d'auteur, les marques de commerce et les dessins industriels. *Rapport sur le droit d'auteur*, (Rapport Ilsley). Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1957.
 Canada. Consommation et Corporations. *De Gutenberg à Télidon, Livre blanc sur le droit d'auteur*. Ottawa: Ministère des Communications, 1984.
 Canada. Parlement. Chambre des communes. Sous-comité sur la révision de la Loi sur le droit d'auteur. *Réponse du gouvernement au rapport du sous-comité sur la révision de la Loi sur le droit d'auteur*. Ottawa: Gouvernement du Canada, 1986.
 Canada. Parlement. Sous-comité sur la révision de la Loi sur le droit d'auteur. *Une Charte des droits des créateurs: Rapport du sous-comité sur la révision de la Loi sur le droit d'auteur*. Ottawa: Chambre des communes, 1985.
 Fox, H. G. *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (2nd ed.). Toronto: Carswells, 1967.
 Keyes, A. A. et C. Brunet. *Le droit d'auteur au Canada: Propositions en vue d'une révision de la Loi*. Ottawa: Consommation et Corporations Canada, 1977.
 Sanderson, P. *Musicians and the Law in Canada*. Toronto: Carswells, 1985.

i POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1987), 80 N.R. 302, 18 C.P.R. (3d) 257, 16 C.I.P.R. 243, qui a rejeté en partie un appel d'un jugement du juge Strayer, [1985] 1 C.F. 755, 4 C.P.R. (3d) 349, qui avait accueilli l'action de l'intimé en violation de droit d'auteur. Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

Jacques A. Léger and Laurent Carrière, for the appellant.

Roger T. Hughes, Q.C., and *John N. Allport*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J.—The principal issue in this case is whether the right to broadcast a musical work in accordance with the *Copyright Act*, R.S.C. 1970, c. C-30 (now R.S.C., 1985, c. C-42), includes the incidental right to make an “ephemeral” recording beforehand for the sole purpose of facilitating the broadcast.

The appellant Télé-Métropole Inc. operates a television broadcasting business. The respondent Bishop is a musician, who composed the music and lyrics to a song entitled “Stay”. He sent a copy, with the appropriate forms, to the Performing Rights Society (PRS) of Great Britain, which is an association for the protection and enforcement of music copyrights held by its members. That association is affiliated with a similar association in Canada, the Composers, Authors and Publishers Association of Canada (CAPAC), which administers rights held by PRS and its members within Canada. CAPAC is a “performing rights society” as contemplated by s. 48 (now s. 66) of the *Copyright Act*, and is entitled to collect fees for performing rights of its members and affiliates according to a scale published in the *Canada Gazette*. These fees are then passed on to the copyright holder.

Stevens, a singer, subsequently heard a performance of the song, and had inconclusive discussions with the respondent about the possibility of recording it. Without entering into any agreement with the respondent, Stevens recorded the song, in both English and French (under the title “Ne t’en vas pas” (*sic*)). To publicize the recording, Stevens arranged with the appellant to appear on television shows that feature popular music. Performances of the song were broadcast by the appellant on two occasions, in each case using a prerecorded tape. The appellant, though unaware that the song was

Jacques A. Léger et Laurent Carrière, pour l’appelante.

Roger T. Hughes, c.r., et *John N. Allport*, pour l’intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—La principale question en l’espèce est de savoir si le droit de diffuser une œuvre musicale conformément à la *Loi sur le droit d’auteur*, S.R.C. 1970, ch. C-30 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-42), comporte un droit accessoire d’effectuer un enregistrement «éphémère» préalable dans le seul but de faciliter la radiodiffusion.

L’appelante Télé-Métropole Inc. exploite une entreprise de télévision. L’intimé Bishop est le musicien qui a composé la musique et les paroles d’une chanson intitulée «Stay». Il en a fait parvenir une copie, avec les formules appropriées, à la Performing Rights Society (PRS) de Grande-Bretagne, une association pour la protection et le respect des droits d’auteurs appartenant à ses membres. Cette association est affiliée à une association canadienne semblable, l’Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada (CAPAC) qui administre les droits que détiennent PRS et ses membres au Canada. CAPAC est une «société de droits d’exécution» définie à l’art. 48 (maintenant art. 66) de la *Loi sur le droit d’auteur* et elle est autorisée à percevoir des droits pour le compte de ses membres et de ses affiliés selon un barème publié dans la *Gazette du Canada*. Ces droits sont par la suite versés au titulaire du droit d’auteur.

Stevens, un chanteur, a par la suite entendu une exécution de la chanson et a tenu, avec l’intimé, des pourparlers infructueux au sujet de la possibilité de l’enregistrer. Sans conclure d’entente avec l’intimé, Stevens a enregistré la chanson, en anglais et en français (sous le titre «Ne t’en vas pas» (*sic*)). Pour faire de la publicité à l’enregistrement, Stevens a pris des dispositions avec l’appelante pour paraître à des émissions télévisées de musique populaire. L’appelante a diffusé des exécutions de la chanson à deux occasions en se servant d’un ruban préenregistré. L’appelante,

written by the respondent and not by Stevens, gave due notification and paid the appropriate fees to CAPAC, and the payments for the broadcast performances were eventually forwarded through PRS to the respondent. No specific arrangements, however, were made regarding the prerecordings used in the broadcast.

Subsequent to the broadcasts, the respondent entered into an agreement with the Canadian Musical Reproduction Rights Agency Ltd. (CMRRA), an organization for the protection of reproduction rights in music held by its members. By the terms of the agreement, CMRRA had the non-exclusive right to administer the reproduction rights in the respondent's work, including the right to take legal action (with the respondent's consent) to collect monies due or to enforce his rights.

The respondent and CMRRA brought an action against several defendants including Stevens and the appellant. By the time of the trial, only the appellant remained as defendant. The complaint against the appellant was that it had infringed the respondent's copyright by recording the song without first obtaining his permission, though the recording was intended to be used only to effect the later broadcasts (which the parties agreed involved only performing rights that the appellant had properly paid for). The appellant claimed that the right to broadcast the performances included the incidental right to make an "ephemeral" recording for the sole purpose of facilitating the broadcasts.

Strayer J., at trial, found that the respondent had copyright in the song, and that the copyright had been infringed by the appellant's prerecording, though the infringement was minimal. He awarded damages in the amount of \$150, and further ordered that the prerecordings of the performances used for the broadcast be destroyed. He held also that CMRRA was a proper party to the action in so far as it sought relief against future infringements, though it could not sue in respect of an infringement of the respondent's rights that occurred before the respondent entered into an

bien que sans savoir que l'auteur de la chanson était l'intimé et non Stevens, a donné l'avis prévu et payé les droits afférents à la CAPAC et les droits pour les exécutions télévisées ont finalement été remis à l'intimé par l'entremise de PRS. Par contre, rien de précis n'avait été prévu pour les préenregistrements utilisés dans l'émission télévisée.

b Après la diffusion des émissions, l'intimé a conclu une entente avec l'Agence canadienne des droits de reproduction musicale limitée (ACDRM), un organisme dont le rôle est de protéger les droits de reproduction sur la musique dont ses membres sont titulaires. En vertu de cette entente, ACDRM avait le privilège non exclusif d'administrer les droits de reproduction que l'intimé détenait sur son œuvre, notamment celui d'intenter une action (avec le consentement de l'intimé) pour percevoir les montants exigibles et exercer ses droits.

L'intimé et ACDRM ont intenté une action contre plusieurs défendeurs, dont Stevens et l'appelante. Au moment du procès, seule l'appelante était encore défenderesse à l'action. Il était reproché à l'appelante d'avoir violé le droit d'auteur de l'intimé en enregistrant sa chanson, sans avoir au préalable obtenu son consentement, bien que l'enregistrement ait été destiné à servir uniquement aux diffusions subséquentes (qui, les parties le reconnaissent, ne faisaient intervenir que des droits d'exécution dûment payés par l'appelante). L'appelante a soutenu que le droit de diffuser les exécutions comportait le droit incident d'effectuer un enregistrement «éphémère» destiné uniquement à faciliter les diffusions.

h En première instance, le juge Strayer a conclu que l'intimé était titulaire d'un droit d'auteur sur la chanson, que le préenregistrement fait par l'appelante violait ce droit d'auteur, même si cette violation était minime. Il a accordé 150 \$ de dommages-intérêts et ordonné la destruction des préenregistrements utilisés pour la diffusion. Il a aussi conclu que ACDRM avait qualité pour agir en ce qu'elle demandait la prévention de violations futures, bien qu'elle ne puisse agir à l'égard d'une violation des droits de l'intimé survenue avant que ce dernier ait conclu une entente avec ACDRM.

agreement with CMRRA. An appeal to the Federal Court of Appeal was allowed in part, on the issue of whether CMRRA was a proper party, but the Court, *per Pratte J.*, agreed that the prerecordings constituted an infringement of the respondent's copyright. Leave to appeal on the issue of the prerecordings was granted by this Court.

CMRRA purported to cross-appeal the holding that it was not a proper party to the action. The appellant applied to quash the cross-appeal, on the grounds that no leave had been sought, that the time limits for appealing had been exceeded, and that the issue was not one of national importance. This Court granted the motion. The respondent subsequently purported to cross-appeal on the same issue, also without seeking leave. At the hearing of the case we indicated that we did not wish to hear argument on this point.

Statutory Provisions

Copyright Act

2. ...

"performance" means any acoustic representation of a work or any visual representation of any dramatic action in a work, including a representation made by means of any mechanical instrument or by radio communication.

3. (1) For the purposes of this Act, "copyright" means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever, to perform, or in the case of a lecture to deliver, the work or any substantial part thereof in public; if the work is unpublished, to publish the work or any substantial part thereof; and includes the sole right

(d) in the case of a literary, dramatic, or musical work, to make any record, perforated roll, cinematograph film, or other contrivance by means of which the work may be mechanically performed or delivered;

(f) in case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate such work by radio communication;

and to authorize any such acts as aforesaid.

En appel, la Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel en partie, relativement à la qualité pour agir de ACDRM, mais le juge Pratte a conclu, au nom de la cour, que les préenregistrements violaient le droit d'auteur de l'intimé. Notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi sur la question des préenregistrements.

ACDRM a voulu contester par pourvoi incident la conclusion qu'elle n'avait pas qualité pour agir. L'appelante a demandé l'annulation du pourvoi incident, pour le motif qu'il n'y avait pas eu de demande d'autorisation, que le délai d'appel était expiré et que la question n'était pas d'importance nationale. Notre Cour a accueilli cette requête. L'intimé a voulu présenter plus tard un pourvoi incident sur la même question, sans avoir plus demandé d'autorisation. À l'audition, nous avons indiqué que nous ne voulions pas entendre de plaidoiries sur ce point.

Les dispositions législatives

Loi sur le droit d'auteur

e 2. ...

«représentation» ou «exécution» ou «audition» désigne toute reproduction sonore d'une œuvre, ou toute représentation visuelle de l'action dramatique qui est tracée dans une œuvre, y compris la représentation à l'aide de quelque instrument mécanique ou par transmission radiophonique.

f 3. (1) Pour les fins de la présente loi, le «droit d'auteur» désigne le droit exclusif de produire ou de reproduire une œuvre, ou une partie importante de celle-ci, sous une forme matérielle quelconque, d'exécuter ou de représenter ou, s'il s'agit d'une conférence, de débiter, en public, et si l'œuvre n'est pas publiée, de publier l'œuvre ou une partie importante de celle-ci; ce droit comprend, en outre, le droit exclusif:

h d) s'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique ou musicale, de confectionner toute empreinte, tout rouleau perforé, film cinématographique ou autres organes quelconques, à l'aide desquels l'œuvre pourra être exécutée ou représentée ou débitée mécaniquement;

i f) s'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique, de transmettre cette œuvre au moyen de la radiophonie;

j le droit d'auteur comprend aussi le droit exclusif d'autoriser les actes mentionnés ci-dessus.

17. (1) Copyright in a work shall be deemed to be infringed by any person who, without the consent of the owner of the copyright, does anything that, by this Act, only the owner of the copyright has the right to do.

Analysis

The issue in this case arises because the introduction of new technology presented a situation not contemplated by the drafters of the original Canadian *Copyright Act* in the 1920's.

The Act was based on, and designed to implement, the Berne Convention of 1886 as revised in Berlin in 1908, which set forth an international code and created a union of states "for the protection of the rights of authors over their literary and artistic works": Revised Berne Convention, Schedule II of the *Copyright Act*, Article 1. Canada is a party to that convention.

The Revised Berne Convention sets out a number of specific rights of authors (comprising also composers and artists), including Articles 11, 13 and 14:

Article 11

The stipulations of the present Convention shall apply to the public representation of dramatic or dramatico-musical works, and to the public performance of musical works, whether such works be published or not.

. . .

Article 13

The authors of musical works shall have the exclusive right of authorizing (1) the adaptation of those works to instruments which can reproduce them mechanically; (2) the public performance of the said works by means of these instruments.

. . .

Article 14

Authors of literary, scientific or artistic works shall have the exclusive right of authorizing the reproduction and public representation of their works by cinematography.

. . .

17. (1) Est considéré comme ayant porté atteinte au droit d'auteur sur une œuvre quiconque, sans le consentement du titulaire de ce droit, exécute un acte qu'en vertu de la présente loi seul ledit titulaire a la faculté d'exécuter.

Analyse

Le litige en l'espèce tient à ce que l'arrivée d'une nouvelle technologie a donné lieu à une situation que n'avaient pas prévue les rédacteurs de la première *Loi sur le droit d'auteur* au Canada, qui date des années 1920.

La Loi a été conçue pour appliquer la Convention de Berne de 1886, modifiée à Berlin en 1908, qui instituait un code international et créait une union d'États «pour la protection des droits des auteurs sur leurs œuvres littéraires et artistiques»: Convention de Berne révisée, Annexe II de la *Loi sur le droit d'auteur*, article premier. Le Canada est partie à cette convention.

La Convention de Berne révisée établit un certain nombre de droits spécifiques conférés aux auteurs (dont les compositeurs et les artistes), et prévoit notamment aux articles 11, 13, et 14:

Article 11

Les stipulations de la présente Convention s'appliquent à la représentation publique des œuvres dramatiques ou dramatico-musicales, et à l'exécution publique des œuvres musicales, que ces œuvres soient publiées ou non.

. . .

Article 13

Les auteurs d'œuvres musicales ont le droit exclusif d'autoriser: (1) l'adaptation de ces œuvres à des instruments servant à les reproduire mécaniquement; (2) l'exécution publique des mêmes œuvres au moyen de ces instruments.

. . .

Article 14

Les auteurs d'œuvres littéraires, scientifiques ou artistiques ont le droit exclusif d'autoriser la reproduction et la représentation publique de leurs œuvres par la cinématographie.

. . .

The above provisions apply to reproduction or production effected by any other process analogous to cinematography.

These specific rights find their reflection in the introductory paragraph to s. 3(1) and in s. 3(1)(d) of the *Copyright Act*. The first of these refers to the right to perform (Article 11), and the second to the right to make any record, perforated roll, cinematograph film or other contrivance by means of which the work may be mechanically performed or delivered (Articles 13 and 14).

With the advent of radio broadcasting, the Convention was further modified in 1928 by, *inter alia*, the addition of Article 11 (*bis*):

Article 11 (bis)

(1) Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing the communication of their works to the public by radiocommunication.

Canada is also a party to this round of revisions, known as the Rome Copyright Convention, 1928. Section 3(1)(f), referring explicitly to the sole right of the copyright holder to communicate the work by radio communication, was added to the *Copyright Act* in 1931 to implement the Rome agreement.

Technological progress, of course, did not stop there. As broadcasting became more advanced, the practice developed of recording a performance for broadcast later, in order to ensure greater quality and flexibility for broadcasters. A further round of revisions to the convention was undertaken in Brussels, in 1948, and as part of these revisions a paragraph (3) was added to Article 11 (*bis*):

(3) Except where otherwise provided, permission granted in accordance with paragraph (1) of this Article shall not imply permission to record the radio-diffused work by means of instruments recording sounds or images. It shall, however, be a matter for legislation in the countries of the Union to determine the regulations for ephemeral recordings made by a broadcasting body by means of its own facilities and used for its own emissions. The preservation of these recordings in official

Les dispositions qui précèdent s'appliquent à la reproduction ou production obtenue par tout autre procédé analogue à la cinématographie.

Ces droits spécifiques figurent dans l'introduction du par. 3(1) et à l'al. 3(1)(d) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Le paragraphe 3(1) mentionne le droit d'exécution (article 11), et l'al. 3(1)(d) le droit de confectonner toute empreinte, tout rouleau perforé, film cinématographique ou autres organes quelconques à l'aide desquels l'œuvre pourra être exécutée ou représentée ou débitée mécaniquement (articles 13 et 14).

Avec l'avènement de la radio, la Convention a de nouveau été modifiée en 1928 par l'addition notamment de l'article 11 (*bis*):

Article 11 (bis)

(1) Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser la communication de leurs œuvres au public par la radiodiffusion.

Le Canada est aussi partie à cette révision connue comme la Convention de Rome sur le droit d'auteur 1928. L'alinéa 3(1)(f), qui mentionne expressément le droit exclusif du détenteur du droit d'auteur de transmettre l'œuvre au moyen de la radiophonie, a été ajouté à la *Loi sur le droit d'auteur* en 1931 pour donner effet à la Convention de Rome.

Évidemment, le progrès de la technologie ne s'est pas arrêté à cette époque. La radiodiffusion a progressé et l'usage s'est implanté d'enregistrer l'exécution d'une œuvre pour la diffuser ultérieurement, dans le but d'assurer une plus grande qualité à la diffusion et une plus grande souplesse aux radiodiffuseurs. Une autre série de modifications a été effectuée à Bruxelles, en 1948 et, dans le cadre de cette révision, le paragraphe (3) a été ajouté à l'article 11 (*bis*):

(3) Sauf stipulation contraire, une autorisation accordée conformément à l'alinéa 1^{er} du présent article n'implique pas l'autorisation d'enregistrer, au moyen d'instruments portant fixation des sons ou des images, l'œuvre radiodiffusée.

Est toutefois réservé aux législations des pays de l'Union, le régime des enregistrements éphémères effectués par un organisme de radiodiffusion par ses propres moyens et pour ses émissions. Ces législations pourront

archives may, on the ground of their exceptional documentary character, be authorised by such legislation.

Canada, however, did not adhere to the Brussels Convention, and unlike many other countries has not specifically provided in its legislation that these "ephemeral" recordings are incidental to the right to broadcast. This leaves open the question posed in this case—whether the right to make a prerecording of a radio broadcast is included within the right to broadcast, or whether the making of the prerecording is the making of a "record, perforated roll, cinematograph film, or other contrivance" within the scope of s. 3(1)(d), for which separate permission must be obtained from the copyright holder.

The appellant presents two main arguments in favour of its contention that the right to make ephemeral recordings is included within the right to broadcast. First, the appellant submits that the Act must be interpreted in light of technological progress and the practical exigencies of broadcasting. When understood in this light, an ephemeral recording falls within the definition of broadcast performance, rather than being a true recording, because it is part of the process by which such performances are usually effected. An ephemeral recording may be distinguished from a true recording by the purpose for which it is made. A record within the meaning of s. 3(1)(d), according to the appellant, is one made for the purpose of being reproduced, thereby reaching a wider audience than the original performance. An ephemeral recording, on the other hand, is but a means to facilitate reaching exactly the same audience as a live broadcast performance would. It is not intended to be reproduced, and is often technically unsuitable for high quality reproduction.

Appellant's second main contention is that in granting a licence through PRS and CAPAC to broadcast performances of his work, respondent impliedly consented to the making of the ephemeral recordings. Under s. 17 (now s. 27) of the Act, there is no copyright infringement if a person does something which only the copyright holder has the right to do, provided that the copyright holder consents. This argument too depends on the appel-

autoriser la conservation de ces enregistrements dans les archives officielles en raison de leur caractère exceptionnel de documentation.

^a Cependant, le Canada n'a pas ratifié la Convention de Bruxelles et, à la différence de nombreux pays, n'a pas expressément prévu dans ses lois que ces enregistrements «éphémères» sont accessoires au droit de radiodiffusion. C'est pour cela que se pose la question en l'espèce—le droit d'effectuer un préenregistrement d'une émission destinée à la radiodiffusion est-il compris dans le droit de diffusion ou la confection d'un préenregistrement constitue-t-elle la confection de «toute empreinte, tout rouleau perforé, film cinématographique ou autres organes quelconques» au sens de l'al. 3(1)d) pour lesquels il faut obtenir une autorisation distincte du détenteur du droit d'auteur?

^d L'appelante présente deux arguments principaux en faveur de sa prétention que le droit d'effectuer un enregistrement éphémère est compris dans le droit de radiodiffusion. D'abord, l'appelante soutient que la Loi doit s'interpréter en fonction des progrès technologiques et des exigences de la radiodiffusion. Dans cette perspective, l'enregistrement éphémère n'est pas un véritable enregistrement mais relève de la définition d'exécution radiodiffusée parce qu'il fait partie du processus par lequel l'exécution est ordinairement réalisée. Un enregistrement éphémère peut se distinguer d'un véritable enregistrement par la fin pour laquelle il est fait. Selon l'appelante, un enregistrement visé par l'al. 3(1)d) est celui qui est fait dans le but d'être reproduit et pour atteindre ainsi un auditoire plus nombreux que l'exécution originale. Un enregistrement éphémère, par ailleurs, ne sert qu'à atteindre le même auditoire qu'une exécution diffusée en direct. Il n'est pas destiné à être reproduit et il est souvent inutilisable, du point de vue technique, pour la reproduction de grande qualité.

ⁱ Dans son deuxième argument principal, l'appelante soutient qu'en accordant une licence qui autorise la radiodiffusion des exécutions de son œuvre, par l'entremise de PRS et CAPAC, l'intimé a implicitement consenti à la confection d'enregistrements éphémères. En vertu de l'art. 17 (maintenant art. 27) de la Loi, il n'y a pas de violation du droit d'auteur lorsqu'une personne fait quelque chose que seul le titulaire du droit d'au-

lant's contention that prerecording is standard practice in the broadcast industry. Appellant also places some reliance on the fact that in Britain, a licence from PRS to broadcast a performance would by statute (*Copyright Act, 1956*, s. 6(7)) include the right to make ephemeral recordings. Therefore, respondent's ceding of performance rights to PRS must be understood as including consent to the appellant's act of making the ephemeral recordings.

The respondent relies on a more literal reading of ss. 2 and 3 of the Act. Although s. 2's definition of "performance" includes a representation made by radio communication, nothing in that definition limits s. 3(1)(d), which provides that the copyright holder has the sole right to make any record, perforated roll, cinematograph film, or other contrivance by means of which the work may be mechanically performed or delivered. Section 3(1)(d) does not on its terms distinguish between a recording made to facilitate a broadcast and one made for any other purpose. Playing the recording for broadcast comes within the definition of performance, but making the recording does not. In the respondent's view, the ability to prerecord for greater convenience and flexibility when broadcasting is a benefit for which the broadcaster should be expected to pay.

On the issue of consent, respondent claims that no consent to prerecord is given by the CAPAC licence. The respondent challenges the contention that prerecording of works in which copyright is held by others is standard practice, maintaining that this was not proved by expert witnesses. Furthermore, CAPAC would be unable to grant a licence to record, because under the scheme of the Act CAPAC deals only with performing rights. Although respondent's arrangement with PRS might mean he would have ceded the right to make ephemeral recordings in Britain, the question of what rights were given to the appellant by

teur a le droit de faire, si le titulaire du droit d'auteur y consent. Cet argument repose aussi sur la prétention de l'appelante que la confection d'un préenregistrement est d'usage courant dans l'industrie de la radiodiffusion. L'appelante invoque aussi le fait qu'en Grande-Bretagne, selon la Loi (*Copyright Act, 1956*, par. 6(7)), une licence concédée par la PRS pour la diffusion d'une œuvre comporte le droit d'en faire des enregistrements éphémères. En conséquence, par la cession qu'il a faite de ses droits d'exécution à la PRS, l'intimé est censé avoir donné son consentement à la confection par l'appelante des enregistrements éphémères.

L'intimé s'appuie sur une interprétation plus littérale des art. 2 et 3 de la Loi. Bien que la définition d'«exécution» comprenne une représentation faite par transmission radiophonique, rien dans la définition ne restreint l'al. 3(1)d), qui édicte que le titulaire du droit d'auteur a le droit exclusif de confectionner toute empreinte, rouleau perforé, film cinématographique ou autres organes quelconques, à l'aide duquel l'œuvre pourra être exécutée ou représentée ou débitée mécaniquement. L'alinéa 3(1)d) n'établit pas de distinction entre un enregistrement fait pour faciliter la radiodiffusion et celui fait pour toute autre fin. Faire jouer l'enregistrement aux fins de radiodiffusion entre dans la définition d'«exécution», mais faire l'enregistrement n'y entre pas. Du point de vue de l'intimé, la possibilité de préenregistrer l'émission pour la commodité et la souplesse de la radiodiffusion est un avantage que le radiodiffuseur devrait payer.

Quant à la question du consentement, l'intimé soutient que la licence délivrée par CAPAC ne comporte pas de consentement au préenregistrement. L'intimé conteste la prétention que le préenregistrement d'œuvres assujetties au droit d'auteur d'un tiers est une pratique courante et soutient que cette pratique n'a pas été prouvée par témoins experts. De plus, selon lui, CAPAC est incapable de délivrer une licence qui autorise l'enregistrement parce qu'en vertu du régime de la Loi, CAPAC traite uniquement des droits d'exécution. Même si une entente entre l'intimé et PRS pouvait signifier qu'il a cédé le droit d'effectuer des enre-

the CAPAC licence must be governed by the Canadian legislation, which makes no allowance for such recordings.

Issue I: Does the Right to Broadcast a Performance Include the Right to Make Ephemeral Recordings?

Analysis of these arguments must begin by emphasizing that copyright law is purely statutory law, which "simply creates rights and obligations upon the terms and in the circumstances set out in the statute": *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 357, at p. 373, *per* Estey J. First and foremost, then, this case is a matter of statutory interpretation. It is clear from an examination of s. 3(1) that it lists a number of distinct rights belonging to the copyright holder. As stated in *Ash v. Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd.*, [1936] 2 All E.R. 1496 (C.A.), at p. 1507, *per* Greene L.J.:

Under the Copyright Act, 1911 [on which the Canadian Act was based], s. 1(2), the rights of the owner of copyright are set out. A number of acts are specified, the sole right to do which is conferred on the owner of the copyright. The right to do each of these acts is, in my judgment, a separate statutory right, and anyone who without the consent of the owner of the copyright does any of these acts commits a tort; if he does two of them, he commits two torts, and so on.

See also *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, *supra*, at p. 373.

The right to perform (including radio broadcast), and the right to make a recording, are separately enumerated in s. 3(1). They are distinct rights in theory and in practice, as is evident from a description of the licensing system by which musicians obtain payment for use of their works:

Two main assignments occur. Both are a significant step towards earning income from transferring copyright. One is the assignment of the performing right to a performing rights society. The terms of the assignment are technically negotiable. However, both PROCAN and CAPAC, which are discussed below, have standard forms for assigning performing rights which are seldom amended. The second assignment is of the remainder of

gistements éphémères en Grande-Bretagne, la question des droits conférés par CAPAC à l'appelante relève de la loi canadienne, qui ne prévoit pas ce genre d'enregistrement.

Question I: Le droit de diffuser l'exécution d'une œuvre comporte-t-il celui d'effectuer des enregistrements éphémères?

Pour analyser ces arguments, il faut d'abord rappeler que le droit d'auteur a pour seule source la législation qui «crée simplement des droits et obligations selon certaines conditions et circonstances établies dans le texte législatif»: *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357, à la p. 373, le juge Estey. Ce pourvoi soulève donc d'abord et avant tout une question d'interprétation des lois. Il ressort nettement de l'examen du par. 3(1) qu'il énumère un certain nombre de droits distincts qui appartiennent au titulaire du droit d'auteur. Comme le dit le lord juge Greene dans l'arrêt *Ash v. Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd.*, [1936] 2 All E.R. 1496 (C.A.), à la p. 1507:

[TRADUCTION] Le paragraphe 1(2) de la Copyright Act, 1911 [sur laquelle la Loi canadienne est modelée] expose les droits du titulaire d'un droit d'auteur. Il énumère certains actes que seul le titulaire d'un droit d'auteur peut accomplir. Le droit d'accomplir chacun de ces actes est, à mon avis, un droit distinct, créé par la loi, et quiconque accomplit l'un de ces actes sans le consentement du titulaire du droit d'auteur commet de ce fait un délit; s'il en accomplit deux, il commet deux délits et ainsi de suite.

Voir également *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, précité, à la p. 373.

Le droit d'exécuter une œuvre (notamment celui de la radiodiffuser) et le droit de faire un enregistrement sont mentionnés de façon distincte au par. 3(1). Ce sont des droits distincts en théorie et en pratique, comme l'indique clairement la description du système de licences qui permet de rémunérer les musiciens pour l'utilisation de leurs œuvres:

[TRADUCTION] Il y a deux cessions principales. Les deux constituent une étape importante dans la perception de revenus par le transfert du droit d'auteur. La première est la cession du droit d'exécution à une société de droits d'exécution. Les conditions de la cession sont négociables en principe. Cependant, PROCAN et CAPAC, dont on parle plus loin, ont des formules normalisées de cession des droits d'exécution qui sont

the copyright, that is, all copyright except the performing right, which was previously assigned to the performing rights society, to a music publisher. Upon assignment, the publisher becomes the owner of the copyright, and usually through its agent reproduction rights agency, licenses specific copyright uses thereby generating income. This is a skeletal outline of the voluntary aspect of the transfer system in relation to the music business.

Reproduction rights agencies are generally agents for music publishers as owners of musical copyrights. They license reproduction rights, which are essentially all of the musical copyrights other than the performing right.

(P. Sanderson, *Musicians and the Law in Canada* (1985), at pp. 22 and 24.)

Thus the rights to perform and to record a work are considered sufficiently distinct that they are generally assigned separately, and administered by different entities.

The distinction is also mirrored in the Act, beyond the separate enumeration of the two rights in s. 3(1). Both the right to perform and the right to record are subject to a system of compulsory licensing, but under markedly different terms. Under s. 13 (now s. 15) of the Act, if a work has been performed in public during the composer's lifetime, then anytime after the composer's death on application the Governor in Council may order that the copyright owner grant a licence to perform the work in public. By contrast, once a work has been recorded any other person may make a recording of the work, as long as a royalty of two cents per side per copy is paid to the copyright holder (s. 19 (now s. 29)).

This distinction between the right to perform and the right to record a work is unsurprising in light of the object and purpose of the Act. As noted by Maugham J., in *Performing Right Society, Ltd. v. Hammond's Bradford Brewery Co.*, [1934] 1 Ch. 121, at p. 127, "the Copyright Act, 1911, was passed with a single object, namely, the

rarement modifiées. La deuxième est la cession du résidu du droit d'auteur, c'est-à-dire, la totalité du droit d'auteur, moins le droit d'exécution, qui a déjà fait l'objet d'une cession à une société de droits d'exécution, à un éditeur de musique. Par cette cession, l'éditeur acquiert le droit d'auteur et, ordinairement par l'intermédiaire de son propre agent de droits de reproduction qui le représente, cède des droits spécifiques d'utilisation qui engendrent des revenus. Tel est, en bref, le système consensuel de cession en matière de transactions relatives à la musique.

Les agents de droits de reproduction agissent ordinairement pour le compte des éditeurs de musique à titre de détenteurs du droit d'auteur sur la musique. Ils cèdent les droits de reproduction, qui sont essentiellement la totalité du droit d'auteur sur la musique moins le droit d'exécution.

(P. Sanderson, *Musicians and the Law in Canada* (1985), aux pp. 22 et 24.)

Donc le droit d'exécuter une œuvre et celui de l'enregistrer sont suffisamment distincts pour être ordinairement cédés séparément et administrés par des organismes différents.

La Loi reflète aussi cette distinction, en plus des mentions distinctes des deux droits au par. 3(1). Le droit d'exécuter l'œuvre et celui de l'enregistrer sont assujettis à un régime de licences obligatoires, mais à des conditions très différentes dans les deux cas. En vertu de l'art. 13 (maintenant art. 15) de la Loi, si une œuvre a été exécutée en public du vivant du compositeur, le gouverneur en conseil peut, sur demande après la mort du compositeur, ordonner au titulaire du droit d'auteur d'accorder une licence autorisant l'exécution de l'œuvre en public. Par contre, quand une œuvre a été enregistrée, n'importe qui peut l'enregistrer pourvu qu'un tantième de deux cents pour chaque face de chaque reproduction soit payé au titulaire du droit d'auteur (art. 19 (maintenant art. 29)).

Cette distinction faite entre le droit d'exécuter une œuvre et celui de l'enregistrer n'est pas étonnante compte tenu de l'objet et des fins de la Loi. Comme le souligne le juge Maugham dans l'arrêt *Performing Right Society, Ltd. v. Hammond's Bradford Brewery Co.*, [1934] 1 Ch. 121, à la p. 127, [TRADUCTION] «la Copyright Act de 1911 a

benefit of authors of all kinds, whether the works were literary, dramatic or musical". See also Article 1 of the Revised Berne Convention, cited above. A performance is by its very nature fleeting, transient, impermanent. When it is over, only the memory remains. A composer who authorizes performance of his work for a period of time has not irrevocably given up control over how the work is presented to the public. He may choose at a future time to withdraw his authorization, and be the sole interpreter of his own work, or he may place conditions on his authorization. He may control the frequency of performance, and choose the audiences which are to hear his work. Other performers might copy his performances without authorization, but the public nature of performance is such that this will likely come to his attention. Furthermore, no imitation of a performance can be a precise copy. A recording, on the other hand, is permanent. It may be copied easily, privately, and precisely. Once a work has been recorded, the recording takes on a life of its own. This is why, from a composer's point of view, the right to control the circumstances under which the first recording is made is crucial. Once the composer has made or authorized a recording of his work, he has irrevocably given up much of his control over its presentation to the public. These are the reasons why the rights to perform and to record are recognized as distinct in the Act, and why in practice a composer may wish to authorize performances but not recordings of his work.

The parties in this case do not disagree on the basic distinction that the Act makes between the right to record and the right to perform. The appellant, however, argues that it is not at issue in this case, because an ephemeral recording has nothing to do with s. 3(1)(d). It is not made for the purpose of being reproduced or sold, but rather for technical reasons. But as the respondent points out, s. 3(1)(d) contains no mention of purpose. It simply provides that copyright includes the sole right:

un but unique et a été adoptée au seul profit des auteurs de toutes sortes, que leurs œuvres soient littéraires, dramatiques ou musicales». Voir également l'article premier de la Convention de Berne révisée déjà citée. Une exécution est par sa nature même fugace, momentanée, passagère. Lorsqu'elle est terminée, il n'en reste plus que le souvenir. Un compositeur qui autorise l'exécution de son œuvre pour une période définie n'a pas irrévocablement cédé tout contrôle sur la manière dont son œuvre sera présentée au public. Il peut, par la suite, retirer son consentement et être le seul interprète de son œuvre, ou poser des conditions à son consentement. Il peut déterminer la fréquence des exécutions et choisir les auditoires qui entendront son œuvre. D'autres interprètes peuvent imiter son exécution sans son autorisation, mais le caractère public de l'exécution fait en sorte qu'elle viendra probablement à la connaissance du compositeur. De plus, aucune imitation d'une exécution n'en est une reproduction parfaite. En revanche, un enregistrement est permanent. Il est facile d'en faire des reproductions exactes et privées. Dès qu'une œuvre a été enregistrée, son enregistrement acquiert une sorte d'autonomie. C'est la raison pour laquelle, pour un compositeur, le droit de contrôle des circonstances dans lesquelles le premier enregistrement est effectué est essentiel. Après avoir enregistré son œuvre ou en avoir autorisé l'enregistrement, un compositeur a cédé de façon définitive une large part de contrôle sur la présentation de son œuvre au public. C'est pour cela que la Loi établit une distinction entre le droit d'exécuter une œuvre et celui de l'enregistrer et qu'un auteur peut, en pratique, vouloir autoriser l'exécution de son œuvre mais non son enregistrement.

Les parties en l'espèce ne contestent pas la distinction fondamentale que fait la Loi entre le droit d'enregistrer une œuvre et celui de l'exécuter. L'appelante soutient cependant que cette distinction n'est pas en cause en l'espèce, parce qu'un enregistrement éphémère n'a rien à voir avec l'al. 3(1)d). Il n'est pas fait avec l'intention de le vendre ou de le reproduire, mais il l'est plutôt pour des motifs techniques. Toutefois, comme l'intimé le souligne, l'al. 3(1)d) ne mentionne pas le but. Il édicte seulement que le droit d'auteur comporte le droit exclusif:

(d) in the case of a literary, dramatic, or musical work, to make any record, perforated roll, cinematograph film, or other contrivance by means of which the work may be mechanically performed or delivered;

Interpretation of a statute must always begin with the ordinary meaning of the words used, and nothing in this section restricts its application to recordings made for the purpose of reproduction and sale. A recording may be made for any purpose, even one not prejudicial to the copyright holder, but if it is not authorized by the copyright holder then it is an infringement of his rights. For example, it would seem to me that an agent who made an unauthorized recording of a songwriter's work for the purpose of getting record companies interested would not have infringed the Act any less because his action ultimately benefited the songwriter.

The appellant argues that ephemeral recordings fall outside the scope of s. 3(1)(d) because they are necessarily included within the separate right to broadcast a performance. Appellant submitted that in modern practice, all but 10 per cent of television programming is prerecorded, and that prerecording is virtually essential to ensure the quality of broadcasts, and to enable broadcasters to offer the same programming at convenient times across five different time zones.

I do not doubt that the facts on which this contention is based are true, and I cannot say that I am unsympathetic to the appellant's situation. However, the appellant has not established that, at the time of their enactment, the sections of the Act providing for the right to broadcast a performance must have been understood to include the right to prerecord. Even now it remains fully possible, and quite common, to broadcast live performances. And a literal reading of s. 3(1)(d) does not by any means prohibit the practice of prerecording. It simply requires a broadcaster wishing to prerecord to make the appropriate arrangements with the holder of the recording rights.

Furthermore, an implied exemption to the literal meaning of s. 3(1)(d) is all the more unlikely, in

d) s'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique ou musicale, de confectionner toute empreinte, tout rouleau perforé, film cinématographique ou autres organes quelconques, à l'aide desquels l'œuvre pourra être exécutée ou représentée ou débitée mécaniquement;

L'interprétation des lois doit toujours commencer par le sens ordinaire des mots employés et rien dans cet alinéa ne limite son application aux enregistrements faits aux fins de reproduction et de vente. Un enregistrement fait dans n'importe quel but, même non préjudiciable au titulaire du droit d'auteur, sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur constitue une violation de ses droits. Ainsi, il me semble qu'un agent qui fait un enregistrement non autorisé de la chanson d'un auteur dans le but de susciter l'intérêt des fabricants de disques n'a pas moins violé la Loi parce que son acte profitera, en fin de compte, à l'auteur de la chanson.

L'appelante soutient que l'al. 3(1)d) ne s'applique pas aux enregistrements éphémères parce qu'ils relèvent nécessairement du droit distinct de diffuser l'exécution de l'œuvre. L'appelante soutient que, selon l'usage actuel, 90 p. 100 des émissions télévisées sont préenregistrées et que le préenregistrement est presque indispensable pour assurer la qualité de la diffusion et pour permettre aux stations de diffuser les mêmes émissions, aux heures voulues, dans cinq fuseaux horaires différents.

Je ne mets pas en doute l'exactitude des faits sur lesquels cette prétention se fonde et je ne puis dire que je sois indifférente à la situation de l'appelante. Cependant, l'appelante n'a pas prouvé que, à l'époque de l'adoption de la Loi, le droit de diffuser l'exécution d'une œuvre prévu dans ses dispositions incluait nécessairement le droit d'en faire un préenregistrement. Même aujourd'hui il reste toujours possible de diffuser des œuvres en direct et la chose se fait couramment. De plus, le sens littéral de l'al. 3(1)d) n'interdit nullement la pratique du préenregistrement. Il oblige seulement le radiodiffuseur qui veut faire un préenregistrement à obtenir l'autorisation du titulaire des droits d'enregistrement.

De plus, une exception implicite au sens littéral de l'al. 3(1)d) est, à mon avis, d'autant moins

my opinion, in light of the detailed and explicit exemptions in s. 17(2) (now s. 27(2)) of the Act, providing for matters as diverse as private study, research or critical review, educational use, disclosure of information pursuant to various federal Acts, and performance of a musical work without motive of gain at an agricultural fair.

Appellant points out further that it is required by a regulation promulgated by the Canadian Radio and Telecommunication Commission (*Television Broadcasting Regulations*, C.R.C. 1978, c. 381, s. 5(5)) to make archival recordings of all programmes, and keep them for at least four weeks from date of broadcast. In light of this requirement, it is submitted, at least one exception to s. 3(1)(d) must be implied.

I cannot see how this aids the appellant. The CRTC archival recordings are not strictly at issue in this case, and are raised only by analogy. They do appear to conflict with the right given to the copyright holder by s. 3(1)(d), it is true. But that simply means that if a copyright holder were ever to claim that his rights were being infringed by the unauthorized recording of his works for archival purposes, the courts would have to decide whether the two enactments are reconcilable, or whether one or the other should take precedence. In this case, however, no legislation compelled the appellant to make the prerecordings.

Even though the purpose for which the recordings are made is not one that is prejudicial to the copyright holder, that is not to say that the copyright holder has no interest in whether or not they are made. As pointed out above, the existence of a studio recording increases the possibility of unauthorized copying, and of the copyright holder losing some degree of control over the work. While the risk of this occurring may be small when the recording is made by a legitimate broadcaster such as the appellant, the copyright holder would no doubt want the security of knowing that adequate safeguards are being taken against this possibility. In other countries, where the right to make eph-

plausible que le par. 17(2) (maintenant par. 27(2)) de la Loi prévoit des exceptions expresses et détaillées dans des cas aussi divers que l'étude privée, la recherche, l'étude critique, l'utilisation à des fins d'éducation, la communication de documents en application de diverses lois fédérales et l'exécution, sans but lucratif, d'une œuvre musicale à une foire agricole.

L'appelante souligne de plus qu'en vertu d'un règlement promulgué par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (*Règlement sur la télédiffusion*, C.R.C. 1978, ch. 381, par. 5(5)), elle est tenue de faire des enregistrements d'archives de toutes les émissions et de les conserver pendant au moins quatre semaines après la date de leur radiodiffusion. Elle soutient que cette exigence permet de conclure à l'existence d'une exception au moins à l'al. 3(1)d).

Je ne puis voir en quoi cela aide l'appelante. Les enregistrements d'archives exigés par le CRTC ne sont pas strictement en cause en l'espèce et sont invoqués aux fins d'analogie seulement. Il est vrai qu'ils paraissent entrer en conflit avec le droit accordé au titulaire du droit d'auteur en vertu de l'al. 3(1)d). Mais cela signifie simplement que si un titulaire de droit d'auteur devait un jour soutenir que ses droits sont violés par l'enregistrement non autorisé de ses œuvres pour fins d'archives, les tribunaux devraient déterminer alors si les deux dispositions sont conciliables ou si l'une doit prévaloir sur l'autre. En l'espèce, aucune disposition législative n'obligeait l'appelant à faire les préenregistrements.

Même si l'objectif visé par les enregistrements n'est pas préjudiciable au titulaire du droit d'auteur, cela ne signifie pas que ce dernier n'a pas d'intérêt à ce qu'il en soit fait ou non. Comme je l'ai déjà souligné, l'existence d'un enregistrement effectué en studio augmente le risque de reproduction non autorisée et d'une certaine perte de contrôle par le titulaire du droit d'auteur sur son œuvre. Bien que ce risque soit faible quand l'enregistrement est le fait d'un radiodiffuseur autorisé comme l'appelante, le titulaire du droit d'auteur voudrait sans doute avoir la certitude que des précautions suffisantes sont prises contre ce risque. Dans d'autres pays, où le droit d'effectuer des

meral recordings as an adjunct of broadcast performances is recognized by statute, conditions are imposed on the broadcaster limiting the time for which an ephemeral recording may be kept, and the use to which it may be put. The Government White Paper on copyright legislation reform (*From Gutenberg to Telidon* (1984), at pp. 44-45), in recommending that the Act be amended to contain a specific exemption for ephemeral recordings, emphasized the need for such limits:

As the exemption is intended to allow for ephemeral or temporary recordings there is a need for a restricted period for which it will last.

Public comment is invited on the length of time that broadcasting organizations should be allowed to retain copies of an ephemeral recording. [The Brussels Convention is cited.] National practice varies greatly: for example, 15 days (Italy), 28 days (the United Kingdom and the Netherlands), 3 months (Luxembourg), 6 months (Morocco and the United States) and 1 year (Sweden, Finland and Australia). Some countries, such as Sweden and Finland, place limits on the number of times that the ephemeral recording can be used during the prescribed time period, while others allow any number of otherwise noninfringing uses. There will be no such limit in the Canadian Act.

It should be noted that the right to make an ephemeral recording does not in itself create a right to broadcast the work recorded. Most works protected by copyright (with the exception of sound recordings) contain a broadcast right; therefore it would be necessary to obtain the authorization of the copyright owner to rebroadcast the work regardless of how long the ephemeral recording may be kept. Broadcasters argue that this provides an adequate safeguard against abuse.

Doubtless copyright owners are concerned that, notwithstanding the provisions of the Act, ephemeral recordings made for broadcast purposes may find their way into other uses if they are kept for too long.

Without such limits, the proper balance between the technical needs of broadcasters and the security of copyright holders is unlikely to be struck.

Appellant argues that the fact that there are special exemptions in other countries for ephemeral

enregistrements éphémères est reconnu par la loi comme étant accessoire à la diffusion des exécutions, des conditions sont imposées aux radiodiffuseurs quant à la durée de conservation des enregistrements éphémères et quant à leur utilisation. Le Livre blanc sur le droit d'auteur publié par le gouvernement (*De Gutenberg à Télidon* (1984), à la p. 43) recommandait de modifier la Loi pour y inclure une exception précise à l'égard des enregistrement éphémères, mais soulignait aussi la nécessité de certaines restrictions:

L'exception ayant pour objet les enregistrements éphémères, il sera nécessaire d'en fixer la durée. Le public est invité à donner son avis sur le temps pendant lequel les entreprises de radiodiffusion auraient le droit de conserver des copies de ces enregistrements. [Suit une citation de la Convention de Bruxelles.] Cette période varie grandement suivant les pays: 15 jours en Italie, 28 au Royaume-Uni et dans les Pays-Bas, 3 mois au Luxembourg, 6 mois au Maroc et aux États-Unis, un an en Suède, en Finlande et en Australie. Certains pays, dont la Suède et la Finlande, limitent le nombre de fois qu'un enregistrement éphémère peut être utilisé; d'autres permettent un nombre illimité d'utilisations. La nouvelle loi canadienne ne comportera pas de restrictions relatives au nombre d'utilisations de ces enregistrements.

Il convient de souligner que le droit de réaliser un enregistrement éphémère ne confère pas en soi celui de radiodiffuser l'œuvre. Les œuvres protégées comportent le droit de transmission radiophonique. Par conséquent, l'émission contenant l'œuvre protégée ne pourra être radiodiffusée sans l'autorisation du titulaire du droit de transmission radiophonique sur cette œuvre, quelle que soit par ailleurs la durée pendant laquelle l'enregistrement éphémère (*sic*) pourra être légalement conservé. Les organismes de radiodiffusion voient en cela une protection suffisante contre les abus.

Les titulaires de droits d'auteur craignent que si les enregistrements réalisés à des fins de radiodiffusion sont conservés trop longtemps, ils ne fassent l'objet d'autres utilisations en dépit de la loi.

Sans ces restrictions, il est peu probable que le juste équilibre entre les contraintes techniques imposées aux diffuseurs et la protection des titulaires de droits d'auteur puisse être réalisé.

L'appelante soutient que l'existence d'exemptions faites dans d'autres pays à l'égard des enre-

al recordings is not relevant to the interpretation of the Canadian Act, because those countries, unlike Canada, adhere to the Brussels Convention and are thereby bound to pass an explicit legislative exemption to authorize the practice. However, it does not follow from the fact that Canada is not bound to pass specific legislation with respect to ephemeral recordings that its failure to do so implies that the right to make ephemeral recordings is implicit in the existing legislation. On the contrary, the breadth of s. 3(1)(d) would seem to make a specific exemption equally necessary. Furthermore, whether one is considering Canada or the other countries, an explicit provision is necessary for practical reasons, in order to strike the appropriate balance between the technical needs of the broadcasters and the need for security of the copyright holders.

It cannot be denied that ephemeral recordings are a highly useful device for broadcasters, and their use appears to be widespread not only within Canada but in many other countries. But they are also a device which is subject to abuse—abuse that the copyright holder whose interests the Act is designed to protect has little means of detecting or controlling. Task forces and legislators who have considered the matter have concluded that strict safeguards are necessary if ephemeral recording rights are to be recognized as an incident of broadcasting rights. Yet the appellant asks us to read into as implicit in the existing legislation a right which is unlimited, and provides no protection to the copyright owner other than the broadcasters' good faith.

It may be argued that an unlimited implicit right to make ephemeral recordings is not necessary, and that the courts could also imply limits to the right. However, the policy issues associated with such a rule would be beyond the proper purview of the courts. On the basis of what legal principle could a court decide on an appropriate length of time for which an ephemeral recording may be kept, or an appropriate number of times it

gistements éphémères n'a pas d'incidence sur l'interprétation de la loi canadienne parce que ces pays, à la différence du Canada, ont signé la Convention de Bruxelles et sont donc tenus d'adopter des dispositions législatives explicites pour autoriser cette pratique. Cependant, il ne découle pas du fait que le Canada n'est pas tenu d'adopter de disposition législative spécifique au sujet des enregistrements éphémères que, parce qu'il n'en a pas adopté, le droit d'effectuer des enregistrements éphémères est implicite dans les dispositions législatives actuelles. Au contraire, la portée de l'al. 3(1)d) semble rendre une exception explicite tout aussi nécessaire. De plus, qu'on envisage la situation au Canada ou dans les autres pays, une disposition explicite est nécessaire pour des raisons pratiques, pour établir un juste équilibre entre les contraintes techniques imposées aux radiodiffuseurs et la protection des titulaires de droits d'auteurs.

On ne peut contester que les enregistrements éphémères sont extrêmement utiles aux radiodiffuseurs et que leur utilisation est généralisée non seulement au Canada mais aussi dans de nombreux autres pays. Mais ils sont aussi un outil qui peut donner lieu à des abus que le titulaire du droit d'auteur, que la loi est censée protéger, n'a pas ou que peu de moyens de détecter et de prévenir. Les groupes de travail et les législateurs qui ont examiné cette question ont conclu qu'il est nécessaire d'imposer des mesures strictes de protection si le droit d'effectuer des enregistrements éphémères est reconnu comme accessoire aux droits de diffusion. Pourtant l'appelante nous demande de voir dans les dispositions législatives actuelles un droit implicite et illimité qui ne laisserait au titulaire du droit d'auteur d'autre protection que celle de la bonne foi des radiodiffuseurs.

On peut soutenir que le droit implicite et illimité de faire des enregistrements éphémères n'est pas nécessaire ou encore que les tribunaux pourraient imposer des restrictions à ce droit. Cependant, les questions de nature politique qu'une telle décision mettent en cause ne sont pas du ressort des tribunaux. Sur quel fondement juridique un tribunal pourrait-il fixer la durée de rétention de ces enregistrements éphémères ou encore le nombre d'utili-

may be played? These are matters which fall squarely within the legislative purview. As stated in *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, at p. 760:

There are sound reasons supporting . . . judicial reluctance to dramatically recast established rules of law. The court may not be in the best position to assess the deficiencies of the existing law, much less problems which may be associated with the changes it might make. The court has before it a single case; major changes in the law should be predicated on a wider view of how the rule will operate in the broad generality of cases. Moreover, the court may not be in a position to appreciate fully the economic and policy issues underlying the choice it is asked to make. Major changes to the law often involve devising subsidiary rules and procedures relevant to their implementation, a task which is better accomplished through consultation . . . than by judicial decree.

The issue of ephemeral recording rights (together with rights to make archival recordings) is one that has long been on the legislative agenda, as is evident from the above White Paper excerpt. See also Royal Commission on Patents, Copyright, Trade Marks and Industrial Design, *Report on Copyright* (the Ilsley Report) (1957), at p. 57; A. A. Keyes and C. Brunet, *Copyright in Canada: Proposals for a Revision of the Law* (1977), at pp. 167-68; *A Charter of Rights for Creators: Report of the Sub-Committee on the Revision of Copyright* (1985), at pp. 60-62; *Government Response to the Report of the Sub-Committee on the Revision of Copyright* (1986), at pp. 11-12. Given the policy issues raised and the repeated consideration of the matter by Parliament and its legislative adjuncts, it is my view that it would be inappropriate for this Court to interfere.

In sum, I am not convinced that there is any reason to depart from the literal readings of s. 3(1)(d) and the introductory paragraph to s. 3(1) of the Act, which on their face draw a distinction between the right to make a recording and the right to perform. Neither the wording of the Act, nor the object and purpose of the Act, nor practi-

sations? Ces questions relèvent nettement du pouvoir législatif. Notre Cour a dit dans l'arrêt *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, aux pp. 760 et 761:

^a Il y a de solides raisons qui justifient [. . .] réticences du pouvoir judiciaire à modifier radicalement des règles de droit établies. Une cour de justice n'est peut-être pas l'organisme le mieux placé pour déterminer les lacunes du droit actuel et encore moins les problèmes que pourraient susciter les modifications qu'elle pourrait apporter. La cour de justice est saisie d'un cas particulier; les changements importants du droit doivent se fonder sur une perception plus générale de la façon dont la règle s'appliquera à la grande majorité des cas. De plus, une cour de justice peut ne pas être en mesure d'évaluer pleinement les questions économiques et de principe qui sous-tendent le choix qu'on lui demande de faire. Les modifications substantielles du droit comportent souvent la formulation de règles et de procédures subsidiaires ^b nécessaires à leur mise en œuvre, ce qui devrait plutôt se faire par voie de consultation [. . .] que par décision judiciaire.

La question des droits relatifs aux enregistrements éphémères (comme celle des droits relatifs aux enregistrements d'archives) est depuis longtemps au calendrier législatif comme en témoigne l'extrait cité du Livre blanc. Voir également: La Commission royale sur les brevets, le droit d'auteur, les marques de commerce et les dessins industriels, *Rapport sur le droit d'auteur* (Rapport Ilsley) (1957), à la p. 57; A. A. Keyes et C. Brunet, *Le droit d'auteur au Canada: Propositions en vue d'une révision de la Loi* (1977), aux pp. 167 et 168; *Une Charte des droits des créateurs: Rapport du sous-comité sur la révision de la Loi sur le droit d'auteur* (1985), aux pp. 60 à 62; *Réponse du gouvernement au rapport du sous-comité sur la révision de la Loi sur le droit d'auteur* (1986), aux pp. 11 et 12. En raison des questions de principe soulevées et des nombreux examens du sujet par le Parlement et ses organes législatifs, notre Cour, à mon avis, ne devrait pas intervenir.

ⁱ En résumé, je ne suis pas convaincue qu'il existe quelque motif de s'écarter de l'interprétation littérale de l'al. 3(1)d) et de la phrase liminaire du par. 3(1) de la Loi, qui visiblement établissent une distinction entre le droit d'effectuer un enregistrement et celui d'exécuter une œuvre. Ni les termes de la Loi, ni son objet, ni ses fins non plus qu'au-

cal necessity support an interpretation of these sections which would place ephemeral recordings within the introductory paragraph to s. 3(1) rather than s. 3(1)(d). On the contrary, policy considerations suggest that if such a change is to be made to the Act it should be made by the legislature, and not by a forced interpretation. I conclude that the right to broadcast a performance under s. 3(1) of the Act does not include the right to make ephemeral recordings for the purpose of facilitating the broadcast.

Issue II: Did the Respondent Consent to the Ephemeral Recordings?

The appellant argues that there was no infringement of the respondent's copyright because the appellant made the ephemeral recordings with the consent of the copyright holder.

It is common ground that there was no express consent given by either CAPAC or the respondent to the appellant to make the recordings. However, the appellant submits that consent can be implied from the circumstances. As stated by H. G. Fox, in *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (2nd ed. 1967), at p. 339:

In order to constitute an infringement the act complained of must be done "without the consent of the owner of the copyright". Such a consent may be presumed from the circumstances. The inference of consent must be clear before it will operate as a defence and must come from the person holding the particular right alleged to be infringed. [Emphasis added.]

Since the appellant never dealt directly with the respondent, consent to make the recordings must have come, if at all, from CAPAC. Furthermore, in light of the above analysis the appellant must show that CAPAC was capable of authorizing the appellant to make recordings.

The appellant places some emphasis on the fact that its licence from CAPAC authorized multiple performances within the licence period:

To meet the convenience of operators of television stations other than the Canadian Broadcasting Corporation for a general licence covering the television broad-

cun motif de nécessité pratique ne permettent d'interpréter ces dispositions de façon que les enregistrements éphémères relèveraient de la phrase liminaire du par. 3(1) plutôt que de l'al. 3(1)d).

^a Au contraire, des considérations de politique indiquent que s'il faut apporter cette modification à la Loi, il faut que ce soit fait par le législateur et non par le moyen d'une interprétation forcée. Je conclus que le droit de diffuser l'exécution d'une œuvre en vertu du par. 3(1) de la Loi ne comporte pas le droit de faire des enregistrements éphémères afin de faciliter la radiodiffusion.

Question II: L'intimé a-t-il donné son consentement aux enregistrements éphémères?

^c L'appelante soutient qu'il n'y a pas eu de violation du droit d'auteur de l'intimé parce qu'elle a fait les enregistrements éphémères avec le consentement du titulaire du droit d'auteur.

^d Il est admis par les parties que ni CAPAC ni l'intimé n'ont donné leur consentement exprès à la confection des enregistrements. Cependant, l'appelante soutient que le consentement peut se déduire des circonstances. Comme le dit H. G. Fox, dans *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (2^e éd. 1967), à la p. 339:

^e [TRANSCRIPTION] Pour qu'il constitue une violation l'acte reproché doit avoir été fait «sans le consentement du titulaire du droit d'auteur». Ce consentement peut être présumé dans certaines circonstances. La présomption de consentement doit être claire pour pouvoir servir de moyen de défense et le consentement doit provenir du titulaire du droit précis qui a été violé. [Je souligne.]

^f Puisque l'appelante n'a jamais eu de rapport direct avec l'intimé, le consentement à la confection des enregistrements, s'il y a eu consentement, doit avoir été donné par CAPAC. De plus, selon l'analyse qui précède, l'appelante doit prouver que CAPAC était habilitée à autoriser l'appelante à faire des enregistrements.

^g L'appelante insiste sur le fait que la licence qu'elle détenait de CAPAC autorisait plusieurs exécutions de l'œuvre pendant la période de validité de la licence:

^h Pour la commodité des exploitants de stations de télévision, autres que celles de la Société Radio Canada, en ce qui concerne une licence générale visant la télévi-

casting for private and domestic use only at any time and as often as desired during the licence period of any and all the works for which the Association has from time to time power to grant a performing licence, licences are issued for each calendar month. [Emphasis added.]

I cannot conclude that this licence impliedly confers consent to make ephemeral recordings. On one reading, the licence may be seen as adverting to multiple live performances. On another, it could be taken as referring to performances using a recording for which authorization has been separately obtained. In short, the licence falls far short of providing a “clear inference” of consent to make ephemeral prerecordings of a broadcast.

More fundamentally, CAPAC can grant only such licences as lie within its powers. These powers, it will be seen, are confined to performances and do not extend to contrivances for the reproduction of the performance. The licence refers to “any and all the works for which the Association has from time to time power to grant a performing licence”. Similarly, the provisions of the Act that give CAPAC its status refer exclusively throughout to the grant of performance licences:

48. (1) Each society, association or company that carries on in Canada the business of acquiring copyrights of dramatico-musical or musical works or of performing rights therein, and deals with or in the issue or grant of licences for the performance in Canada of dramatico-musical or musical works in which copyright subsists, shall, from time to time, file with the Minister at the Copyright Office lists of all dramatico-musical and musical works, in current use in respect of which such society, association or company has authority to issue or grant performing licences or to collect fees, charges or royalties for or in respect of the performance of its works in Canada.

(2) Each such society, association or company shall, on or before the 1st day of November in each and every year, file, with the Minister at the Copyright Office statements of all fees, charges or royalties which such society, association or company proposes during the next

sion aux seules fins privées et domestiques, en tout temps et aussi souvent que les exploitants le désireront durant la période de licence, de la totalité et de l’une quelconque des œuvres à l’égard desquelles l’Association a, à l’occasion, le pouvoir d’émettre une licence d’exécution, des licences sont délivrées pour chaque mois civil. [Je souligne.]

Je ne puis conclure que cette licence comporte un consentement tacite à des enregistrements éphémères. Selon une première interprétation, cette licence semble autoriser plusieurs exécutions en direct. Selon une autre interprétation, on pourrait comprendre qu’elle parle d’exécutions données par l’utilisation d’un enregistrement qui aurait fait l’objet d’une autorisation distincte. En bref, la licence est loin d’être suffisamment précise pour fournir une présomption claire de consentement à des préenregistrements éphémères d’une émission.

En termes plus fondamentaux, CAPAC ne peut céder de licence que pour les droits qu’elle contrôle. Comme on peut le voir, ces droits se limitent à l’exécution et ne s’appliquent pas aux moyens de reproduction des exécutions. La licence parle «de l’une quelconque des œuvres à l’égard desquelles l’Association a, à l’occasion, le pouvoir d’émettre une licence d’exécution». De même, les dispositions de la Loi qui habilite CAPAC portent uniquement sur l’octroi de licences d’exécution:

48. (1) Chaque association, société ou compagnie exerçant au Canada des opérations qui consistent à acquérir des droits d’auteur sur des œuvres musicales ou dramatico-musicales, ou les droits d’exécution qui en dérivent, et des opérations qui consistent à émettre ou à accorder des licences pour l’exécution, au Canada, d’œuvres musicales ou dramatico-musicales sur lesquelles un droit d’auteur subsiste, doit périodiquement déposer chez le Ministre, au Bureau du droit d’auteur, des listes de toutes les œuvres musicales et dramatico-musicales d’exécution courante à l’égard desquelles cette association, société ou compagnie possède l’autorité d’émettre ou d’accorder des licences d’exécution, ou de percevoir des honoraires, des redevances ou des tantièmes pour ou concernant l’exécution de ses œuvres au Canada.

(2) Cette association, société ou compagnie doit, le ou avant le 1^{er} novembre de chaque année, déposer chez le Ministre, au Bureau du droit d’auteur, des états de tous honoraires, redevances ou tantièmes qu’elle se propose de percevoir, durant l’année civile suivante, en paiement

ensuing calendar year to collect in compensation for the issue or grant of licences for or in respect of the performance of its works in Canada.

It is according to this tariff, published in the *Canada Gazette* and subject to the supervision of the Copyright Appeal Board (ss. 49-50 (now ss. 67-70)), that the appellant purports to have acquired its licence. If the right to perform does not include the right to make ephemeral recordings, as I earlier concluded, it follows that the CAPAC licence is confined to performance and cannot extend to the right to make ephemeral recordings.

Nor does the fact that CAPAC acquired the performing rights from the respondent indirectly, through PRS, have any significance in this case. The appellant claims that the respondent, by his arrangement with PRS, ceded the right to make ephemeral recordings, because PRS, an English company, is subject to the U.K. *Copyright Act, 1956*, s. 6(7), which allows ephemeral recording in connection with broadcast performances. This submission, too, must fail. The U.K. provision does nothing to alter the rights granted to PRS by its members, or by PRS to broadcasters, but merely deems the practice of making ephemeral recordings not to be an infringement within the U.K., provided certain conditions are met. It can have no application to the case at bar, which is governed by the Canadian *Copyright Act*. Even if it did, the evidence is that the appellant did not comply with the conditions of the subsection, which requires that the ephemeral recordings be destroyed within 28 days. (The trial judge found that the tapes had not been destroyed by the time of the trial.) In my view, no consent for the making of ephemeral recordings can be implied from the respondent's arrangement with PRS.

The Cross-Appeal

The respondent purports to cross-appeal the holding that CMRRA was not a proper party to this action. No leave was sought. According to

des licences qu'elle émettra ou accordera pour l'exécution de ses œuvres au Canada.

L'appelante soutient avoir obtenu la licence qu'elle détient conformément à ce barème, publié dans la *Gazette du Canada*, sous réserve du contrôle de la Commission d'appel du droit d'auteur (art. 49 et 50 (maintenant art. 67 à 70)). Si le droit d'exécution ne comporte pas celui d'effectuer des enregistrements éphémères, comme je l'ai déjà conclu, il s'ensuit que la licence délivrée par CAPAC se limite à l'exécution de l'œuvre et ne peut s'étendre au droit d'effectuer des enregistrements éphémères.

Le fait que CAPAC ait acquis les droits d'exécution de l'œuvre de l'intimé indirectement, par l'entremise de PRS, n'a aucune incidence non plus en l'espèce. L'appelante soutient que l'intimé, en vertu des dispositions prises avec PRS, a cédé le droit de faire des enregistrements éphémères parce que PRS, une société britannique, est régie par le par. 6(7) de la *Copyright Act, 1956* du Royaume-Uni, qui autorise la confection d'un enregistrement éphémère à l'occasion de l'exécution radiodiffusée des œuvres. Cette prétention doit aussi être rejetée. La disposition législative du Royaume-Uni ne comporte rien qui modifie les droits concédés à PRS par ses membres ou ceux concédés par PRS aux radiodiffuseurs, elle indique seulement que la confection d'enregistrements éphémères ne viole pas le droit d'auteur au Royaume-Uni si certaines conditions sont respectées. Elle ne peut s'appliquer à l'espèce, qui est régie par la loi canadienne sur le droit d'auteur. Même si elle s'appliquait, la preuve indique que l'appelante ne s'est pas conformée aux prescriptions de ce paragraphe qui exige la destruction des enregistrements éphémères dans un délai de 28 jours. (Le juge de première instance a constaté que les rubans n'avaient pas encore été détruits au moment du procès.) À mon avis, on ne peut voir de consentement tacite à la confection des enregistrements éphémères dans l'entente intervenue entre l'intimé et PRS.

Le pourvoi incident

L'intimé prétend interjeter un pourvoi incident contre la conclusion que ACDRM n'a pas qualité pour agir dans l'action. Aucune autorisation de

Rule 29(2) of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, “[i]f a respondent intends to appeal a part of any judgment not made subject of the appeal by the appellant, the respondent shall obtain leave to make such cross-appeal”. Quite apart from the respondent’s failure to obtain leave on this issue, I can see no legal interest of the respondent in whether or not CMRRA was a valid party. I therefore conclude that the respondent’s cross-appeal is without foundation.

Conclusion

I would dismiss the appeal with costs, and dismiss the cross-appeal with costs.

Appeal and cross-appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Léger, Robic & Richard, Montréal.

Solicitors for the respondent: Sim, Hughes, Dimock, Toronto.

pourvoi n’a été demandée. Selon le par. 29(2) des *Règles de la Cour suprême du Canada* «[l]’intimé qui veut attaquer une partie du jugement contre laquelle l’appelant ne se pourvoit pas, doit obtenir l’autorisation de former ce pourvoi incident». Indépendamment de l’omission de l’intimé d’obtenir l’autorisation de pourvoi sur cette question, je ne puis voir en quoi l’intimé a un intérêt juridique à plaider la qualité pour agir de CMRRA. Je conclus donc que le pourvoi incident de l’intimé est mal fondé.

Dispositif

Je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de rejeter le pourvoi incident avec dépens.

Pourvoi et pourvoi incident rejetés avec dépens.

Procureurs de l’appelante: Léger, Robic & Richard, Montréal.

Procureurs de l’intimé: Sim, Hughes, Dimock, Toronto.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
45 Sacré-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*
Groupe Communication Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 4, 1990 Vol. 2

4^e cahier, 1990 Vol. 2

Cited as [1990] 2 S.C.R. 489-632

Renvoi [1990] 2 R.C.S. 489-632

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

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1990.

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

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1990.

CONTENTS

Canadian Indemnity Co. v. Canadian Johns-Manville Co. 549

Insurance — Representation and concealment — Public character and notoriety exception — Insured failing to disclose material facts relating to health risks associated with asbestos — Whether insurer presumed to know undisclosed facts by reason of their public character or notoriety — Whether notoriety could be measured with reference to foreign material — Constructive knowledge — Insurer's duty to inquire — *Uberrimae fidei* nature of insurance contract — Confirmation of contract — Civil Code of Lower Canada, arts. 2485, 2486, 2489.

Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission) 489

Civil rights — Freedom of religion — Adverse effect discrimination — Employer requiring work on Monday because of demands imposed by nature of business — Employee's religion requiring observance of Easter Monday — Whether the employer's rule could be upheld as a *bona fide* occupational qualification — If not, whether respondent could demonstrate accommodation of complainant's religious beliefs up to the point of undue hardship — If so, whether the respondent reasonably accommodated the complainant's religious beliefs — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, s. 7(1), (3).

Continued on next page

SOMMAIRE

Canadian Indemnity Co. c. Canadian Johns-Manville Co. 549

Assurance — Déclarations et réticences — Exception relative au caractère public et à la notoriété — Omission de l'assuré de déclarer des faits pertinents au sujet des risques pour la santé liés à l'amiante — L'assureur est-il présumé connaître ces faits non déclarés en raison de leur caractère public ou de leur notoriété? — La notoriété peut-elle s'évaluer en fonction de documents étrangers? — Connaissance par imputation — Obligation de l'assureur de se renseigner — Nature *uberrimae fidei* du contrat d'assurance — Confirmation du contrat — Code civil du Bas-Canada, art. 2485, 2486, 2489.

Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Commission des droits de la personne) 489

Libertés publiques — Liberté de religion — Discrimination par suite d'un effet préjudiciable — Imposition par l'employeur de l'obligation de travailler le lundi à cause de la nature de l'entreprise — Employé tenu par sa religion d'observer le lundi de Pâques — La règle de l'employeur peut-elle demeurer en tant qu'exigence professionnelle normale? — Dans la négative, l'intimée peut-elle démontrer qu'elle a composé avec les croyances religieuses du plaignant mais sans s'imposer des contraintes excessives? — Dans l'affirmative, l'intimée a-t-elle pris les

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Khan 531

Evidence — Witnesses — Evidence of children — Evidence Act permitting child of tender years to give unsworn evidence — Whether trial judge erred in ruling that four-and-a-half-year-old child incompetent to give such testimony in sexual assault case — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 16.

Evidence — Exceptions to hearsay rule — Spontaneous declarations — Child making statements to her mother fifteen minutes after alleged sexual assault — Whether such statements admissible as an exception to the hearsay rule.

R. v. Multiform Manufacturing Co. 624

Criminal law — Search and seizure — Bankruptcy — Bankruptcy Act providing for authorization of searches in limited circumstances related to bankruptcy — Whether public authorities can also resort to s. 443 of Criminal Code to obtain a search and seizure warrant where Bankruptcy Act applies — Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, s. 6 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 443.

SOMMAIRE (Fin)

mesures raisonnables pour composer avec les croyances religieuses du plaignant? — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. 1-2, art. 7(1), (3).

R. c. Khan 531

Preuve — Témoins — Témoignage d'enfant — Loi sur la preuve permettant à un enfant en bas âge de témoigner sans être assermenté — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en décidant qu'un enfant de quatre ans et demi était inhabile à témoigner dans une affaire d'agression sexuelle? — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, ch. E-10, art. 16.

Preuve — Exceptions à la règle du ouï-dire — Déclarations spontanées — L'enfant a fait des déclarations à sa mère quinze minutes après l'agression sexuelle alléguée — Ces déclarations sont-elles recevables comme exception à la règle du ouï-dire?

R. c. Multiform Manufacturing Co. 624

Droit criminel — Perquisition et saisie — Faillite — Autorisation de perquisitionner prévue dans la Loi sur la faillite dans des circonstances limitées reliées à la faillite — Les autorités peuvent-elles recourir aussi à l'art. 443 du Code criminel pour obtenir un mandat de perquisition et de saisie lorsque la Loi sur la faillite s'applique? — Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, ch. B-3, art. 6 — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 443.

Alberta Human Rights Commission
Appellant

v.

Central Alberta Dairy Pool *Respondent*
and

**The Canadian Human Rights Commission,
Canadian Jewish Congress and Seventh-day
Adventist Church in Canada**
Intervenors

INDEXED AS: CENTRAL ALBERTA DAIRY POOL v.
ALBERTA (HUMAN RIGHTS COMMISSION)

File No.: 20850.

1989: October 13; 1990: September 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

*Civil rights — Freedom of religion — Adverse effect
discrimination — Employer requiring work on Monday
because of demands imposed by nature of business —
Employee's religion requiring observance of Easter
Monday — Whether the employer's rule could be
upheld as a bona fide occupational qualification — If
not, whether respondent could demonstrate accommo-
dation of complainant's religious beliefs up to the point
of undue hardship — If so, whether the respondent
reasonably accommodated the complainant's religious
beliefs — Individual's Rights Protection Act, R.S.A.
1980, c. I-2, s. 7(1), (3).*

The complainant launched a complaint against the respondent alleging that it refused to continue to employ him because of his religion, contrary to s. 7(1) of the *Individual's Rights Protection Act*. The complainant's religion required that he not work on his Sabbath and holy days. There was a general understanding that employees work during "working days" but this "rule" was not inflexible and complainant had been accommodated on at least one occasion. The respondent refused complainant's request for leave without pay for Easter Monday because of its particularly onerous operational requirements on Mondays. The complainant was

* Chief Justice at the time of hearing.

Alberta Human Rights Commission
Appelante

c.

^a **Central Alberta Dairy Pool** *Intimée*
et

^b **Commission canadienne des droits de la
personne, Congrès juif canadien et Église
adventiste du septième jour du Canada**
Intervenants

RÉPERTORIÉ: CENTRAL ALBERTA DAIRY POOL c.
ALBERTA (HUMAN RIGHTS COMMISSION)

^c N° du greffe: 20850.

1989: 13 octobre; 1990: 13 septembre.

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

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

^e *Libertés publiques — Liberté de religion — Discrimination par suite d'un effet préjudiciable — Imposition par l'employeur de l'obligation de travailler le lundi à cause de la nature de l'entreprise — Employé tenu par sa religion d'observer le lundi de Pâques — La règle de l'employeur peut-elle demeurer en tant qu'exigence professionnelle normale? — Dans la négative, l'intimée peut-elle démontrer qu'elle a composé avec les croyances religieuses du plaignant mais sans s'imposer des contraintes excessives? — Dans l'affirmative, l'intimée a-t-elle pris les mesures raisonnables pour composer avec les croyances religieuses du plaignant? — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2, art. 7(1), (3).*

^h Le plaignant a déposé une plainte contre l'intimée, alléguant que celle-ci avait refusé de continuer à l'employer en raison de sa religion, en contravention du par. 7(1) de la *Individual's Rights Protection Act*. La religion du plaignant exigeait qu'il ne travaille pas pendant le sabbat et les jours saints. Il était généralement entendu que les employés travailleraient durant les «jours ouvrables», mais cette «règle» n'était pas inflexible et on avait permis à l'appelant de s'absenter au moins une fois. L'intimée a refusé au plaignant sa demande de congé non payé pour le lundi de Pâques en raison des impératifs de l'exploitation les lundis. Le plaignant a été

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

informed that if he failed to report to work on Easter Monday his employment would be terminated. He did not report for work and was dismissed.

The Board of Inquiry established pursuant to the Act found that the respondent had discriminated against the complainant contrary to s. 7 of the Act and ordered the respondent to pay him partial compensation for his lost wages. An appeal to the Alberta Court of Queen's Bench was allowed by MacNaughton J. and affirmed by the Alberta Court of Appeal.

At issue here were: (1) whether the employer's rule could be upheld as a *bona fide* occupational qualification (BFOQ) under s. 7(3) of the Act; (2) if not, whether it was still open to the respondent to demonstrate that it had accommodated the complainant's religious beliefs up to the point of undue hardship; and (3) if so, whether the respondent reasonably accommodated the complainant's religious beliefs?

Held: The appeal should be allowed.

Per Dickson C.J. and Wilson, L'Heureux-Dubé and Cory JJ.: *Bona fide* occupational qualification and *bona fide* occupational requirement are equivalent and co-extensive terms.

Direct and adverse effect discrimination ought to be distinguished for purposes of determining the appropriate response to a *prima facie* case of discrimination. A rule established by the employer which fits into the category of "direct discrimination" and which is not saved by any statutory justification is simply struck down. It can only stand if it is valid in its application to all members of the group affected by it. This result does not obtain, however, where a neutral rule has an adverse discriminatory effect. Its effect on the complainant must be considered and some accommodation required from the employer for the complainant's benefit if the purpose of the Act is to be given effect. The working rule to which the duty of accommodation applies need not be "reasonably necessary"; it need only be "a condition or rule rationally related to the performance of the job".

Bhinder v. Canadian National Railway Co. is correct in so far as it states that accommodation is not a component of the BFOQ test and that once a BFOQ is proven the employer has no duty to accommodate. It is incorrect, however, in so far as it applied that principle to a case of adverse effect discrimination. The end result is that where a rule discriminates directly it can only be

avisé qu'il serait mis fin à son emploi s'il ne se présentait pas au travail le lundi de Pâques. Il ne s'est pas présenté à son travail et a été renvoyé.

La commission d'enquête constituée en vertu de la Loi a conclu que l'intimée avait exercé une discrimination contre le plaignant en contravention de l'art. 7 de la Loi et a ordonné à l'intimée de lui verser une indemnité partielle pour salaire perdu. L'appel interjeté à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a été accueilli par le juge MacNaughton et confirmé par la Cour d'appel de l'Alberta.

Il faut décider en l'espèce: (1) si la règle de l'employeur peut demeurer en tant qu'exigence professionnelle normale (EPN) au sens du par. 7(3) de la Loi; (2) dans la négative, si l'intimée avait toujours la faculté de démontrer qu'elle avait composé avec les croyances religieuses du plaignant sans s'imposer des contraintes excessives; et (3) dans l'affirmative, si l'intimée a pris les mesures raisonnables pour composer avec les croyances religieuses du plaignant.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Cory: Les expressions qualification professionnelle normale et exigence professionnelle normale sont équivalentes et de même portée.

Il y a lieu de faire une distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte aux fins de déterminer la réponse qu'il convient d'apporter à une preuve apparente de discrimination. Lorsque la règle établie par l'employeur tombe dans la catégorie de la «discrimination directe» et qu'elle n'est protégée par aucune justification légale, elle est simplement annulée. Elle ne peut être maintenue que si elle est valide dans son application à tous les membres du groupe touché. Mais lorsqu'une règle neutre est discriminatoire par suite d'un effet préjudiciable, le résultat n'est pas le même. Son effet sur le plaignant doit être étudié et un accommodement quelconque s'impose de la part de l'employeur au profit du plaignant si l'on veut mettre en application l'objet de la Loi. Il n'est pas essentiel que la règle de travail à laquelle s'applique l'obligation d'accommodement soit «raisonnablement nécessaire»; il importe seulement qu'elle soit «une condition ou une règle raisonnablement liée à l'exécution des fonctions».

Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada est bien fondé lorsqu'il énonce que l'accommodement n'est pas un élément du critère de l'EPN et qu'une fois démontrée l'existence d'une EPN, l'employeur n'a pas d'obligation d'accommodement. En revanche, cet arrêt est mal fondé dans la mesure où il applique ce principe à un cas de discrimination indi-

justified by a statutory equivalent of a BFOQ, i.e., a defence that considers the rule in its totality. (All human rights codes in Canada contain some form of BFOQ provision.) However, where a rule has an adverse discriminatory effect, the appropriate response is to uphold the rule in its general application and consider whether the employer could have accommodated the employee adversely affected without undue hardship.

The rule at issue here bore the form of a neutral condition of general application but had an adverse impact on adherents of minority religions or sects. The defence of accommodation requires that the rule be rationally connected to the performance of the job and that the respondent employer accommodate the employee up to the point of undue hardship. The respondent is equally entitled to organize its business by closing down its processing operation on the weekend resulting in Monday's being a particularly busy day. Its work rule meets the test of being rationally connected to the job of being a dairy processor. The complainant was lawfully entitled to pursue the practices of his religion and to be free of the compulsion to work on Easter Monday contrary to his religious beliefs. The onus is upon the respondent employer to show that it made efforts to accommodate the complainant's religious beliefs up to the point of undue hardship.

A comprehensive definition of what constitutes undue hardship is unnecessary. Some of the factors relevant to such an appraisal, however, might be listed. They might include financial cost, disruption of a collective agreement, problems of morale of other employees, interchangeability of work force and facilities. The size of the employer's operation may influence the assessment of whether a given financial cost is undue or the ease with which the workforce and facilities can be adapted to the circumstances. Where safety is at issue both the magnitude of the risk and the identity of those who bear it are relevant considerations. This list is not intended to be exhaustive and the results which will obtain from a balancing of these factors against the right of the employee to be free from discrimination will necessarily vary from case to case.

Per La Forest, Sopinka and McLachlin JJ.: The duty to accommodate must be dealt with in the context of the *bona fide* occupational qualification exception or defence.

The general intent and spirit of the Act creates a duty to accommodate in religious discrimination cases.

recte. Il en résulte finalement que, lorsqu'une règle crée une discrimination directe, elle ne peut être justifiée que par une exception légale équivalente à une EPN, c.-à-d. un moyen de défense qui envisage la règle dans sa totalité. (Les codes de droits de la personne au Canada contiennent tous une disposition d'exception fondée sur l'EPN.) Par contre, lorsqu'une règle crée une discrimination par suite d'un effet préjudiciable, il convient de confirmer la validité de cette règle dans son application générale et de se demander si l'employeur aurait pu composer avec l'employé lésé sans subir des contraintes excessives.

La règle en cause en l'espèce prend la forme d'une condition neutre d'application générale, mais elle a un effet préjudiciable sur les adeptes de religions ou de sectes minoritaires. La défense d'accommodement exige que la règle ait un lien rationnel avec l'exercice de l'emploi et que l'employeur intimé ait composé avec l'employé sans s'imposer des contraintes excessives. L'intimée est également autorisée à organiser ses activités de manière à arrêter la production en fin de semaine de sorte que le lundi est une journée particulièrement chargée. Sa condition d'emploi satisfait donc au critère du lien rationnel avec le travail de transformation laitière. Le plaignant était légalement autorisé à pratiquer sa religion et à ne pas être forcé de travailler le lundi de Pâques, contrairement à ses croyances religieuses. C'est à l'employeur qu'incombe le fardeau de prouver qu'il s'est efforcé de tenir compte des croyances religieuses du plaignant, sans s'imposer des contraintes excessives.

Il n'est pas nécessaire de définir de façon exhaustive ce qu'il faut entendre par contrainte excessive. On peut cependant énumérer certains facteurs permettant de la mesurer. Ils peuvent comprendre le coût financier, l'atteinte à la convention collective, le moral du personnel et l'interchangeabilité des effectifs et des installations. L'importance de l'exploitation de l'employeur peut jouer sur l'évaluation de ce qui représente un coût excessif ou sur la facilité avec laquelle les effectifs et les installations peuvent s'adapter au gré des circonstances. Lorsque la sécurité est en jeu, l'ampleur du risque et l'identité de ceux qui le supportent sont des facteurs pertinents. Cette énumération ne se veut pas exhaustive et les résultats qu'on obtiendra en mesurant ces facteurs par rapport au droit de l'employé de ne pas faire l'objet de discrimination varieront nécessairement selon le cas.

Les juges La Forest, Sopinka et McLachlin: Il faut traiter de l'obligation d'accommodement dans le contexte de l'exception ou de la défense fondée sur l'exigence professionnelle normale.

L'objet et l'esprit de la Loi créent une obligation d'accommodement dans les cas de discrimination reli-

Where a duty to accommodate arises but the statute contains no BFOQ, the employer can discharge the duty only by showing that all reasonable efforts have been made to accommodate individual employees short of creating undue hardship for the employer. This does not change because of the addition of a statutory defence of BFOQ. The addition of the defence is relevant to the discharge of the duty but not to its existence.

Where a statutory BFOQ provision is present, its language cannot be avoided. Once that defence is made out there is no basis for an individual examination of the circumstances of each employee. The question, however, is how the BFOQ is established having regard to the duty to accommodate.

A successful BFOQ defence requires that there be no reasonable alternative to a rule that does not take into account the individual circumstances of those to whom it applies. What is reasonable in these terms is a question of fact. If the employer fails to provide an explanation as to why individual accommodation cannot be accomplished without undue hardship, the duty to accommodate has not been discharged and the BFOQ has not been established.

An employer with a large number of employees of many different religions may be able to discharge the duty inherent in the BFOQ by adopting a policy with respect to the accommodation of the religious beliefs of its employees. Such a policy may be a reasonable alternative to a practice that entails an *ad hoc* accommodation of individual employees. An employer that has not adopted a policy with respect to accommodation and cannot otherwise satisfy the trier of fact that individual accommodation would result in undue hardship will be required to justify his conduct with respect to the individual complainant. Even then the employer can invoke the BFOQ defence.

Here, the finding of the Board of Inquiry that the employer "made no significant effort to accommodate the request" was fatal to the establishment of a BFOQ.

Cases Cited

By Wilson J.

Overtured: *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; **considered:** *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon*

gieuse. Lorsqu'il existe une obligation d'accommodement là où la loi ne contient aucune disposition relative à l'EPN, l'employeur, pour s'acquitter de cette obligation, doit démontrer qu'il a fait tous les efforts raisonnables pour composer avec des employés particuliers sans avoir à s'imposer des contraintes excessives. L'adjonction de la défense légale fondée sur une EPN ne modifie pas cette situation; en effet, cette défense se rapporte à l'exécution de l'obligation et non pas à son existence.

b Lorsqu'une loi contient une disposition relative à une EPN, son libellé ne saurait être ignoré. Une fois la défense établie, il n'y a pas lieu de faire l'étude individuelle de la situation de chacun des employés. Il faut se demander toutefois comment l'EPN est établie en regard de l'obligation d'accommodement.

Une défense fondée sur une EPN ne saurait réussir que s'il n'existe aucune autre solution raisonnable à une règle qui ne tient pas compte de la situation particulière de ceux qu'elle vise. Ce qui est raisonnable dans ces circonstances est une question de fait. Si l'employeur n'arrive pas à expliquer pourquoi il ne peut composer individuellement avec ses employés, sans contrainte excessive pour lui, il ne s'est pas acquitté de son obligation d'accommodement et l'EPN n'a pas été établie.

e L'employeur qui a de nombreux employés de religions différentes peut arriver à s'acquitter de l'obligation inhérente à l'EPN en adoptant une politique visant à tenir compte des diverses croyances religieuses de ses employés. Une telle politique peut être une solution raisonnable à envisager au lieu de la pratique consistant à composer individuellement avec les employés dans des circonstances particulières. L'employeur qui n'a pas adopté de politique relative aux accommodements, et qui ne peut par ailleurs convaincre le juge des faits que composer sur une base individuelle lui imposerait des contraintes excessives sera tenu de justifier sa conduite à l'égard du plaignant. Même alors, l'employeur peut invoquer la défense fondée sur l'EPN.

h En l'espèce, la conclusion de la commission d'enquête que l'employeur «n'a fait aucun effort notable pour répondre à la demande» s'oppose absolument à l'existence d'une EPN.

Jurisprudence

i Citée par le juge Wilson

Arrêt écarté: *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; **arrêts examinés:** *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *Saskatche-*

(City), [1989] 2 S.C.R. 1297; *Caldwell v. Stuart*, [1984] 2 S.C.R. 603; *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279.

By Sopinka J.

Considered: *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297; *Roosma v. Ford Motor Co.* (1988), 9 C.H.R.R. D/4743; **referred to:** *Dewey v. Reynolds Metals Co.*, 402 U.S. 689 (1971), aff'g 429 F.2d 324 (6th Cir. 1970).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, s. 14(a).
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q. 1977, c. C-12, ss. 10, 20.
Civil Rights Act of 1964, Pub. L. 88-352, 78 Stat. 241 (1964), Title VII Equal Employment Opportunity.
Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, s. 7(1), (3).
Interpretation Act, R.S.A. 1980, c. I-7, ss. 10, 12(1).
Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1980, c. 340, s. 4(1)(g).
Ontario Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53.
 42 U.S.C.A. s. 2000e(j), as am. by Pub. L. 92-261, s. 2, 86 Stat. 103.

Authors Cited

Canada. Canadian Human Rights Commission. *The Effects of the Bhinder Decision on the Canadian Human Rights Commission: A Special Report to Parliament*. Ottawa: Canadian Human Rights Commission, 1986.
 Tarnopolsky, Walter Surma and William F. Pentney. *Discrimination and the Law*. Fifth Cumulative Supplement (September 1989). By William F. Pentney. Don Mills, Ont.: De Boo, 1989.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1988), 62 Alta. L.R. (2d) 207, 56 D.L.R. (4th) 192, [1989] 1 W.W.R. 78, dismissing an appeal from a judgment of MacNaughton J. (1986), 45 Alta. L.R. (2d) 325, 73 A.R. 57, 29 D.L.R. (4th) 154, [1986] 5 W.W.R. 35, Canadian Labour Law Reports 17,001, 8 C.H.R.R. D/3639,

wan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville), [1989] 2 R.C.S. 1297; *Caldwell c. Stuart*, [1984] 2 R.C.S. 603; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279.

^a Citée par le juge Sopinka

Arrêts examinés: *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297; *Roosma v. Ford Motor Co.* (1988), 9 C.H.R.R. D/4743; **arrêt mentionné:** *Dewey v. Reynolds Metals Co.*, 402 U.S. 689 (1971), conf. 429 F.2d 324 (6th Cir. 1970).

Lois et règlements cités

^a *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. 177, ch. C-12, art. 10, 20.
Civil Rights Act of 1964, Pub. L. 88-352, 78 Stat. 241 (1964), Title VII Equal Employment Opportunity.
Code ontarien des droits de la personne, L.R.O. 1980, ch. 340, art. 4(1)g).
^e *Code ontarien des droits de la personne, 1981*, L.O. 1981, ch. 53.
Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2, art. 7(1), (3).
Interpretation Act, R.S.A. 1980, ch. I-7, art. 10, 12(1).
^f *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33, art. 14a).
 42 U.S.C.A. art. 2000e(j), mod. Pub. L. 92-261, art. 2, 86 Stat. 103.

Doctrine citée

^g Canada. Commission canadienne des droits de la personne. *Les effets de la décision Bhinder sur la Commission canadienne des droits de la personne: rapport spécial au Parlement*. Ottawa: Commission canadienne des droits de la personne, 1986.
^h Tarnopolsky, Walter Surma and William F. Pentney. *Discrimination and the Law*. Fifth Cumulative Supplement (September 1989). By William F. Pentney. Don Mills, Ont.: De Boo, 1989.

ⁱ POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1988), 62 Alta. L.R. (2d) 207, 56 D.L.R. (4th) 192, [1989] 1 W.W.R. 78, qui a rejeté un appel d'un jugement du juge MacNaughton (1986), 45 Alta. L.R. (2d) 325, 73 A.R. 57, 29 D.L.R. (4th) 154, [1986] 5 W.W.R. 35, Canadian Labour Law Reports 17,001, 8 C.H.R.R. D/3639,

allowing an appeal from a ruling of a Board of Inquiry. Appeal allowed.

Russell D. Albert and J. Leslie Wallace, for the appellants.

Fred Day, for the respondent.

René Duval, for the intervener the Canadian Human Rights Commission.

John I. Laskin and Robyn M. Bell, for the intervener the Canadian Jewish Congress.

Gerald Chipeur, for the intervener Seventh-day Adventist Church.

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

WILSON J.—The principal question raised in this appeal is whether a particular attendance rule imposed by the respondent employer on an employee is a *bona fide* occupational qualification (“BFOQ”) under the Alberta *Individual’s Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2 (“the Act”). In the event that this Court answers the question in the negative, we are further called upon by the parties to consider whether the respondent might defend itself from a charge of religious discrimination by proving that it accommodated the employee up to the point of undue hardship.

1. The Facts

The appeal arises out of a complaint launched by Jim Christie (“the complainant”) against the respondent alleging that the respondent refused to continue to employ him because of his religion, contrary to s. 7(1) of the Act. His complaint was upheld by the Board of Inquiry but overturned by the Alberta Court of Queen’s Bench. The Alberta Court of Appeal upheld the Queen’s Bench decision.

The complainant was employed by the respondent from August 26, 1980 to April 4, 1983 in a number of positions in the production operations of the respondent’s milk processing plant in Wetaskiwin, Alberta. He became a prospective member of the World Wide Church of God in February,

qui avait accueilli un appel d’une décision d’une commission d’enquête. Pourvoi accueilli.

Russell D. Albert et J. Leslie Wallace, pour l’appelante.

Fred Day, pour l’intimée.

René Duval, pour l’intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

John I. Laskin et Robyn M. Bell, pour l’intervenant le Congrès juif canadien.

Gerald Chipeur, pour l’intervenante l’Église adventiste du septième jour.

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

LE JUGE WILSON—La principale question dans le présent pourvoi est de savoir si une règle particulière concernant la présence au travail imposée par l’employeur intimé à un employé est une exigence professionnelle normale («EPN») au sens de la *Individual’s Rights Protection Act* de l’Alberta, R.S.A. 1980, ch. I-2 («la Loi»). Dans l’éventualité où notre Cour répondrait par la négative, les parties nous demandent de déterminer si l’intimée pourrait se défendre d’une accusation de discrimination religieuse en démontrant qu’elle a tenu compte de la situation de l’employé dans la mesure où elle n’en subissait pas de contraintes excessives.

1. Les faits

Le pourvoi tire son origine d’une plainte déposée par Jim Christie («le plaignant») contre l’intimée, alléguant que celle-ci avait refusé de continuer à l’employer en raison de sa religion, contrairement au par. 7(1) de la Loi. La commission d’enquête a conclu au bien-fondé de la plainte mais sa décision a été infirmée par la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta. La Cour d’appel de l’Alberta a confirmé le jugement de la Cour du Banc de la Reine.

Du 26 août 1980 au 4 avril 1983, le plaignant a été employé dans plusieurs postes du secteur de la production, à l’usine de transformation du lait exploitée par l’intimée à Wetaskiwin, en Alberta. Il est devenu membre aspirant de la World Wide Church of God en février 1983. Cette Église

1983. The Church recognizes a Saturday Sabbath, a five-day Fall Feast of the Tabernacle, and five other holy days during the year. Religious adherents are expected not to work on these days, although the Church does not impose sanctions for disobedience.

The complainant requested to work the early shift on Fridays in order that his work schedule not conflict with the onset of his Sabbath. This request was granted. He expressed a desire to schedule his vacation time in the future to coincide with the Fall Feast of the Tabernacle but consideration of this request was superceded by subsequent events.

On March 25, 1983, Mr. Christie requested through his supervisor permission to take unpaid leave on Tuesday, March 29 and Monday, April 4, in order to observe two holy days. The latter day was Easter Monday. He offered to work alternative days outside his regular schedule in consideration for his absence on the two holy days. His supervisor responded that he would be allowed to be absent March 29 but for reasons of plant operating needs he would be required at work Monday, April 4.

Mondays are especially busy days at the plant. Milk arrives seven days a week and milk received on the weekend is prepared Sunday for canning on Monday. All milk that arrives on the weekend must be canned promptly on Monday to prevent spoilage. Mondays are also busy shipping days. In cases of employee absence on Mondays due to sickness or other emergencies the contingency arrangement contemplated under the collective agreement was to adjust work assignments and/or have the supervisor assist in maintaining operations.

The complainant reiterated his request and the reasons for it to his supervisor, his shop steward, and the Branch Manager. A meeting between these parties, as well as a union representative, took place on March 30 at which time the complainant was advised by the Branch Manager that if he failed to report for work on April 4 his

reconnaît le samedi comme jour du sabbat, une fête des Tabernacles de cinq jours à l'automne de même que cinq autres jours saints dans l'année. Elle demande à ses adeptes de ne pas travailler ces jours-là, bien que la désobéissance à cette règle ne soit pas sanctionnée.

Pour que son horaire de travail n'entre pas en conflit avec le début du sabbat, le plaignant a demandé à travailler pendant le premier quart le vendredi, ce qui lui a été accordé. Il a également exprimé le souhait de faire coïncider à l'avenir la période de ses vacances avec la fête des Tabernacles en automne mais des événements subséquents ont écarté l'examen de cette requête.

Le 25 mars 1983, M. Christie a demandé, par l'intermédiaire de son contremaître, l'autorisation de prendre un congé non payé le mardi 29 mars et le lundi 4 avril, pour observer deux jours saints, dont le dernier était le lundi de Pâques. En échange, il a offert de travailler d'autres jours en dehors de son horaire normal. Son contremaître lui a répondu qu'il serait autorisé à s'absenter le 29 mars mais que, en raison des impératifs de l'exploitation, sa présence au travail serait requise le lundi 4 avril.

Le lundi est une journée particulièrement chargée à l'usine. La réception du lait a lieu sept jours par semaine et le lait reçu en fin de semaine est préparé le dimanche pour la mise en conserve le lundi. Tout le lait ainsi reçu pendant la fin de semaine doit être rapidement mis en conserve le lundi afin d'éviter toute détérioration. Le lundi est aussi un jour d'expédition chargé. En cas d'absence d'un employé ce jour-là, pour cause de maladie ou autre situation urgente, le plan de secours mis en place dans la convention collective prévoit que les affectations sont réaménagées ou que le contremaître fournit son aide pour assurer la continuité des opérations, ou les deux.

Le plaignant a renouvelé sa demande et en a réitéré les motifs à son contremaître, à son délégué syndical ainsi qu'au directeur de succursale. Une rencontre entre ces personnes, en présence d'un représentant du syndicat, a eu lieu le 30 mars, date à laquelle le plaignant a été avisé par le directeur qu'il serait mis fin à son emploi s'il ne se présentait

employment would be terminated. The complainant did not appear for work on April 4. When he returned on April 5 he found his position occupied by a newly hired employee. He had been dismissed.

The Board of Inquiry established pursuant to the Act found that the respondent had discriminated against the complainant contrary to s. 7 of the Act and ordered the respondent to pay him partial compensation for Christie's lost wages. An appeal to the Alberta Court of Queen's Bench was allowed by MacNaughton J. and affirmed by the Alberta Court of Appeal.

2. The Relevant Legislation

Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980 c. I-2:

[Preamble]

WHEREAS recognition of the inherent dignity and the equal and inalienable rights of all persons is the foundation of freedom, justice and peace in the world; and

WHEREAS it is recognized in Alberta as a fundamental principle and as a matter of public policy that all persons are equal in dignity and rights without regard to race, religious beliefs, colour, sex, physical characteristics, age, ancestry or place of origin; and

WHEREAS it is fitting that this principle be affirmed by the Legislature of Alberta in an enactment whereby those rights of the individual may be protected:

THEREFORE HER MAJESTY, by and with the advice and consent of the Legislative Assembly of Alberta, enacts as follows:

7(1) No employer or person acting on behalf of an employer shall

(a) refuse to employ or refuse to continue to employ any person, or

(b) discriminate against any person with regard to employment or any term or condition of employment,

because of the race, religious beliefs, colour, sex, physical characteristics, marital status, age, ancestry or place of origin of that person or of any other person.

pas au travail le 4 avril. Le plaignant ne s'est pas présenté à son travail le 4 avril. Lorsqu'il y est revenu le 5 avril, il a constaté qu'un nouvel employé occupait son poste. Il avait été renvoyé.

La commission d'enquête constituée en vertu de la Loi a conclu que l'intimée avait exercé une discrimination contre le plaignant en contravention de l'art. 7 de la Loi et elle lui a ordonné de lui verser une indemnité partielle pour salaire perdu. L'appel interjeté à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a été accueilli par le juge MacNaughton et confirmé par la Cour d'appel de l'Alberta.

2. La législation pertinente

Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2:

[TRADUCTION] [Préambule]

CONSIDÉRANT que la reconnaissance de la dignité inhérente à toutes les personnes et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde; et

CONSIDÉRANT qu'est reconnu en Alberta le principe fondamental et d'intérêt public de l'égalité de toutes les personnes et en droits, sans distinction de race, de croyances religieuses, de couleur, de sexe, de caractéristiques physiques, d'âge, d'ascendance ou de lieu d'origine; et

CONSIDÉRANT qu'il y a lieu que la Législature de l'Alberta affirme ce principe dans une loi protégeant les droits de la personne;

À CES CAUSES, SA MAJESTÉ, de l'avis et du consentement de l'Assemblée législative de l'Alberta, décrète ce qui suit:

7(1) Aucun employeur ni aucune personne agissant pour le compte d'un employeur ne doit

a) refuser d'employer ou de continuer d'employer une personne;

b) faire preuve de discrimination envers une personne en matière d'emploi ou quant aux modalités ou conditions d'emploi,

en raison de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, des caractéristiques physiques, de l'état matrimonial, de l'âge, de l'ascendance ou du lieu d'origine de cette personne ou de toute autre personne.

(3) Subsection (1) does not apply with respect to a refusal, limitation, specification or preference based on a bona fide occupational qualification.

The *Individual's Rights Protection Amendments Act, 1985*, S.A. 1985, c. 33, amended s. 7(3) and replaced "qualification" with "requirement". The amendment also substituted the term "physical disability" for "physical characteristics".

Interpretation Act, R.S.A. 1980, c. I-7:

10 An enactment shall be construed as being remedial, and shall be given the fair, large and liberal construction and interpretation that best ensures the attainment of its objects.

12(1) The preamble of an enactment is a part of the enactment intended to assist in explaining the enactment.

3. The Decisions Below

Board of Inquiry (G. M. Johanson, Chairman)

The Board's decision preceded this Court's judgments in *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, and *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561. In the course of its decision the Board considered the public policy underlying the Act (as expressed in the preamble) as well as the interaction of ss. 7(1) and 7(3). It concluded, as did this Court in *O'Malley*, that intent is not a necessary prerequisite to a finding of discrimination in breach of a human rights statute.

In order to establish a *prima facie* case of discrimination the Board held that the complainant had to prove:

- (a) the existence of a *bona fide* religion with a genuine commitment to it;
- (b) adequate notice of the employee's religious requirements to the employer; and
- (c) an effort on the part of the employee to accommodate the employer as far as possible without being required to compromise his beliefs.

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard d'un refus, d'une restriction, d'une condition ou d'une préférence fondé sur une qualification professionnelle normale.

^a En 1985, le par. 7(3) a été modifié par la *Individual's Rights Protection Amendments Act, 1985*, S.A. 1985, ch. 33, pour remplacer le terme [TRADUCTION] «qualification» par «exigence», et remplacer [TRADUCTION] «caractéristiques physiques» par «déficiences physiques.»

Interpretation Act, R.S.A. 1980, ch. I-7:

[TRADUCTION] 10 La loi est censée réparatrice et reçoit l'interprétation juste, large et libérale la plus favorable à la réalisation de son objet.

^d 12(1) Le préambule fait partie de la loi et sert à l'expliquer.

3. Les décisions des juridictions inférieures

^e *La commission d'enquête (G. M. Johanson, président)*

^f La décision de la commission est antérieure aux arrêts de cette Cour dans *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, et *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561. Dans sa décision, la commission a examiné les principes sous-tendant la Loi (exprimés au préambule) ainsi que l'interaction des par. 7(1) et 7(3). Comme cette Cour l'a fait dans l'arrêt *O'Malley*, elle a conclu que l'intention n'est pas une condition préalable essentielle à une conclusion de discrimination visée par une ^h loi sur les droits de la personne.

Selon la commission, pour établir *prima facie* la discrimination, le plaignant devait prouver:

- ⁱ a) l'existence d'une religion légitime et la sincérité de son engagement envers elle;
- b) la notification suffisante à l'employeur des obligations religieuses de l'employé;
- ^j c) un effort de la part de l'employé pour composer le plus possible avec l'employeur sans être obligé de sacrifier ses croyances.

The first two points were not in dispute. The complainant's sincerity was not questioned at that time and the employer did not contend that more notice would have affected its decision.

With respect to the complainant's attempt to accommodate his employer, the Board found that his efforts were adequate and "other alternatives could have been explored if his employer had been open to such a discussion". The Board added, however, that Mr. Christie

... could and should have been more diligent in consulting with his minister in the World Wide Church of God to better understand the position of his church based on his particular job and the need of his employer. Mr. Christie was new to the Church and admitted he had much to learn. Although Mr. Christie did raise this matter with his minister, the evidence leads us to conclude this was not done in a thorough and complete manner with due regard to the seriousness of his situation. The evidence leads also to the conclusion his minister may not have provided adequate information and advice.

The Board ruled that these shortcomings in Mr. Christie's conduct could be dealt with at the remedial stage and did not affect the legitimacy of his *prima facie* case.

The Board then turned to the issue of the employer's accommodation of the complainant's religious beliefs. It held that the employer's obligation under s. 7(1) of the Act to refrain from discriminatory practices could be limited only to the extent that accommodation would cause undue hardship. It identified four factors to be considered in assessing undue hardship in relation to reasonable accommodation: (1) interchangeability of work force and facilities; (2) disruption of a collective agreement; (3) problems of morale of other employees; and (4) costs. The Board found that the interchangeability factor was the only one of any significance in the present case. Since Mondays were especially busy the employer did not have the usual flexibility to reassign the work force as it did on other days such as Tuesday, March 29 when Mr. Christie was permitted to be absent. Although the supervisor, Mr. Shantz, had the

Les deux premiers points n'étaient pas en litige. La sincérité du plaignant n'a pas été mise en doute à ce moment et l'employeur n'a pas prétendu que sa décision aurait été différente s'il avait reçu plus ample avis.

En ce qui a trait aux efforts du plaignant pour composer avec son employeur, la commission a conclu qu'ils avaient été suffisants et que [TRANSDUCTION] «d'autres solutions auraient pu être examinées si l'employeur avait été ouvert à la discussion». La commission a toutefois ajouté que M. Christie

[TRADUCTION] ... aurait pu et aurait dû être plus vigilant lorsqu'il a consulté le ministre de la World Wide Church of God pour mieux comprendre la position de son Église, en fonction de son travail et des besoins de son employeur. Monsieur Christie était nouveau dans l'Église et il a reconnu qu'il avait beaucoup de choses à apprendre. S'il a abordé la question avec son ministre, d'après la preuve, il ne l'a pas fait de manière approfondie et complète, compte tenu de la gravité de sa situation. La preuve nous amène également à conclure que son ministre ne lui a peut-être pas fourni les informations et les conseils appropriés.

La commission a décidé que ces lacunes dans la conduite de M. Christie pouvaient être prises en compte au stade de la réparation et n'avaient pas d'incidence sur la légitimité de la preuve *prima facie*.

La commission a ensuite examiné l'obligation de l'employeur de composer avec les croyances religieuses du plaignant. Elle a conclu que l'obligation faite à l'employeur, au par. 7(1) de la Loi, de s'abstenir de commettre des actes discriminatoires ne pouvait être limitée que dans la mesure où l'accommodement causerait une contrainte excessive. La commission a identifié quatre facteurs à prendre en compte pour évaluer la contrainte excessive par rapport à l'accommodement raisonnable: (1) l'interchangeabilité des effectifs et des installations, (2) l'atteinte à la convention collective, (3) le moral des autres employés et (4) les coûts. La commission a jugé que l'interchangeabilité était le seul facteur important en l'espèce. Le lundi étant une journée particulièrement chargée, l'employeur ne pouvait faire preuve, dans le réaménagement des effectifs, de la souplesse dont il faisait habituellement preuve d'autres jours,

ability to fill in, it was unreasonable to expect someone in his position to do so except "in limited and mutually agreeable circumstances".

The collective agreement did not present a serious obstacle to giving Mr. Christie the day off on April 4 and no evidence was submitted by the employer with respect to employee morale or costs. The Board concluded that:

... the evidence in this case did not establish an undue hardship or more than de minimus [*sic*] cost would necessarily have resulted if full and complete consideration had been given to Mr. Christie's request at the time it was raised. The only real evidence was that Mr. Shantz was required to work on April 4 with the resulting inconvenience to the performance of his supervisory duties. Because this was the situation and because the Pool did not make any particular attempt to accommodate the request in recognition it was based on the religious beliefs of the employee, we find that the Pool was in violation of Subsection 7(1) of the Individual's Rights Protection Act in that as an employer, they refused to continue to employ Mr. Christie because of his religious beliefs and this action was not based on a bona fide occupational qualification as provided in Subsection 7(3).

The Board did not order reinstatement as a remedy because of "the conflict between Mr. Christie's religious beliefs and the requirements of his production position which in the longer term present a conflict which we are not at all certain can be resolved". Also, it ordered only partial compensation of Mr. Christie's lost income because "we do not believe the Pool can be held totally responsible".

Alberta Court of Queen's Bench (MacNaughton J.) (1986), 45 Alta. L.R. (2d) 325

MacNaughton J. held, at p. 328, that the Board erred in law in finding that the employer's action was not based on a bona fide occupational qualification:

comme cela s'est produit le mardi 29 mars lorsqu'il a autorisé M. Christie à s'absenter. Même si le contremaître, M. Shantz, était en mesure de suppléer à une absence, il était déraisonnable de s'attendre qu'une personne dans ce poste le fasse, sauf «dans des circonstances très limitées et d'un commun accord».

Quant à la convention collective, elle ne présentait pas d'obstacle sérieux à l'octroi d'une journée de congé à M. Christie le 4 avril et l'employeur n'a présenté aucune preuve en ce qui concerne le moral des autres employés ou les coûts. La commission a conclu:

[TRADUCTION] ... qu'il n'a pas été établi en l'espèce qu'il y avait contrainte excessive ou que le fait d'acquiescer pleinement à la demande de M. Christie, au moment où elle a été faite, aurait nécessairement entraîné des coûts autres que minimes. La seule preuve véritable est que M. Shantz a été tenu de travailler le 4 avril et que cela l'a gêné dans ses fonctions de surveillance. Compte tenu de cette situation et du fait que l'entreprise n'a pas fait d'efforts particuliers pour accéder à la demande eu égard à la nature des croyances religieuses de l'employé, nous estimons qu'elle a enfreint le par. 7(1) de la Individual's Rights Protection Act en ce que, à titre d'employeur, elle a refusé de continuer à employer M. Christie en raison de ses croyances religieuses, et que cette décision n'était pas fondée sur une exigence professionnelle normale aux termes du par. 7(3).

La commission n'a pas ordonné la réintégration comme mesure de réparation en raison [TRADUCTION] «du conflit existant entre les croyances religieuses de M. Christie et les exigences du poste qu'il occupait dans la production, conflit dont nous doutons fort qu'il puisse se résoudre à long terme». De même, elle n'a accordé à M. Christie qu'une indemnité partielle pour la perte de son salaire parce qu'elle estimait [TRADUCTION] «que l'entreprise ne pouvait être tenue entièrement responsable».

La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (le juge MacNaughton) (1986), 45 Alta. L.R. (2d) 325

Le juge MacNaughton a statué, à la p. 328, que la commission avait commis une erreur de droit en concluant que la décision de l'employeur n'était pas fondée sur une exigence professionnelle normale:

The complainant violated a term or condition of his employment which compelled him to attend regularly, and, in particular on 4th April 1983, at his place of employment in accordance with the work schedule established by the appellant. Such term or condition of employment was a bona fide occupational qualification within the meaning of s. 7(3) of the Act

Having found that attendance in accordance with the employer's work schedule was a bona fide occupational qualification, MacNaughton J. (citing the judgment of McIntyre J. in *Bhinder*) ruled that the employer had no duty to accommodate once the BFOQ defence was established. He also held that in any event the employer had reasonably accommodated the religious beliefs of the employee. Mr. Christie, on the other hand, had failed to take reasonable steps toward accommodating the employer's needs in that he "did not make diligent and complete inquiries of his church representatives to determine whether satisfactory solutions could be found". In coming to this conclusion, MacNaughton J. relied on evidence from a witness (who was also a member of the same Church as Mr. Christie) that "if the requirement to work on holy days is an ongoing situation, a person has the responsibility to seek, over time, other employment which will allow observance of holy days". The witness was of the view that Mr. Christie's present occupation would present an ongoing conflict with his religious obligations.

Alberta Court of Appeal (Harradence, Belzil, Stevenson JJ.A.), [1989] 1 W.W.R. 78

In a brief judgment Harradence J.A. ruled on behalf of the Court that MacNaughton J. did not err in concluding that the requirement of regular attendance was a BFOQ. In light of this Court's judgment in *Bhinder* it was unnecessary to determine whether there was any duty of accommodation on the employer.

4. The Issues

The dispute between the parties in this case revolves around the designation of an employer

[TRADUCTION] Le plaignant a violé une condition d'emploi l'obligeant à se présenter régulièrement au travail, et en particulier le 4 avril 1983, conformément à l'horaire de travail établi par l'appelante. Cette condition d'emploi était une exigence professionnelle normale, au sens du par. 7(3) de la Loi

Après avoir conclu que la présence au travail conformément à l'horaire de travail établi par l'employeur constituait une exigence professionnelle normale, le juge MacNaughton (citant l'opinion du juge McIntyre dans l'arrêt *Bhinder*) a décidé qu'aucune obligation d'accommodement n'incombait à l'employeur qui avait réussi à établir cette défense. Il a également jugé que, de toute façon, l'employeur avait pris des mesures raisonnables pour composer avec les croyances religieuses de l'employé. Quant à M. Christie, il n'a pas fait les démarches raisonnables pour tenir compte des besoins de l'employeur en ce qu'il [TRADUCTION] «ne s'est pas enquis de façon complète et avec diligence auprès des représentants de son Église pour voir s'il était possible de trouver des solutions satisfaisantes». Pour arriver à cette conclusion, le juge MacNaughton s'est appuyé sur la déposition d'un témoin (membre de la même Église que M. Christie) qui a affirmé que [TRADUCTION] «s'il s'agit d'une situation permanente, celui qui est tenu de travailler les jours saints a la responsabilité de se mettre à la recherche d'un autre emploi qui en permettra l'observance». Selon le témoin, le poste qu'occupait alors M. Christie était susceptible d'entrer constamment en conflit avec ses obligations religieuses.

Cour d'appel de l'Alberta (les juges Harradence, Belzil et Stevenson), [1989] 1 W.W.R. 78

Dans un bref jugement, le juge Harradence a statué au nom de la Cour que le juge MacNaughton n'avait pas commis d'erreur en concluant que l'exigence relative à la présence régulière au travail constituait une EPN. Compte tenu de l'arrêt de cette Cour dans l'affaire *Bhinder*, il n'y avait pas lieu de déterminer si une obligation d'accommodement incombait à l'employeur.

4. Les questions en litige

Le litige qui oppose les parties en l'espèce tourne autour de la reconnaissance comme EPN au sens

rule as a BFOQ under s. 7(3) of the Act. The parties, however, are not agreed as to how to characterize the particular rule at issue. The appellant describes it as mandatory attendance at work on Mondays. The respondent contends that it is "regular attendance, in general, and attendance on April 4th, 1983 specifically".

In my view, both of these descriptions are inaccurate. The employer did not impose mandatory attendance on Mondays without exception. The record clearly indicates that exceptions were made in cases of illness, unspecified emergencies and, one supposes, annual vacations. It was not the case that an employee who missed Monday due to illness would automatically be dismissed. Indeed, the employer had a contingency plan for dealing with precisely those situations. As for the respondent's submission, I note that there is no evidence that the complainant did not attend regularly, so the question of regular attendance does not arise in this context. It is true that the complainant asked for and received permission to be absent on Tuesday, March 29. To the extent that the respondent implies that its concession with respect to Tuesday is a relevant consideration in assessing its decision about the following Monday, the respondent's position is disingenuous. At no time did the respondent assert that its decision with respect to Monday would have been different had the appellant not requested and received other shift changes. On the contrary, there is every indication that the respondent would have refused to give the complainant Monday off for religious reasons under any circumstances. Moreover, it is not the case that the complainant refused to work Mondays in general. Neither could it be said that religious holidays (other than Easter Monday) would fall on Mondays except rarely. The complainant in the case at bar simply asked for one particular Monday off. Given this fact, the only way to characterize the respondent's rule would appear to be "mandatory attendance on Mondays except in case of illness or other emergencies, religious obligation not being included as an emergency for this purpose". Stated in the obverse, the

du par. 7(3) de la Loi d'une règle établie par un employeur. Les parties, toutefois, ne s'entendent pas sur la description de la règle en cause. L'appellante la décrit comme la règle de la présence obligatoire au travail le lundi. L'intimée prétend pour sa part qu'elle vise [TRADUCTION] «la présence régulière en général et la présence le 4 avril 1983 en particulier».

À mon avis, les deux sont inexactes. L'employeur n'a pas imposé la présence obligatoire le lundi, sans exception. Il ressort clairement du dossier qu'il y avait des exceptions en cas de maladie, de situations d'urgence indéterminées et, on peut le supposer, de congés annuels. Un employé absent le lundi pour cause de maladie n'était pas automatiquement renvoyé. En fait, l'employeur avait prévu un plan d'urgence précisément pour parer à ces situations. En ce qui concerne l'argument de l'intimée, soulignons que rien dans la preuve n'indique que le plaignant ne s'est pas présenté régulièrement au travail, de sorte que la question de la présence régulière ne se pose pas dans le présent contexte. Il est vrai que le plaignant a demandé et reçu l'autorisation de s'absenter le mardi 29 mars. Dans la mesure où l'intimée laisse entendre que la concession faite pour le mardi était une considération pertinente quant à l'appréciation de la décision prise pour le lundi suivant, sa position porte à faux. L'intimée n'a allégué à aucun moment que sa décision au sujet du lundi aurait pu être différente si l'appelant n'avait pas, à sa demande, obtenu d'autres changements de quart. Au contraire, tout indique que l'intimée aurait refusé d'accorder au plaignant un congé le lundi pour des motifs religieux, quelles que soient les circonstances. De plus, il ne s'agit pas d'un cas où le plaignant a refusé de travailler le lundi en général. Sauf quelques rares exceptions, on ne peut soutenir non plus que les congés religieux (autres que le lundi de Pâques) tomberaient le lundi. En l'espèce, le plaignant a simplement demandé une journée de congé un lundi en particulier. Dans ces conditions, la seule façon de décrire la règle de l'intimée serait de dire qu'il s'agit de «la présence obligatoire le lundi, sauf en cas de maladie ou autre situation d'urgence, l'obligation religieuse n'étant pas considérée comme une situation d'urgence aux fins de cette règle». Présentée à l'inverse, la règle interdisait

rule prohibited Monday absences due to religious obligation.

So much by way of preliminary comment. The issues raised in the appeal are as follows:

1. Can the employer's rule be upheld as a *bona fide* occupational qualification under s. 7(3) of the Act?

2. If question 1 is answered in the negative, was it still open to the respondent to demonstrate that it had accommodated the complainant's religious beliefs up to the point of undue hardship?

3. If question 2 is answered in the affirmative, did the respondent in fact reasonably accommodate the complainant's religious beliefs?

I note in passing that the respondent employer also wishes to put in issue for the first time before this Court the existence of a *prima facie* case of discrimination. It alleges, *inter alia*, that the complainant did not correctly understand the tenets of his faith and that his status as a prospective rather than fully baptized member of the Church somehow compromises his claim to recognition as a genuine adherent of the faith. The respondent did not impugn the sincerity of the complainant's beliefs at any earlier stage of the proceedings and, in my view, there is no reason to question the Board's finding of fact that "Mr. Christie had a genuine commitment to a *bona fide* religion".

5. Analysis

This Court has had an opportunity on several occasions to consider the statutory concept of a *bona fide* occupational qualification ("BFOQ") or *bona fide* occupational requirement ("BFOR") but a review of the relevant authorities suggests that they may not be completely compatible.

I note at the outset that while McIntyre J. in *Bhinder* left open the question whether a *bona fide* occupational qualification has the same meaning as a *bona fide* occupational requirement, I am of the view that they are equivalent and co-extensive terms. Most of the jurisprudence treats them as interchangeable and I agree that they are intended to give expression to the same concept. Accordingly, my conclusions with respect to the meaning of a

l'absence le lundi pour cause d'obligation religieuse.

Voilà pour les commentaires préliminaires. Le pourvoi soulève les questions suivantes:

1. La règle de l'employeur est-elle une exigence professionnelle normale au sens du par. 7(3) de la Loi?

2. Si la réponse à la question 1 est négative, l'intimée avait-elle toujours la faculté de démontrer qu'elle avait composé avec les croyances religieuses du plaignant tant qu'il n'en avait pas résulté pour elle une contrainte excessive?

3. Si la réponse à la question 2 est positive, l'intimée avait-elle, dans les faits, pris les mesures raisonnables pour composer avec les croyances religieuses du plaignant?

Je souligne au passage que l'intimée souhaite aussi contester pour la première fois devant cette Cour l'existence d'une preuve *prima facie* de discrimination. Elle allègue notamment que le plaignant n'a pas interprété correctement les préceptes de sa foi et que son statut de membre aspirant plutôt que de membre baptisé de l'Église compromet quelque peu sa prétention à la reconnaissance comme véritable adepte de cette confession. L'intimée n'a toutefois pas mis en doute la sincérité des croyances du plaignant auparavant en cours d'instance et, à mon avis, rien ne permet de mettre en doute la conclusion de fait du tribunal suivant laquelle [TRADUCTION] «l'engagement de M. Christie envers une religion légitime était sincère».

5. Analyse

Notre Cour a eu plusieurs fois l'occasion d'examiner le concept légal de qualification professionnelle normale («QPN») ou d'exigence professionnelle normale («EPN»). Un examen des arrêts pertinents donne toutefois à penser qu'ils pourraient ne pas être totalement compatibles.

Je souligne dès le départ que, même si le juge McIntyre dans l'arrêt *Bhinder* n'a pas décidé si l'expression qualification professionnelle normale avait la même signification que l'expression exigence professionnelle normale, je suis d'avis qu'il s'agit de termes équivalents et de même portée. La majeure partie de la jurisprudence considère ces expressions comme interchangeables et je suis d'accord pour dire qu'elles visent à exprimer le

bona fide occupational qualification are equally applicable to a *bona fide* occupational requirement.

The first statement by this Court regarding a statutory BFOQ was made in *Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202. At issue was a policy mandating retirement at age sixty for fire fighters. The employer submitted that the policy was a BFOQ within the meaning of the *Ontario Human Rights Code* and thus did not constitute discrimination on the basis of age. Speaking for the Court McIntyre J. outlined the procedure for dealing with a BFOQ provision at p. 208:

Once a complainant has established before a board of inquiry a *prima facie* case of discrimination, in this case proof of a mandatory retirement at age sixty as a condition of employment, he is entitled to relief in the absence of justification by the employer. The only justification which can avail the employer in the case at bar, is the proof, the burden of which lies upon him, that such compulsory retirement is a *bona fide* occupational qualification and requirement for the employment concerned. The proof, in my view, must be made according to the ordinary civil standard of proof, that is upon a balance of probabilities.

Turning to the definition of a BFOQ he stated:

Two questions must be considered by the Court. Firstly, what is a *bona fide* occupational qualification and requirement within s. 4(6) of the Code and, secondly, was it shown by the employer that the mandatory retirement provisions complained of could so qualify? . . . To be a *bona fide* occupational qualification and requirement a limitation, such as a mandatory retirement at a fixed age, must be imposed honestly, in good faith, and in the sincerely held belief that such limitation is imposed in the interests of the adequate performance of the work involved with all reasonable dispatch, safety and economy, and not for ulterior or extraneous reasons aimed at objectives which could defeat the purpose of the Code. In addition it must be related in an objective sense to the performance of the employment concerned, in that it is reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job

même concept. Mes conclusions concernant la qualification professionnelle normale s'appliquent donc également à l'exigence professionnelle normale.

^a Notre Cour s'est prononcée pour la première fois sur une disposition d'exception fondée sur l'EPN dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202. Le litige portait sur une politique prévoyant la mise à la retraite obligatoire des pompiers à l'âge de soixante ans. L'employeur alléguait que cette politique était une EPN au sens du *Code ontarien des droits de la personne* et qu'elle ne constituait donc pas une discrimination fondée sur l'âge. Au nom de la Cour, le juge McIntyre a décrit ainsi, à la p. 208, la procédure à suivre dans le cas d'une disposition reconnaissant l'exception d'EPN:

^b ^c ^d Lorsqu'un plaignant établit devant une commission d'enquête qu'il est, de prime abord, victime de discrimination, en l'espèce que la retraite obligatoire à soixante ans est une condition de travail, il a droit à un redressement en l'absence de justification de la part de l'employeur. La seule justification que peut invoquer l'employeur en l'espèce est la preuve, dont le fardeau lui incombe, que la retraite obligatoire est une exigence professionnelle réelle [ou normale] de l'emploi en question. La preuve, à mon avis, doit être faite conformément à la règle normale de la preuve en matière civile, c'est-à-dire suivant la prépondérance des probabilités.

^e ^f ^g Puis définissant ce qu'il fallait entendre par une EPN il a affirmé:

^h ⁱ ^j La Cour doit examiner deux questions. En premier lieu, qu'est-ce qu'une exigence professionnelle réelle au sens du par. 4(6) du Code et, en second lieu, l'employeur a-t-il démontré que les dispositions relatives à la retraite obligatoire qui font l'objet de la plainte peuvent être ainsi qualifiées? [. . .] Pour constituer une exigence professionnelle réelle, une restriction comme la retraite obligatoire à un âge déterminé doit être imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que cette restriction est imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question d'une manière raisonnablement diligente, sûre et économique, et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre de ceux du Code. Elle doit en outre se rapporter objectivement à l'exercice de l'emploi en question, en étant raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du

without endangering the employee, his fellow employees and the general public.

In other words, past a certain point the physical strength, stamina and alertness of fire fighters diminish with age, making them less able to deal with the hazards and dangers of fire fighting. The attendant risk to public safety is obvious. Thus, the prime justification advanced for the mandatory retirement limitation in *Etobicoke* was public safety, as opposed to economy or simple efficiency.

McIntyre J. distinguished mandatory retirement for reasons of safety from mandatory retirement for purely economic reasons. He states at p. 209:

In cases where concern for the employee's capacity is largely economic, that is where the employer's concern is one of productivity, and the circumstances of employment require no special skills that may diminish significantly with aging, or involve any unusual dangers to employees or the public that may be compounded by aging, it may be difficult, if not impossible, to demonstrate that a mandatory retirement at a fixed age, without regard to individual capacity, may be validly imposed under the Code. In such employment, as capacity fails, and as such failure becomes evident, individuals may be discharged or retired for cause. [Emphasis added.]

Where, however, the cost of "unpredictable human failure" is public safety, the Court agreed that an arbitrary retirement age may be imposed. McIntyre J. said at pp. 209-10:

Faced with the uncertainty of the aging process an employer has, it seems to me, two alternatives. He may establish a retirement age at sixty-five or over, in which case he would escape the charge of discrimination on the basis of age under the Code. On the other hand, he may, in certain types of employment, particularly in those affecting public safety such as that of airline pilots, train and bus drivers, police and firemen, consider that the risk of unpredictable individual human failure involved in continuing all employees to age sixty-five may be such that an arbitrary retirement age may be justified for application to all employees. In the case at bar it may be said that the employment falls into that category. While it is no doubt true that some below the age of sixty may

travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général.

En d'autres termes, passé un certain point, la force physique des pompiers, leur endurance et leur vigilance diminuent avec l'âge, ce qui les rend moins aptes à faire face aux risques et aux dangers que comporte le travail de pompier. Le risque pour la sécurité du public est évident. Ainsi, le principal argument avancé dans l'affaire *Etobicoke* pour justifier la mise à la retraite obligatoire était la sécurité du public, et non des considérations d'ordre économique ou de simple efficacité.

Le juge McIntyre a fait une distinction entre la retraite obligatoire pour des raisons de sécurité et la retraite obligatoire fondée sur des motifs purement économiques. Il affirme à la p. 209:

Lorsque le souci de la capacité de l'employé est surtout d'ordre économique, c'est-à-dire lorsque l'employeur s'intéresse à la productivité, et que les conditions de travail ne requièrent aucune qualification particulière susceptible de diminuer sensiblement avec l'âge, ou ne comportent pour les employés ou le public aucun danger exceptionnel qui peut augmenter avec l'âge, il peut être difficile, voire impossible, d'établir que la retraite obligatoire à un âge déterminé, sans égard à la capacité d'une personne en particulier, peut valablement être imposée en vertu du Code. Dans un emploi de ce genre, à mesure que la capacité décline, et que ce déclin devient évident, les employés peuvent être, à juste titre, congédiés ou mis à la retraite. [Je souligne.]

En revanche, lorsque l'«erreur humaine imprévisible» a pour prix la sécurité publique, la Cour reconnaît que l'âge de la retraite peut être fixé arbitrairement. Le juge McIntyre s'exprime ainsi aux pp. 209 et 210:

Devant l'incertitude du vieillissement, deux solutions, à mon avis, s'offrent à l'employeur. Il peut fixer l'âge de la retraite à soixante-cinq ans ou plus, et le cas échéant, il ne peut être accusé de discrimination fondée sur l'âge aux termes du Code. D'autre part, il peut, en ce qui concerne certains types d'emplois, en particulier ceux qui ont trait à la sécurité publique comme c'est le cas des pilotes de ligne aérienne, des conducteurs de trains et d'autobus, des policiers et des pompiers, estimer que le risque d'erreur humaine imprévisible que comporte le maintien de tous les employés à leur poste jusqu'à soixante-cinq ans peut justifier l'application à tous les employés d'un âge de retraite fixé arbitrairement. On peut affirmer que l'emploi dont il est question en l'es-

become unfit for firefighting and many above that age may remain fit, recognition of this proposition affords no assistance in resolving the second question. In an occupation where, as in the case at bar, the employer seeks to justify the retirement in the interests of public safety, to decide whether a *bona fide* occupational qualification and requirement has been shown the board of inquiry and the court must consider whether the evidence adduced justifies the conclusion that there is sufficient risk of employee failure in those over the mandatory retirement age to warrant the early retirement in the interests of safety of the employee, his fellow employees and the public at large.

The Court concluded that the type of "impressionistic" evidence adduced by the employer in defence of its policy was "inadequate to discharge the burden of proof lying upon the employer." It had not made out its case for a BFOQ. It is important to note, however, that the disposition of the case turned on the insufficiency of the evidence and not on the illegitimacy of the claim that the evidence was adduced to support.

The next two significant judgments are *Bhinder* and *O'Malley*.

In *O'Malley* the appellant was a full-time employee of the respondent. She subsequently became a member of the Seventh-Day Adventist Church which recognizes a Saturday Sabbath. The tenets of the faith prohibited working from sundown Friday to sundown Saturday. Her employer refused to permit her to continue as a full-time employee unless she worked on Saturdays. The relevant legislation, the *Ontario Human Rights Code*, did not contain a *bona fide* occupational requirement provision applicable to cases of religious discrimination. In a unanimous judgment this Court held first that intent is not a necessary element of discrimination under the Code. The concept of "adverse effect discrimination" developed in the American jurisprudence was accepted and adopted by McIntyre J. on behalf of the Court. At page 551 he distinguishes between direct discrimination and adverse effect discrimination:

pèce entre dans cette catégorie. Même s'il ne fait aucun doute que certaines personnes âgées de moins de soixante ans peuvent devenir inaptes au travail de pompier et que maintes personnes plus âgées sont encore aptes à la tâche, la reconnaissance de cette prémisse n'aide aucunement à résoudre la seconde question. Dans un métier où, comme en l'espèce, l'employeur cherche à justifier la retraite par la sécurité publique, le commissaire enquêteur et la cour doivent, pour décider si on a prouvé l'existence d'une exigence professionnelle réelle, se demander si la preuve fournie justifie la conclusion que les personnes qui ont atteint l'âge de la retraite obligatoire présentent un risque d'erreur humaine suffisant pour justifier la mise à la retraite prématurée dans l'intérêt de l'employé, de ses compagnons de travail et du public en général.

La Cour a conclu que la preuve de type «impressionniste» qu'il avait présentée au soutien de sa politique était «insuffisante pour libérer l'employeur [...] du fardeau de la preuve qui lui incombait». Il n'avait donc pas démontré l'existence d'une EPN. Toutefois, il importe de souligner que la Cour a tranché l'affaire en se fondant sur l'insuffisance de la preuve et non pas sur l'illégitimité de la prétention à l'appui de laquelle cette preuve avait été produite.

Les deux autres arrêts importants sont les arrêts *Bhinder* et *O'Malley*.

Dans l'affaire *O'Malley*, l'appelante était une employée à plein temps de l'intimée. Elle était devenue membre de l'Église adventiste du septième jour dont l'enseignement fait du samedi le jour du sabbat et interdit de travailler du coucher du soleil le vendredi au coucher du soleil le samedi. Son employeur avait refusé de lui permettre de continuer à travailler comme employée permanente sans travailler le samedi. La loi pertinente, le *Code ontarien des droits de la personne*, ne contenait pas de disposition fondée sur l'exigence professionnelle normale applicable aux cas de discrimination religieuse. Dans un jugement unanime, notre Cour a statué d'abord que l'intention n'était pas un élément essentiel de la discrimination au sens du Code. Le juge McIntyre a adopté au nom de la Cour le concept de «discrimination par suite d'un effet préjudiciable» élaboré par la jurisprudence américaine. À la page 551, il établit une distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable:

A distinction must be made between what I would describe as direct discrimination and the concept already referred to as adverse effect discrimination in connection with employment. Direct discrimination occurs in this connection where an employer adopts a practice or rule which on its face discriminates on a prohibited ground. For example, "No Catholics or no women or no blacks employed here." There is, of course, no disagreement in the case at bar that direct discrimination of that nature would contravene the Act. On the other hand, there is the concept of adverse effect discrimination. It arises where an employer for genuine business reasons adopts a rule or standard which is on its face neutral, and which will apply equally to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes, because of some special characteristic of the employee or group, obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the work force An employment rule honestly made for sound economic or business reasons, equally applicable to all to whom it is intended to apply, may yet be discriminatory if it affects a person or group of persons differently from others to whom it may apply.

Where the rule established by the employer fits into the category of "direct discrimination" and is not saved by any statutory justification, it is simply struck down. The example cited by McIntyre J. was *Etobicoke*. In that case the mandatory retirement rule discriminated directly on the basis of age and the employer's evidence was inadequate to establish a BFOQ. The rule was struck down. Where a neutral rule has an adverse discriminatory effect, the same result does not obtain. At page 552 of *O'Malley* McIntyre J. contrasts the approach taken to direct discrimination with that taken to adverse effect discrimination:

No question arises in a case involving direct discrimination. Where a working rule or condition of employment is found to be discriminatory on a prohibited ground and fails to meet any statutory justification test, it is simply struck down: see the *Etobicoke* case, *supra*. In the case of discrimination on the basis of creed resulting from the effect of a condition or rule rationally

On doit faire la distinction entre ce que je qualifierais de discrimination directe et ce qu'on a déjà désigné comme le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable en matière d'emploi. À cet égard, il y a discrimination directe lorsqu'un employeur adopte une pratique ou une règle qui, à première vue, établit une distinction pour un motif prohibé. Par exemple, «Ici, on n'embauche aucun catholique, aucune femme ni aucun Noir». En l'espèce, il est évident que personne ne conteste que la discrimination directe de cette nature contrevient à la Loi. D'autre part, il y a le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Ce genre de discrimination se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés. [. . .] Une condition d'emploi adoptée honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d'affaires, également applicable à tous ceux qu'elle vise, peut quand même être discriminatoire si elle touche une personne ou un groupe de personnes d'une manière différente par rapport à d'autres personnes auxquelles elle peut s'appliquer.

Lorsque la règle établie par l'employeur tombe dans la catégorie de la «discrimination directe» et qu'elle n'est protégée par aucune justification légale, elle est simplement annulée. Le juge McIntyre cite l'arrêt *Etobicoke* à titre d'exemple. Dans cette affaire, la règle de la retraite obligatoire établissait une distinction fondée directement sur l'âge et la preuve de l'employeur était insuffisante pour établir l'existence d'une EPN. La règle a donc été annulée. Mais lorsqu'une règle neutre est discriminatoire par suite d'un effet préjudiciable, le résultat n'est pas le même. À la page 552 de l'arrêt *O'Malley*, le juge McIntyre souligne la différence de la démarche à adopter dans le cas de discrimination directe et le cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable:

La question ne se pose pas dans le cas de la discrimination directe. Lorsqu'une condition de travail ou d'emploi est jugée discriminatoire pour un motif prohibé et qu'elle ne satisfait à aucun critère de justification légale, elle est simplement annulée: voir l'affaire *Etobicoke*, précitée. Dans un cas de discrimination fondée sur la croyance et résultant de l'effet d'une condition ou d'une

related to the performance of the job and not on its face discriminatory a different result follows. The working rule or condition is not struck down, but its effect on the complainant must be considered, and if the purpose of the *Ontario Human Rights Code* is to be given effect some accommodation must be required from the employer for the benefit of the complainant.

It is notable that the working rule to which the duty of accommodation applies need not be "reasonably necessary", i.e., it need not be a BFOR. Rather, it need only be "a condition or rule rationally related to the performance of the job". In *O'Malley* the employer adduced no evidence indicating accommodation of the employee's religious needs. In the result Mrs. O'Malley's appeal was allowed.

In *Bhinder* the employer had a rule which required the wearing of a hard hat on the job site where the appellant worked as a maintenance electrician. As a practising Sikh, the appellant's religion forbade him to wear any head covering other than a turban. The issue was whether the employer's rule was a BFOR under the relevant legislation, the *Canadian Human Rights Act*. The majority of the Court (Dickson C.J. and Lamer J. (as he then was) dissenting) held that the Tribunal implicitly (although not expressly) found that the rule was a BFOR within the definition of *Etobicoke* but subsequently erred in attempting to make an exception with respect to its application to Mr. Bhinder because of its discriminatory impact on him. The Tribunal found that the rule was "adopted for genuine business reasons with no intent to offend the principles of the Act" and was both "useful" and "reasonable in that it promoted safety by reducing the risk of injury". In the majority's view, this was tantamount to a finding of a BFOR within the definition in *Etobicoke*. In order to appreciate fully the implications of *Bhinder* it is necessary to review in some detail the ruling of the Tribunal as well as the majority and dissenting judgments of this Court.

règle qui est raisonnablement liée à l'exécution des fonctions et qui n'est pas discriminatoire à première vue, un résultat différent s'ensuit. La règle ou la condition de travail n'est pas annulée, mais son effet sur le plaignant doit être étudié et si l'on veut mettre en application l'objet du *Code ontarien des droits de la personne* un accommodement quelconque s'impose de la part de l'employeur au profit du plaignant.

Il faut remarquer qu'il n'est pas essentiel que la règle de travail à laquelle s'applique l'obligation d'accommodement soit «raisonnablement nécessaire», c'est-à-dire qu'elle soit une EPN. Il importe seulement qu'elle soit «une condition ou [...] une règle qui est raisonnablement liée à l'exécution des fonctions». Dans l'affaire *O'Malley*, l'employeur n'avait produit aucune preuve démontrant qu'il avait tenté de composer avec les besoins religieux de l'employée. En conséquence, le pourvoi de M^{me} O'Malley a été accueilli.

Dans l'affaire *Bhinder*, l'employeur avait imposé une règle prescrivant le port d'un casque de sécurité sur les lieux où l'appelant travaillait comme électricien d'entretien. L'appelant était un Sikh pratiquant et sa religion lui interdisait de porter sur la tête autre chose qu'un turban. Il s'agissait de savoir si la règle de l'employeur était une EPN au sens de la loi pertinente, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. La Cour à la majorité (le juge en chef Dickson et le juge Lamer (aujourd'hui Juge en chef) étant dissidents) a statué que le tribunal avait implicitement (mais non expressément) jugé que la règle constituait une EPN au sens de la définition donnée dans l'arrêt *Etobicoke* mais qu'il avait par la suite commis une erreur en tentant d'en exempter M. Bhinder parce que cette règle avait sur lui un effet discriminatoire. Le tribunal a estimé que la règle avait été adoptée «pour des raisons d'affaires véritables, sans intention de porter atteinte aux principes de la Loi», et qu'elle était à la fois «utile» et «raisonnable en ce qu'elle permettait d'accroître la sécurité en réduisant le risque de blessures». Pour la majorité, cela équivalait à la reconnaissance d'une EPN au sens de la définition donnée dans l'arrêt *Etobicoke*. Afin d'apprécier pleinement la portée de l'arrêt *Bhinder*, il importe d'examiner en détail la décision du tribunal ainsi que les opinions majoritaires et dissidentes de cette Cour.

The salient facts found by the Tribunal in *Bhinder* were as follows:

(1) The hard hat rule was useful and reasonable in that it promoted safety by reducing the risk of injury to the employee. ^a

(2) The rule was adopted by the employer for genuine business reasons and with no intent to offend the principles of the *Canadian Human Rights Act*. ^b

(3) Mr. Bhinder was able to perform his job effectively and efficiently without wearing a hard hat. ^c

(4) The risk of injury to Mr. Bhinder if he did not wear a hard hat was negligible.

(5) The risk of injury to co-workers and the general public if Mr. Bhinder did not wear a hard hat was nil. ^d

(6) The employer's safety policy would not be jeopardized by giving Mr. Bhinder an exemption.

(7) The financial hardship that would be caused the employer in exempting Mr. Bhinder from the hard hat rule was *de minimis*. ^e

In his dissent Dickson C.J. (Lamer J., concurring) summarized at pp. 567-68 the Tribunal's approach to the definition and application of the BFOR provision: ^f

The root of the *bona fide* exception is, according to the Tribunal, "the ability of an employee to perform his or her duties", and the definition of what is a *bona fide* occupational requirement must be determined on a case by case basis according to the demands of particular jobs. A policy which discriminates against an individual on religious grounds will not, according to the Tribunal, be a *bona fide* occupational requirement unless the risks and costs incurred by the employer in accommodating the religious requirements of the individual outweigh the individual's freedom from religious discrimination. Where the practice of an employee's religious beliefs does not affect his or her ability to perform the duties of the job, nor jeopardize the safety of the public or other employees, nor cause undue hardship to the employer, either in a practical or economic sense, then a policy which restricts that practice is not a *bona fide* occupational requirement. ^g ^h ⁱ ^j

The Tribunal, having found as a fact that the failure of Mr. Bhinder to wear a hard hat would not affect his ability to perform the job, nor expose

Voici les principales conclusions de fait tirées par le tribunal dans l'affaire *Bhinder*:

(1) La règle du casque de sécurité était utile et raisonnable en ce qu'elle permettait d'accroître la sécurité en réduisant le risque de blessures pour l'employé.

(2) L'employeur avait adopté cette règle pour des raisons d'affaires véritables et sans intention de porter atteinte aux principes de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

(3) M. Bhinder était en mesure d'effectuer son travail de manière efficace et efficiente sans casque de sécurité. ^c

(4) Le danger que M. Bhinder soit blessé s'il ne portait pas de casque de sécurité était négligeable.

(5) Le danger que des collègues de travail ou le public en général soient blessés si M. Bhinder ne portait pas de casque de sécurité était nul. ^d

(6) La politique de l'employeur en matière de sécurité ne serait pas mise en péril si l'on accordait une exemption à M. Bhinder. ^e

(7) La contrainte financière qu'aurait à subir l'employeur en exemptant M. Bhinder de l'application de la règle du casque de sécurité était minime.

Dans sa dissidence à laquelle a souscrit le juge Lamer, le juge en chef Dickson a résumé ainsi, aux pp. 567 et 568, la façon dont le tribunal a abordé la définition et l'application de l'exception fondée sur l'EPN: ^f

D'après le tribunal, l'exception du caractère normal a pour fondement «la capacité d'un employé d'exécuter ses fonctions» et la définition de ce qu'est une exigence professionnelle normale doit être établie en fonction de chaque cas selon les exigences de tâches particulières. Une politique qui établit contre une personne une distinction fondée sur la religion ne constitue pas, d'après le tribunal, une exigence professionnelle normale, à moins que les risques et les coûts auxquels s'exposera l'employeur s'il compose avec les préceptes religieux de cette personne, ne l'emportent sur le droit de l'individu de ne pas être victime de discrimination religieuse. Lorsque les pratiques religieuses d'un employé n'influent pas sur sa capacité d'exécuter les tâches de son emploi, ne mettent pas en péril la sécurité du public ou des autres employés, ni n'imposent aucune contrainte excessive à l'employeur que ce soit sur le plan pratique ou sur le plan économique, alors une politique qui limite ces pratiques n'est pas une exigence professionnelle normale. ^g ^h ⁱ ^j

Ayant constaté que le refus de M. Bhinder de porter un casque de sécurité n'était pas susceptible d'influer sur sa capacité d'exécuter son travail, de

others to risk, nor impose undue hardship on the employer, concluded (according to Dickson C.J.) that the hard hat rule was not a BFOR. Dickson C.J. agreed with the Tribunal in both its reasons and its result.

Dickson C.J., in effect, focussed upon the *bona fide* aspect of the BFOR and found that an occupational requirement could not be imposed *bona fide* unless the employer had exercised its duty to accommodate those on whom the requirement would have an adverse impact. The purpose of the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, he stressed, was to prevent discrimination, and discrimination resulting from adverse impact could only be prevented by importing into the BFOR a duty to accommodate. Quoting from his judgment at p. 571:

The words "occupational requirement" mean that the requirement must be manifestly related to the occupation in which the individual complainant is engaged. Once it is established that a requirement is "occupational", however, it must further be established that it is "*bona fide*". A requirement which is *prima facie* discriminatory against an individual, even if it is in fact "occupational", is not *bona fide* for the purpose of s. 14(a) if its application to the individual is not reasonably necessary in the sense that undue hardship on the part of the employer would result if an exception or substitution for the requirement were allowed in the case of the individual. In short, while it is true the words "occupational requirement" refer to a requirement manifest to the occupation as a whole, the qualifying words "*bona fide*" require an employer to justify the imposition of an occupational requirement on a particular individual when such imposition has discriminatory effects on the individual.

Dickson C.J. saw no conflict between his interpretation of a BFOR in this case and the judgment of this Court in *Etoibicoke*. He refers to the passage from the Court's judgment in *Etoibicoke* (quoted *supra*) in which McIntyre J. describes a BFOQ as being objectively related to and "reasonably necessary" for the performance of the job. He then states at p. 572:

As I understand the latter passage, it does not exclude an interpretation of *bona fide* occupational requirement

mettre en danger la sécurité d'autrui ni d'imposer une contrainte excessive à l'employeur, le tribunal a conclu (selon le juge en chef Dickson) que la règle du port du casque de sécurité n'était pas une a EPN. Le juge en chef Dickson a souscrit tant aux motifs du tribunal qu'au résultat auquel il était arrivé.

Le juge en chef Dickson a mis en fait l'accent b sur le caractère «normal»: il a jugé qu'une exigence professionnelle ne pouvait être «normale» que dans la mesure où l'employeur avait rempli son obligation d'accommodement à l'égard des employés sur qui l'exigence pouvait avoir un effet préjudiciable. c L'objet de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33, a-t-il souligné, est de prévenir la discrimination et la seule façon d'y parvenir dans le cas de la discrimination résultant d'un effet préjudiciable est d'incorporer à l'EPN d une obligation d'accommodement. Voici un extrait de ses motifs à la p. 571:

L'expression «exigence professionnelle» signifie que l'exigence doit manifestement être liée à l'activité professionnelle à laquelle le plaignant s'adonne. Cependant, dès qu'il est établi qu'une exigence est «professionnelle», il doit aussi être démontré qu'elle est «normale». Une exigence en apparence discriminatoire à l'égard d'un individu, même si elle est en fait d'ordre «professionnel», n'est pas normale pour les fins de l'al. 14a) si son application à l'individu n'est pas raisonnablement nécessaire, en ce sens qu'il en résulterait une contrainte excessive pour l'employeur si on permettait de faire exception ou de substituer quelque chose à cette exigence dans le cas de cet individu. En bref, s'il est vrai que l'expression «exigence professionnelle» désigne une exigence évidente de l'emploi dans son ensemble, le qualificatif «normale» requiert de l'employeur qu'il justifie l'imposition d'une exigence professionnelle à un individu particulier lorsqu'elle a des effets discriminatoires sur celui-ci. h

Le juge en chef Dickson n'a vu aucun conflit entre son interprétation de l'EPN dans cette affaire et le jugement de notre Cour dans *Etoibicoke*. Il s'est référé au passage de cet arrêt (cité précédemment) où le juge McIntyre décrit une EPN comme se rapportant objectivement et étant «raisonnablement nécessaire» à l'exécution du travail. Il poursuit ainsi à la p. 572:

Si je comprends bien ce dernier passage, on n'y exclut pas une interprétation de l'exigence professionnelle nor-

which requires the discriminatory impact of an occupational requirement on an individual to be taken into account. The gist of the passage is that a requirement be “reasonably necessary” for the efficient, economical and safe performance of the job. The passage leaves open the question of whether the assessment of reasonable necessity is to be considered in respect of the necessity of the general requirement, or the necessity of applying the general requirement to an individual upon whom it will have a discriminatory effect. In the present case, the Tribunal held that application of an occupational requirement to an individual who suffers discrimination as a result of such application must be “reasonably necessary”, in the sense that the only alternative is undue hardship on the part of the employer, before it qualifies as a *bona fide* occupational requirement. This is, in my opinion, consistent with the test in *Etobicoke, supra*. [Emphasis added.]

The majority of this Court took the view that the words “*bona fide* occupational requirement” precluded the type of individual application advocated by the Tribunal and the justices in dissent. McIntyre J. draws a distinction between a requirement related to the occupation and one related to the individual at pp. 588-89:

Here, however, we are faced with a finding—at least so far as one employee goes—that a working condition is not a *bona fide* occupational requirement. We must consider then whether such an individual application of a *bona fide* occupational requirement is permissible or possible. The words of the Statute speak of an “occupational requirement”. This must refer to a requirement for the occupation, not a requirement limited to an individual. It must apply to all members of the employee group concerned because it is a requirement of general application concerning the safety of employees. The employee must meet the requirement in order to hold the employment. It is, by its nature, not susceptible to individual application A condition of employment does not lose its character as a *bona fide* occupational requirement because it may be discriminatory. Rather, if a working condition is established as a *bona fide* occupational requirement, the consequential discrimination, if any, is permitted—or, probably more accurately—is not considered under s. 14(a) as being discriminatory. [Emphasis added.]

In light of this distinction, McIntyre J. found it impossible to incorporate a duty to accommodate individual employees into the BFOR without doing

male qui oblige à tenir compte de l'effet discriminatoire d'une exigence professionnelle sur l'individu. Ce passage dit essentiellement que l'exigence doit être «raisonnablement nécessaire» pour assurer l'exécution efficace, économique et sans danger du travail. Il ne tranche pas la question de savoir si l'évaluation de ce qui est raisonnablement nécessaire doit être envisagée sous l'angle de la nécessité de l'exigence générale ou sous celui de la nécessité d'appliquer l'exigence générale à un individu sur qui elle aura un effet discriminatoire. En l'espèce, le tribunal a jugé que l'application d'une exigence professionnelle à un individu, qui devient victime de discrimination par suite de cette application, doit être «raisonnablement nécessaire», en ce sens que la seule autre possibilité constituerait une contrainte excessive pour l'employeur, si on veut que cette exigence soit qualifiée d'exigence professionnelle normale. Cela est, à mon avis, compatible avec le critère énoncé dans l'arrêt *Etobicoke*, précité. [Je souligne.]

Notre Cour à la majorité s'est dite d'avis que l'expression «exigence professionnelle normale» excluait l'application individuelle que préconisaient le tribunal et les juges dissidents. Le juge McIntyre fait une distinction, aux pp. 588 et 589, entre une exigence liée à une profession et une exigence liée à un individu:

En l'espèce cependant, nous nous trouvons devant la conclusion que, dans le cas d'un employé à tout le moins, une certaine condition de travail ne constitue pas une exigence professionnelle normale. Nous devons alors nous demander si une telle application, à un individu, d'une exigence professionnelle normale est permise ou possible. La Loi parle d'«exigence professionnelle». Cela doit s'entendre d'une exigence de la profession, non d'une exigence limitée à un individu. Elle doit s'appliquer à tous les membres du groupe d'employés concerné, car c'est une exigence d'application générale concernant la sécurité des employés. Les employés doivent se conformer à cette exigence pour occuper leur poste. De par sa nature même, elle n'est pas susceptible d'application individuelle. [. . .] Une condition de travail ne perd pas son caractère d'exigence professionnelle normale parce qu'elle peut être discriminatoire. Au contraire, si on démontre qu'une condition de travail est une exigence professionnelle normale, la discrimination qui peut s'en suivre est permise ou, sans doute plus précisément, n'est pas considérée en vertu de l'al. 14a) comme un acte discriminatoire. [Je souligne.]

À la lumière de cette distinction, le juge McIntyre a jugé qu'il était impossible d'incorporer dans l'EPN une obligation d'accommodement

violence to the language of the BFOR provision. He states at p. 589:

To conclude then that an otherwise established *bona fide* occupational requirement could have no application to one employee, because of the special characteristics of that employee, is not to give s. 14(a) a narrow interpretation; it is simply to ignore its plain language. To apply a *bona fide* occupational requirement to each individual with varying results, depending on individual differences, is to rob it of its character as an occupational requirement and to render meaningless the clear provisions of s. 14(a). [Emphasis added.]

In my concurring judgment I agreed with McIntyre J. that an occupational requirement is by definition job related, not employee related.

Coming back to the application of the BFOR test in *Bhinder*, the majority inferred from the findings of fact made by the Tribunal that the hard hat requirement was a BFOR according to the test propounded in *Etobicoke*. McIntyre J. states at pp. 587-88:

The appellant has established a *prima facie* case of discrimination. The onus therefore has passed to the respondent to show that the hard hat rule is a *bona fide* occupational requirement. From a reading of the reasons for decision of the Tribunal it appears that the test was met. Specifically, the Tribunal found that the hard hat rule was not a *bona fide* occupational requirement as far as it related to *Bhinder* and, in consequence, to other Sikhs. In this, they were accepting the appellant's individual case approach. It is, however, clear from the reasons and the references made by the Tribunal to the evidence that it was of the view that, as far as the rule applied to non-Sikhs, it was a *bona fide* occupational requirement. It was agreed that CN adopted the rule for genuine business reasons with no intent to offend the principles of the Act. The Tribunal found that the rule was useful, that it was reasonable in that it promoted safety by reducing the risk of injury and, specifically, that the risk faced by *Bhinder* in wearing a turban rather than a hard hat was increased, though by a very small amount. The only conclusion that can be drawn from the reasons for decision is that, but for its special application to *Bhinder*, the hard hat rule was found to

envers certains employés pris individuellement sans faire violence au libellé de la disposition concernant l'EPN. Il déclare à la p. 589:

Conclure alors que ce qui constituerait par ailleurs une exigence professionnelle normale ne peut s'appliquer à un employé, en raison des caractéristiques spéciales de cet employé, revient non pas à donner une interprétation étroite à l'al. 14a), mais tout simplement à ne tenir aucun compte de ce qu'il dit clairement. Appliquer une exigence professionnelle normale à chaque individu avec des résultats variables, selon les différences personnelles, c'est la dépouiller de sa nature d'exigence professionnelle et faire perdre tout leur sens aux dispositions claires de l'al. 14a). [Je souligne.]

Dans mes motifs concordants, j'ai convenu avec le juge McIntyre qu'une exigence professionnelle est par définition liée à l'emploi et non à l'employé.

Pour revenir à l'application du critère de l'EPN dans l'arrêt *Bhinder*, la majorité a déduit des conclusions de fait établies par le tribunal que l'exigence du casque de sécurité était une EPN suivant le critère proposé dans l'arrêt *Etobicoke*. Le juge McIntyre affirme aux pp. 587 et 588:

L'appelant a prouvé de façon suffisante jusqu'à preuve contraire l'existence de discrimination. Le fardeau de la preuve passe donc à l'intimée qui doit démontrer que la règle du casque de sécurité constitue une exigence professionnelle normale. À la lecture des motifs de la décision du tribunal, il semble qu'on a satisfait au critère. Plus particulièrement, le tribunal a conclu que la règle du casque de sécurité n'était pas une exigence professionnelle normale dans la mesure où elle visait *Bhinder* et, en conséquence, les autres Sikhs. Ce faisant, il acceptait la façon de procéder en fonction de chaque cas particulier proposée par l'appelant. Toutefois, il ressort clairement de ses motifs et des références que fait le tribunal à la preuve administrée qu'il était d'avis que la règle était une exigence professionnelle normale dans la mesure où elle s'appliquait à d'autres personnes que des Sikhs. Il a été reconnu que le CN avait adopté la règle pour des raisons d'affaires véritables, sans intention de porter atteinte aux principes de la Loi. Le tribunal a jugé que la règle était utile, qu'elle était raisonnable en ce qu'elle permettait d'accroître la sécurité en réduisant le risque de blessures et, plus particulièrement, que le risque que courait *Bhinder* en portant un turban plutôt qu'un casque de sécurité était accru, quoique très légèrement. La seule conclusion que l'on peut tirer des motifs de la décision, est que, sauf en ce qui concerne son application particulière à *Bhinder*, la règle

be a bona fide occupational requirement. Indeed, it would be difficult on the facts to reach any other conclusion. [Emphasis added.]

It should be acknowledged that the majority judgment in *Bhinder* has not gone uncriticized. In *The Effects of the Bhinder Decision on the Canadian Human Rights Commission: A Special Report to Parliament*, February 1986, the Commission expressed concern about *Bhinder's* anticipated impact on its ability to fulfil its mandate. It stated at p. 4:

... the effect of the Bhinder decision is to ... put the Commission's ability to achieve its legislatively-defined objective in doubt. This can mean, for example, that workplaces may not have to be modified to enable disabled individuals to earn a livelihood; women who become pregnant and who require some temporary modification of their duties may be forced from their jobs; persons who for religious reasons cannot work regular business hours may have difficulty in finding employment.

These are not merely hypothetical problems. Currently, the Commission is investigating 528 complaints alleging discrimination in employment. Potentially, 33% of the complaints which concern religion or disability and 5% of the complaints dealing with sex discrimination might be affected by the Bhinder decision.

It seems to me in retrospect that the majority of this Court may indeed have erred in concluding that the hard hat rule was a BFOR. I say that not because I disagree with the test set out in *Etobicoke* nor because I accept the proposition advanced by those in dissent that accommodation is a necessary component of a BFOR, but for two other reasons.

First, the rule was not, to use the terminology of *Etobicoke*, "reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public". The Tribunal found as a fact that the failure of Mr. Bhinder to wear a hard hat would not affect his ability to work as a maintenance electrician or pose any threat to the safety of his co-workers or to the

du casque de sécurité est une exigence professionnelle normale. D'ailleurs il serait difficile, étant donné les faits, d'arriver à une autre conclusion. [Je souligne.]

Il faut reconnaître que l'opinion majoritaire de cette Cour dans l'arrêt *Bhinder* n'a pas été sans susciter certaines critiques. Dans *Les effets de la décision Bhinder sur la Commission canadienne des droits de la personne: rapport spécial au Parlement*, daté du mois de février 1986, la Commission a exprimé son inquiétude quant à l'effet que pourrait avoir cette décision sur sa capacité à remplir son mandat. Elle affirme, aux pp. 4 et 5:

... la décision Bhinder a pour effet de jeter le doute [...] sur la capacité de la Commission d'atteindre son objectif défini dans la Loi. Elle peut vouloir dire, par exemple, que les employeurs ne sont pas tenus de modifier les lieux de travail pour permettre aux personnes atteintes de déficiences de gagner leur vie; que les femmes qui deviennent enceintes et dont les fonctions doivent être modifiées de façon temporaire peuvent être forcées de quitter leurs emplois; que les personnes qui, pour des raisons religieuses, ne peuvent travailler pendant les heures d'affaires normales peuvent avoir de la difficulté à trouver un emploi.

Il ne s'agit pas là de problèmes purement hypothétiques. La Commission examine actuellement 528 plaintes portant sur la discrimination dans l'emploi. La décision Bhinder pourrait avoir un effet sur 33 p. 100 des plaintes de discrimination fondée sur la religion ou la déficience et 5 p. 100 des plaintes de discrimination sexuelle.

J'estime, avec le recul, que la majorité de cette Cour s'est peut-être trompée en concluant que la règle du casque de sécurité était une EPN. Ce n'est pas que je sois en désaccord avec le critère énoncé dans l'arrêt *Etobicoke* ou que j'accepte la thèse des dissidents selon laquelle l'accommodement est une composante essentielle de l'EPN. L'opinion que j'exprime se fonde sur deux autres raisons.

En premier lieu, la règle n'était pas, pour reprendre les termes utilisés dans *Etobicoke*, «raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général». Le tribunal a conclu que, dans les faits, le refus de M. Bhinder de porter un casque de sécurité n'influerait pas sur sa capacité de travailler comme électricien d'entretien ni ne

public at large. The Tribunal did find that not wearing a hard hat would increase the risk to Mr. Bhinder himself, but only marginally. In light of the findings of fact by the Tribunal, I think it is difficult to support the conclusion of the majority of the Court that the hard hat rule was reasonably necessary for the safety of Mr. Bhinder, his fellow employees and the general public.

My second reason for questioning the correctness of *Bhinder* concerns the assumption that underlies both the majority and minority judgments, namely that a BFOR defence applies to cases of adverse effect discrimination. Upon reflection, I think we may have erred in failing to critically examine this assumption. As McIntyre J. notes in *O'Malley*, the BFOQ test in *Etobicoke* was formulated in the context of a case of direct discrimination on the basis of age. The essence of direct discrimination in employment is the making of a rule that generalizes about a person's ability to perform a job based on membership in a group sharing a common personal attribute such as age, sex, religion, etc. The ideal of human rights legislation is that each person be accorded equal treatment as an individual taking into account those attributes. Thus, justification of a rule manifesting a group stereotype depends on the validity of the generalization and/or the impossibility of making individualized assessments.

In *Etobicoke* this Court found that the employer had not adduced sufficient evidence to support its generalization with respect to the abilities of fire fighters over the age of sixty. In the recent case of *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297, this Court revisited the rule of mandatory retirement considered by it in *Etobicoke*. In *Saskatoon Fire Fighters* the Tribunal had persuasive evidence

constituerait une menace pour la sécurité de ses compagnons de travail ou du public en général. Il a certes admis que le fait de ne pas porter le casque de sécurité accroissait le risque que courait M. Bhinder lui-même, mais très légèrement. Vu ces conclusions de fait du tribunal, il est à mon avis difficile d'appuyer la conclusion de la majorité de cette Cour que la règle du casque de sécurité était raisonnablement nécessaire pour assurer la sécurité de M. Bhinder, de ses compagnons de travail et du public en général.

La deuxième raison qui me porte à remettre en question la justesse de l'arrêt *Bhinder* tient au postulat sous-jacent à l'opinion de la majorité comme à celle de la minorité, savoir que le moyen de défense de l'EPN s'applique dans les cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable. À la réflexion, j'estime qu'il est possible que nous ayons commis une erreur en ne procédant pas à un examen critique de ce postulat. Comme le juge McIntyre le fait observer dans l'arrêt *O'Malley*, le critère de l'EPN de l'arrêt *Etobicoke* a été formulé dans le contexte d'un cas de discrimination directe fondée sur l'âge. En matière d'emploi, la discrimination directe consiste essentiellement à formuler une règle qui fait une généralisation quant à l'aptitude d'une personne à remplir un poste selon son appartenance à un groupe dont les membres partagent un attribut personnel commun, tel l'âge, le sexe, la religion, etc. L'idéal que visent les lois sur les droits de la personne est justement de faire en sorte que chacun reçoive un traitement égal en tant qu'individu, eu égard à ces attributs. Par conséquent, la justification d'une règle révélant un stéréotype de groupe dépend ou bien de la validité de la généralisation ou bien de l'impossibilité d'évaluer chaque cas individuellement, ou des deux.

Dans l'arrêt *Etobicoke*, notre Cour a jugé que l'employeur n'avait pas produit de preuve suffisante à l'appui de la généralisation qu'il faisait concernant les capacités des pompiers âgés de plus de 60 ans. Dans l'affaire récente *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297, notre Cour a revu la règle de la retraite obligatoire qu'elle avait examinée dans l'arrêt *Etobicoke*. Dans l'affaire *Saskatoon*

before it as to the relationship between advancing age and declining ability. It was also satisfied that there was no reliable method of individualized testing, the availability of which would have obviated the need for a uniform age-based rule. In sum, the Court accepted that the evidence adduced by the employer supported both the generalization about the effect of age on ability and the inadequacy of individualized assessments. Thus the Court affirmed the Tribunal's decision that under the circumstances a BFOQ had been established.

Another example from this Court's jurisprudence is *Caldwell v. Stuart*, [1984] 2 S.C.R. 603, in which adherence to the tenets of the Roman Catholic faith was held to constitute a BFOQ for a Roman Catholic teacher in a Roman Catholic school. In effect, this Court validated the generalization that the creation of an appropriate spiritual atmosphere in a Roman Catholic school required of all Catholic teachers that they demonstrate religious conformance themselves.

Where a rule discriminates on its face on a prohibited ground of discrimination, it follows that it must rely for its justification on the validity of its application to all members of the group affected by it. There can be no duty to accommodate individual members of that group within the justificatory test because, as McIntyre J. pointed out, that would undermine the rationale of the defence. Either it is valid to make a rule that generalizes about members of a group or it is not. By their very nature rules that discriminate directly impose a burden on all persons who fall within them. If they can be justified at all, they must be justified in their general application. That is why the rule must be struck down if the employer fails to establish the BFOQ. This is distinguishable from a rule that is neutral on its face but has an adverse effect on certain members of the group to whom it applies. In such a case the group of people who are adversely affected by it is always smaller than the group to which the rule applies. On the facts of many cases the "group" adversely affected may comprise a minority of one, namely the complai-

Fire Fighters, le tribunal disposait d'une preuve convaincante sur la relation entre le vieillissement et le déclin des capacités. Il était également convaincu qu'il n'existait pas de tests individuels fiables qui auraient éliminé la nécessité d'imposer une règle uniforme fondée sur l'âge. En somme, la Cour a convenu que la preuve présentée par l'employeur était à la fois la généralisation quant à l'effet de l'âge sur les capacités et l'insuffisance de la méthode de l'évaluation individualisée. La Cour a donc confirmé la décision du tribunal portant que, dans les circonstances, l'existence d'une EPN avait été démontrée.

Un autre exemple de la jurisprudence de notre Cour est l'arrêt *Caldwell c. Stuart*, [1984] 2 R.C.S. 603, où l'on a jugé que l'adhésion aux préceptes de la foi catholique constituait une EPN pour une enseignante catholique dans une école catholique. Cette Cour a de fait jugé valide la généralisation selon laquelle la création d'un climat spirituel approprié dans une école catholique exigeait de tous les enseignants catholiques qu'ils témoignent personnellement de leur observance religieuse.

Lorsque, à première vue, une règle établit une distinction fondée sur un motif de discrimination prohibé, sa justification devra reposer sur la validité de son application à tous les membres du groupe touché. En vertu du critère du motif justifiable, il ne peut en effet y avoir d'obligation d'accommodement à l'égard des membres individuels du groupe puisque, comme l'a fait observer le juge McIntyre, cela saperait le fondement même de ce moyen de défense. Ou bien on peut valablement établir une règle qui généralise à l'égard des membres d'un groupe ou bien on ne le peut pas. Par leur nature même, les règles qui constituent une discrimination directe imposent un fardeau à tous ceux qui y sont assujettis. Si tant est qu'elles puissent être justifiées, c'est dans leur application générale qu'elles doivent l'être. Voilà pourquoi la règle doit être annulée si l'employeur ne réussit pas à démontrer qu'il s'agit d'une EPN. Une telle règle doit être distinguée d'une règle qui, neutre en apparence, a un effet préjudiciable sur certains membres du groupe auquel elle s'applique. En pareil cas, le groupe des personnes qui subissent un

nant. In these situations the rule is upheld so that it will apply to everyone except persons on whom it has a discriminatory impact, provided the employer can accommodate them without undue hardship. In *O'Malley* McIntyre J. clarifies the basis for the different consequences that follow a finding of direct discrimination as opposed to a finding of adverse effect discrimination. He states at p. 555:

The duty in a case of adverse effect discrimination on the basis of religion or creed is to take reasonable steps to accommodate the complainant, short of undue hardship: in other words, to take such steps as may be reasonable to accommodate without undue interference in the operation of the employer's business and without undue expense to the employer. Cases such as this raise a very different issue from those which rest on direct discrimination. Where direct discrimination is shown the employer must justify the rule, if such a step is possible under the enactment in question, or it is struck down. Where there is adverse effect discrimination on account of creed the offending order or rule will not necessarily be struck down. It will survive in most cases because its discriminatory effect is limited to one person or to one group, and it is the effect upon them rather than upon the general work force which must be considered. In such case there is no question of justification raised because the rule, if rationally connected to the employment, needs no justification; what is required is some measure of accommodation. The employer must take reasonable steps towards that end which may or may not result in full accommodation. Where such reasonable steps, however, do not fully reach the desired end, the complainant, in the absence of some accommodating steps on his own part such as an acceptance in this case of part-time work, must either sacrifice his religious principles or his employment. [Emphasis added.]

The salient feature of the reasoning in this passage is that the appropriate remedy depends upon the type of discrimination involved. Professor W. Pentney, in Tarnopolsky and Pentney, *Dis-*

effet préjudiciable est toujours plus petit que le groupe auquel la règle s'applique. Dans les faits, fréquemment, le «groupe» lésé se composera d'une seule personne, savoir le plaignant. La règle est alors maintenue en ce sens qu'elle s'appliquera à tous sauf aux personnes sur lesquelles elle a un effet discriminatoire, pourvu que l'employeur puisse procéder aux accommodements nécessaires sans subir des contraintes excessives. Dans l'arrêt *O'Malley*, le juge McIntyre met en lumière les conséquences différentes que comportent une conclusion à la discrimination directe ou une conclusion à la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Voici comment il s'exprime à la p. 555:

L'obligation dans le cas de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la religion ou la croyance, consiste à prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive: en d'autres mots, il s'agit de prendre les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entrave indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs. Les cas comme celui-ci soulèvent une question très différente de celle que soulèvent les cas de discrimination directe. Lorsqu'on démontre l'existence de discrimination directe, l'employeur doit justifier la règle, si cela est possible en vertu de la loi en cause, sinon elle est annulée. Lorsqu'il y a discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la croyance, la règle ou la condition répréhensible ne sera pas nécessairement annulée. Elle subsistera dans la plupart des cas parce que son effet discriminatoire est limité à une personne ou à un groupe de personnes et que c'est son effet sur eux plutôt que sur l'ensemble des employés qui doit être examiné. Dans un tel cas, le problème de la justification ne se pose pas, car la condition raisonnablement liée à l'emploi n'a besoin d'aucune justification; ce qui est requis est une certaine mesure d'accommodement. L'employeur doit, à cette fin, prendre des mesures raisonnables qui seront susceptibles ou non de réaliser le plein accommodement. Cependant, lorsque ces mesures ne permettent pas d'atteindre complètement le but souhaité, le plaignant, en l'absence de concessions de sa propre part, comme l'acceptation en l'espèce d'un emploi à temps partiel, doit sacrifier soit ses principes religieux, soit son emploi. [Je souligne.]

L'essence du raisonnement contenu dans ce passage est que la réparation appropriée est fonction du type de discrimination en cause. Dans l'ouvrage qu'il a publié en collaboration avec le professeur

crimination and the Law, Fifth Cumulative Supplement (September 1989), agrees with the logic of this approach. After reviewing the implications of this Court's reasons in *O'Malley* and *Bhinder* he points out at p. 28 that different considerations are relevant to the BFOQ and duty to accommodate concepts. For example, the economic considerations that are factored into the determination of whether accommodation imposes undue hardship will rarely be germane to a BFOQ defence. Similarly, the good faith of the employer is a central concern where the rule singles out a particular group for adverse treatment. There is less reason to be suspicious of the employer's motives in the case of a rule which is neutral on its face and generally applicable to all employees. Professor Pentney concludes that direct and adverse effect discrimination ought to be distinguished for purposes of determining the appropriate response to a *prima facie* case of discrimination.

The rationale for the distinction can, I believe, be readily perceived from the majority's conclusion in *Bhinder* that once a BFOR is established the employer has no duty to accommodate. This is because the essence of a BFOR is that it be determined by reference to the occupational requirement and not the individual characteristic. There is therefore no room for accommodation: the rule must stand or fall in its entirety. Accordingly, had the majority in *Bhinder* concluded that the hard hat rule was not a BFOR under the *Etobicoke* test, as it probably should have done, the logic of the BFOR approach would have required the rule to be struck down even as it applied to those workers on whom it had no discriminatory impact. Such anomalous results would seem to be both unnecessary and counter-productive.

For these reasons, I am of the view that *Bhinder* is correct in so far as it states that accommodation is not a component of the BFOR test and that once

Tarnopolsky, *Discrimination and the Law*, 5^e supplément cumulatif (septembre 1989), le professeur W. Pentney souscrit à la logique de ce point de vue. Après avoir examiné la portée des motifs de notre Cour dans les arrêts *O'Malley* et *Bhinder*, il souligne, à la p. 28, que des considérations différentes entrent en jeu dans le concept de l'EPN et celui de l'obligation d'accommodement. Par exemple, les considérations d'ordre économique dont on tient compte pour déterminer si l'accommodement impose une contrainte excessive seront rarement pertinentes dans le cas d'une défense fondée sur l'existence d'une EPN. De même, la bonne foi de l'employeur est un élément essentiel lorsque la règle inflige un traitement préjudiciable à un groupe particulier. Par contre, il y a moins de raisons de douter des motivations de l'employeur dans le cas d'une règle neutre en apparence et généralement applicable à tous les employés. Le professeur Pentney conclut qu'il y a lieu de faire une distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte aux fins de déterminer la réponse qu'il convient d'apporter à une preuve apparente de discrimination.

La raison d'être de cette distinction ressort aisément, à mon avis, de la conclusion de la majorité dans *Bhinder* portant que l'employeur n'a pas d'obligation d'accommodement quand est démontrée l'existence d'une EPN. Il en est ainsi parce que l'EPN a comme caractéristique essentielle d'être déterminée par rapport à l'exigence professionnelle et non par rapport aux caractéristiques d'un individu. Il n'y a donc pas place à l'accommodement: la règle demeure ou tombe en entier. Par conséquent, si la majorité dans l'arrêt *Bhinder* avait conclu, comme elle aurait probablement dû le faire, que la règle du port du casque de sécurité n'était pas une EPN suivant le critère établi dans l'arrêt *Etobicoke*, la logique de la méthode fondée sur l'EPN aurait exigé que la règle soit annulée même à l'égard des travailleurs pour lesquels elle n'avait aucun effet discriminatoire. Ces anomalies sembleraient alors à la fois superflues et contraires à l'objectif poursuivi.

Pour ces motifs, je suis d'avis que l'arrêt *Bhinder* est bien fondé lorsqu'il énonce que l'accommodement n'est pas un élément du critère de l'EPN et

a BFOR is proven the employer has no duty to accommodate. It is incorrect, however, in so far as it applied that principle to a case of adverse effect discrimination. The end result is that where a rule discriminates directly it can only be justified by a statutory equivalent of a BFOQ, i.e., a defence that considers the rule in its totality. (I note in passing that all human rights codes in Canada contain some form of BFOQ provision.) However, where a rule has an adverse discriminatory effect, the appropriate response is to uphold the rule in its general application and consider whether the employer could have accommodated the employee adversely affected without undue hardship.

An analysis of this Court's jurisprudence in this area would not be complete without reference to *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, in which the Court considered the Quebec equivalent of a BFOQ provision. At issue in the case was a municipality's anti-nepotism hiring policy which disqualified spouses and relatives of full-time municipal employees and town councillors from employment with the town. Section 10 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* prohibited discrimination on the basis of "civil status". Section 20 deemed non-discriminatory "[a] distinction, exclusion or preference based on the aptitudes or qualifications required in good faith for an employment". Once again, the Court was dealing with a case of direct discrimination. Writing for the majority, at pp. 311-12, Beetz J. articulated the following two criteria for establishing the existence of an "aptitude or qualification required for employment":

- (1) Is the aptitude or qualification rationally connected to the employment concerned? This allows us to determine whether the employer's purpose in establishing the requirement is appropriate in an objective sense to the job in question
- (2) Is the rule properly designed to ensure that the aptitude or qualification is met without placing an undue burden on those to whom the rule applies? This allows us to inquire as to the reasonableness of the means the employer chooses to test for the

qu'une fois démontrée l'existence d'une EPN, l'employeur n'a pas d'obligation d'accommodement. En revanche, cet arrêt est mal fondé dans la mesure où il applique ce principe à un cas de discrimination indirecte. Il en résulte finalement que, lorsqu'une règle crée une discrimination directe, elle ne peut être justifiée que par une exception légale équivalente à une EPN, c'est-à-dire un moyen de défense qui envisage la règle dans sa totalité. (Je souligne au passage que les codes de droits de la personne au Canada contiennent tous une disposition d'exception fondée sur l'EPN.) Par contre, lorsqu'une règle crée une discrimination par suite d'un effet préjudiciable, il convient de confirmer la validité de cette règle dans son application générale et de se demander si l'employeur aurait pu composer avec l'employé lésé sans subir des contraintes excessives.

Une analyse de la jurisprudence de notre Cour en ce domaine ne serait pas complète sans référence à l'arrêt *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, dans lequel la Cour a examiné l'équivalent québécois d'une EPN. Était en litige une politique antinépotisme de la ville qui interdisait l'embauchage des conjoints ainsi que des parents des employés à plein temps et des conseillers municipaux. L'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec interdisait la discrimination fondée sur «l'état civil». Aux termes de l'art. 20, était réputée non discriminatoire «[u]ne distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités exigées de bonne foi pour un emploi». Là encore, la Cour était saisie d'un cas de discrimination directe. Au nom de la majorité, le juge Beetz a dégagé les deux critères suivants pour établir l'existence d'une «aptitude ou qualité exigée pour un emploi» aux pp. 311 et 312:

- (1) L'aptitude ou la qualité a-t-elle un lien rationnel avec l'emploi en question? C'est là un moyen de déterminer si le but visé par l'employeur en établissant l'exigence convient objectivement au poste en question
- (2) La règle est-elle bien conçue de manière que l'exigence quant à l'aptitude ou à la qualité puisse être remplie sans que les personnes assujetties à la règle ne se voient imposer un fardeau excessif? Cela nous permet d'examiner le caractère raisonnable des

presence of the requirement for the employment in question.

The first question refers to an ability to perform the duties required by the occupation in general. It speaks to the objective of employing people qualified to do what the job entails. The second question focusses on the particular rule established by the employer to ensure that the employment qualifications are met. It is addressed to the means utilized by the employer to achieve its objective of employing qualified people.

Although the language used in *Brossard* differs somewhat from the language used in the earlier BFOQ cases, I do not believe it was intended to depart from the Court's earlier jurisprudence on the application of a BFOQ test to a case of direct discrimination. Indeed, *Beetz J.* uses *Etobicoke* as an example of the application of his two part test. Thus, while the use of the term "rationally connected" perhaps owes more to *O'Malley* than to the *Etobicoke* "reasonably necessary" standard, I do not think it is meant to alter fundamentally the course charted by this Court in *Etobicoke*.

The second branch of the *Brossard* test addresses the availability of alternatives to the employer's rule. In my opinion, this is not designed to be a discrete test for determining the existence of a BFOQ but rather a factor that must be taken into account in determining whether the rule is "reasonably necessary" under the first branch. The fact that this Court had not explicitly drawn attention to it before may help explain its being singled out in *Brossard*. I believe that the proposition it stands for is uncontroversial. If a reasonable alternative exists to burdening members of a group with a given rule, that rule will not be *bona fide*. In *Brossard* *Beetz J.* held that the rule was cast too broadly in that it applied to persons and situations where no reasonable apprehension of conflict of interest could possibly arise. In my concurring judgment, I agreed that the rule was not a BFOQ

moyens choisis par l'employeur pour vérifier si l'on satisfait à cette exigence dans le cas de l'emploi en question.

La première question se rapporte à la capacité d'exercer les fonctions du poste en général. Elle traite de l'objectif visant à embaucher des personnes qualifiées pour remplir ces fonctions. La seconde question met l'accent sur la règle particulière établie par l'employeur pour s'assurer que les qualités requises sont présentes. Elle vise les moyens qu'utilise l'employeur pour atteindre son objectif d'embaucher du personnel qualifié.

Bien que les termes employés dans *Brossard* diffèrent quelque peu de ceux utilisés dans les arrêts précédents en matière d'EPN, je ne crois pas qu'on ait voulu ainsi s'écarter de la jurisprudence antérieure de la Cour sur l'application du critère de l'EPN dans un cas de discrimination directe. De fait, le juge *Beetz* se réfère à l'arrêt *Etobicoke* comme exemple de l'application de son critère à deux volets. Même si l'expression «lien rationnel» doit davantage à l'arrêt *O'Malley* qu'à la norme du «raisonnablement nécessaire» de l'arrêt *Etobicoke*, j'estime qu'il ne faut pas y voir une modification fondamentale de la voie tracée par notre Cour dans *Etobicoke*.

Le second volet du critère établi dans l'arrêt *Brossard* concerne la possibilité de solutions autres que la règle de l'employeur. À mon avis, il ne s'agit pas là d'un critère distinct pour vérifier l'existence d'une EPN mais plutôt d'un facteur à prendre en compte pour savoir si la règle est «raisonnablement nécessaire» en vertu du premier volet. Si ce volet est mis en évidence dans l'arrêt *Brossard*, c'est peut-être que notre Cour n'avait pas explicitement attiré l'attention sur lui auparavant. À mon avis, le principe qui y est formulé est incontestable. S'il est possible de trouver une solution raisonnable qui évite d'imposer une règle donnée aux membres d'un groupe, cette règle ne sera pas considérée comme justifiée. Dans l'arrêt *Brossard*, le juge *Beetz* a conclu que la règle était conçue en des termes trop larges puisqu'elle s'appliquait à des personnes et à des situations à l'égard desquelles il ne pouvait y avoir aucune crainte raisonnable de conflit d'intérêts. Dans mes motifs concordants, j'ai convenu que cette règle n'était pas une EPN à

because of the availability of reasonable alternatives. At page 344 I stated:

It seems to me that, having regard to the nature of the right which is violated by an anti-nepotism policy, i.e., the right under s. 10 not to be discriminated against, the adoption of a total ban is not "reasonably necessary" in order to avoid a threat to the integrity of the town's administration. The town can avoid the threat by the less drastic means I have suggested.

This approach was endorsed and applied by this Court in the recent case of *Saskatoon Fire Fighters, supra*. Unlike *Etobicoke*, the parties addressed the availability of individualized testing of fire fighters to determine employee fitness as an alternative to a rule which on its face discriminated on the basis of age. Writing for the Court, Sopinka J. stated at pp. 1313-14:

While it is not an absolute requirement that employees be individually tested, the employer may not satisfy the burden of proof of establishing the reasonableness of the requirement if he fails to deal satisfactorily with the question as to why it was not possible to deal with employees on an individual basis by, *inter alia*, individual testing. If there is a practical alternative to the adoption of a discriminatory rule, this may lead to a determination that the employer did not act reasonably in not adopting it. [Emphasis added.]

6. Application to the Case at Bar

The rule at issue in the case at bar pertains to mandatory Monday attendance subject to exceptions that do not include religious obligation. It bears the form of a neutral condition of general application and as a practical matter would be unlikely to impose any hardship on employees who adhere to the majority religious faiths. The adverse impact of the rule would be confined to adherents of minority religions or sects such as, in this case, a follower of the World Wide Church of God.

In light of my conclusions regarding the respective roles of a BFOQ and the duty to accommodate, we need only be concerned in this case with the criteria for establishing the defence of accom-

cause de la possibilité de trouver d'autres solutions raisonnables. J'affirme ainsi à la p. 344:

Il me semble que, compte tenu de la nature du droit violé par une politique antinépotisme, c.-à-d. le droit, garanti par l'art. 10, de ne pas être victime de discrimination, l'adoption d'une interdiction totale n'est pas «raisonnablement nécessaire» pour éviter que l'intégrité de l'administration municipale soit menacée. La ville peut éviter cette menace en recourant aux moyens moins draconiens que j'ai proposés.

Notre Cour a repris le même point de vue dans la récente affaire *Saskatoon Fire Fighters*, précitée. Contrairement à l'affaire *Etobicoke*, les parties avaient envisagé la possibilité de faire subir des tests individuels à chacun des pompiers pour évaluer leur condition physique au lieu d'imposer une règle qui, à première vue, établissait une discrimination fondée sur l'âge. Le juge Sopinka s'exprime ainsi au nom de la Cour, aux pp. 1313 et 1314:

Quoiqu'il ne soit pas absolument nécessaire de faire subir des tests à chaque employé, il se peut que l'employeur ne parvienne pas à s'acquitter de l'obligation qui lui incombe de prouver le caractère raisonnable de l'exigence s'il ne fournit pas une réponse satisfaisante à la question de savoir pourquoi il ne lui a pas été possible de traiter individuellement les employés, notamment en administrant des tests à chacun d'eux. S'il existe une solution pratique autre que l'adoption d'une règle discriminatoire, on peut conclure que l'employeur a agi d'une manière déraisonnable en n'adoptant pas cette autre solution. [Je souligne.]

6. Application à l'espèce

La règle en cause en l'espèce concerne la présence obligatoire au travail le lundi sous réserve de certaines exceptions n'incluant pas l'obligation religieuse. Cette règle prend la forme d'une condition neutre d'application générale et n'est pas, en pratique, susceptible d'imposer une contrainte aux employés qui adhèrent aux confessions religieuses majoritaires. Son effet préjudiciable serait confiné aux adeptes de religions ou de sectes minoritaires comme, en l'espèce, un fidèle de la World Wide Church of God.

Compte tenu de mes conclusions sur les rôles respectifs de l'EPN et de l'obligation d'accommodement, il convient de se limiter en l'espèce à l'examen des critères permettant d'établir la

modation. Was the rule rationally connected to the performance of the job and, if so, did the respondent employer accommodate the employee up to the point of undue hardship?

McIntyre J.'s judgment in *O'Malley* provides some guidance in identifying a rational connection between a given rule and the employment. At page 551 he speaks of an "employment rule honestly made for sound economic or business reasons, equally applicable to all to whom it is intended to apply..." As in the case at bar, the rule in *O'Malley* pertained to attendance on certain days, specifically two out of three Saturdays. The Court in *O'Malley* concluded that the employer's rule satisfied the first branch of the test. McIntyre J. states at pp. 555-56:

To relate the principle of accommodation to the facts at bar, we must begin with the proposition that the employer is lawfully entitled to carry on business and to stay open for business on Saturdays. It is accordingly entitled to engage employees on the condition that they work on Saturdays.

I think it must follow from this that the respondent in the case at bar is equally entitled to organize its business by closing down its processing operation on the weekend resulting in Mondays being a particularly busy day. The respondent's work rule accordingly meets the test of being rationally connected to the job of being a dairy processor.

Turning to the question of reasonable accommodation, I adopt the observations made by McIntyre J. at p. 556 in *O'Malley* with respect to Mrs. O'Malley and find here too that the complainant was lawfully entitled to pursue the practices of his religion and to be free of the compulsion to work on Monday, April 4, 1983 contrary to his religious beliefs. The onus is upon the respondent employer to show that it made efforts to accommodate the religious beliefs of the complainant up to the point of undue hardship.

I do not find it necessary to provide a comprehensive definition of what constitutes undue hardship but I believe it may be helpful to list some of

défense d'accommodement. La règle avait-elle un lien rationnel avec l'exercice de l'emploi et, dans l'affirmative, l'employeur a-t-il composé avec l'employé tant qu'il n'en a pas résulté pour lui une contrainte excessive?

L'opinion du juge McIntyre dans l'arrêt *O'Malley* fournit certaines indications sur la façon de vérifier s'il existe un lien rationnel entre une règle donnée et l'emploi. À la page 551, il parle d'une «condition d'emploi adoptée honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d'affaires, également applicable à tous ceux qu'elle vise...» Comme en l'espèce, la règle en cause dans l'arrêt *O'Malley* prescrivait la présence au travail certains jours, en l'occurrence deux samedis sur trois. La Cour a conclu que cette règle satisfaisait au premier volet du critère. Voici ce que dit le juge McIntyre aux pp. 555 et 556:

Pour relier ce principe de l'accommodement aux faits de l'espèce, nous devons commencer par le principe selon lequel l'employeur est légalement autorisé à exploiter une entreprise et à l'ouvrir le samedi. Il est en conséquence autorisé à engager des employés à la condition qu'ils travaillent le samedi.

Il s'ensuit, à mon avis, que l'intimée est également autorisée en l'espèce à organiser ses activités de manière à arrêter la production en fin de semaine de sorte que le lundi est une journée particulièrement chargée. La condition d'emploi fixée par l'employeur satisfait donc au critère du lien rationnel avec le travail de transformation laitière.

Pour ce qui est de la question de l'accommodement raisonnable, j'adopte les remarques qu'a faites le juge McIntyre à la p. 556 de l'arrêt *O'Malley* à l'égard de M^{me} O'Malley et je conclus que le plaignant était en l'espèce légalement autorisé à pratiquer sa religion et à ne pas être forcé de travailler le lundi 4 avril 1983, contrairement à ses croyances religieuses. C'est à l'employeur qu'incombe le fardeau de prouver qu'il s'est efforcé de tenir compte des croyances religieuses du plaignant, dans la mesure où cela ne comportait pas une contrainte excessive.

Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de définir de façon exhaustive ce qu'il faut entendre par contrainte excessive mais j'estime qu'il peut être utile

the factors that may be relevant to such an appraisal. I begin by adopting those identified by the Board of Inquiry in the case at bar—financial cost, disruption of a collective agreement, problems of morale of other employees, interchangeability of work force and facilities. The size of the employer's operation may influence the assessment of whether a given financial cost is undue or the ease with which the work force and facilities can be adapted to the circumstances. Where safety is at issue both the magnitude of the risk and the identity of those who bear it are relevant considerations. This list is not intended to be exhaustive and the results which will obtain from a balancing of these factors against the right of the employee to be free from discrimination will necessarily vary from case to case.

In the case at bar the Board of Inquiry found as a fact that concerns of cost, disruption of a collective agreement, employee morale and interchangeability of work force did not pose serious obstacles to accommodating the complainant's religious needs by permitting him to be absent on Monday, April 4, 1983. Indeed, it would be very difficult to conclude otherwise in light of the existence of a contingency plan for dealing with sporadic Monday absences. If the employer could cope with an employee's being sick or away on vacation on Mondays, it could surely accommodate a similarly isolated absence of an employee due to religious obligation. I emphasize once again that there is nothing in the evidence to suggest that Monday absences of the complainant would have become routine or that the general attendance record of the complainant was a subject of concern. The ability of the respondent to accommodate the complainant on this occasion was, on the evidence, obvious and, to my mind, incontrovertible. I therefore find that the respondent has failed to discharge its burden of proving that it accommodated the complainant up to the point of undue hardship.

7. Disposition

I would allow the appeal and restore the award of the Board of Inquiry. The appellant shall have its costs both here and in the court below.

d'énumérer certains facteurs permettant de l'apprécier. J'adopte d'abord à cette fin les facteurs identifiés par la commission d'enquête en l'espèce—le coût financier, l'atteinte à la convention collective, le moral du personnel et l'interchangeabilité des effectifs et des installations. L'importance de l'exploitation de l'employeur peut jouer sur l'évaluation de ce qui représente un coût excessif ou sur la facilité avec laquelle les effectifs et les installations peuvent s'adapter aux circonstances. Lorsque la sécurité est en jeu, l'ampleur du risque et l'identité de ceux qui le supportent sont des facteurs pertinents. Cette énumération ne se veut pas exhaustive et les résultats qu'on obtiendra en mesurant ces facteurs par rapport au droit de l'employé de ne pas faire l'objet de discrimination varieront nécessairement selon le cas.

En l'espèce, la commission d'enquête a conclu qu'en fait les questions du coût, de l'atteinte à la convention collective, du moral des employés et de l'interchangeabilité de la main-d'œuvre ne posaient pas d'obstacles sérieux empêchant l'employeur de tenir compte des besoins religieux du plaignant en l'autorisant à s'absenter le lundi 4 avril 1983. De fait, il serait très difficile d'en arriver à une conclusion différente compte tenu de l'existence de mesures d'urgence pour parer aux absences sporadiques du lundi. Si l'employeur pouvait faire face à la maladie ou aux vacances d'un employé le lundi, il pouvait sûrement composer avec l'absence isolée d'un employé pour cause d'obligation religieuse. J'insiste à nouveau sur le fait que rien dans la preuve ne permet de penser que le plaignant se serait absenté régulièrement le lundi ou que sa fiche de présence laissait à désirer. Vu la preuve, la capacité de l'intimée de prendre en compte la situation du plaignant en cette occasion ne faisait aucun doute et, dans mon esprit, ne saurait être contestée. J'estime par conséquent que l'intimée ne s'est pas acquittée de son fardeau de prouver qu'elle a composé avec le plaignant dans la mesure où cela n'entraînait pas une contrainte excessive.

7. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la décision de la commission d'enquête. L'appellante a droit aux dépens en notre Cour et dans la cour d'instance inférieure.

The reasons of La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. were delivered by

SOPINKA J.—I have had the advantage of reading the reasons of Wilson J. herein. Although I agree with the disposition proposed by her, I arrive at that conclusion by a different route. In particular, I am of the opinion that the duty to accommodate must be dealt with in the context of the *bona fide* occupational qualification (“BFOQ”) exception or defence.

The facts are stated in the reasons of my colleague and it is not necessary to repeat them. I would simply observe that the alleged discriminatory conduct in this case was the *ad hoc* decision of the respondent not to allow the appellant to be absent for work on April 4, 1983. Although no doubt there was a general understanding that employees work during “working days”, this was not inflexible. Indeed it was relaxed to permit the appellant to be absent on March 29. I will elaborate on the significance of these facts later in these reasons.

The “limitation, specification or preference” which required justification under s. 7(3) of the *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, was the refusal to allow the appellant to be absent on April 4.

The Duty to Accommodate and Bona Fide Occupational Requirement

The concept of duty to accommodate originated in American cases concerning Title VII Equal Employment Opportunity of the *Civil Rights Act of 1964*, Pub. L. 88-352. In *Dewey v. Reynolds Metals Co.*, 402 U.S. 689 (1971), an evenly split Supreme Court of the United States affirmed a decision of the Court of Appeals, 429 F.2d 324 (6th Cir. 1970), negating the existence of the duty. In 1972, the Act was amended to specifically provide for a duty to accommodate: see 42 U.S.C.A. s. 2000e(j), as amended by Pub. L. 92-261, s. 2, 86 Stat. 103.

In *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, a work rule was attacked that was

Version française des motifs des juges La Forest, Sopinka et McLachlin rendus par

LE JUGE SOPINKA—J'ai eu l'avantage de lire les motifs du juge Wilson en l'espèce. Bien que je sois d'accord avec l'issue qu'elle propose, j'y arrive par un cheminement différent. J'estime plus particulièrement qu'il faut traiter de l'obligation d'accommodement dans le contexte de l'exception ou de la défense fondée sur l'exigence professionnelle normale («EPN»).

Ma collègue a exposé les faits dans ses motifs, aussi n'ai-je pas à les répéter. Je me contenterai de souligner que l'acte discriminatoire reproché en l'espèce était la décision ponctuelle de l'intimée de refuser à l'appelant de s'absenter de son travail le 4 avril 1983. Même s'il était sans doute généralement entendu que les employés travailleraient durant les «jours ouvrables», cette règle n'était pas inflexible. En fait, elle a été assouplie pour permettre à l'appelant de s'absenter le 29 mars. J'expliquerai plus loin dans ces motifs l'importance de ces faits.

La «restriction, condition ou préférence» qui devait être justifiée selon le par. 7(3) de la *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, ch. I-2, était le refus de permettre à l'appelant de s'absenter le 4 avril.

L'obligation d'accommodement et l'exigence professionnelle normale

Le concept de l'obligation d'accommodement trouve son origine dans des arrêts américains visant le Titre VII Equal Employment Opportunity de la *Civil Rights Act of 1964*, Pub. L. 88-352. Dans l'arrêt *Dewey v. Reynolds Metals Co.*, 402 U.S. 689 (1971), la Cour suprême des États-Unis, dont les avis étaient également partagés, a confirmé la décision par laquelle la Cour d'appel, 429 F.2d 324 (6th Cir. 1970), niait l'existence de cette obligation. En 1972, la Loi a été modifiée pour prévoir expressément l'obligation d'accommodement: voir 42 U.S.C.A. al. 2000e(j), modifié par Pub. L. 92-261, art. 2, 86 Stat. 103.

Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, il était question d'une

neutral on its face but discriminatory in its effect on Mrs. O'Malley. It was conceded that the employer had no intention to discriminate. This Court accepted the proposition that intention to discriminate was not a requirement for a finding of discrimination under s. 4(1)(g) of the *Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1980, c. 340. Without more, this would have made the liability of employers absolute once it was found that a rule neutral on its face had a discriminatory effect. Based on the United States experience, it was submitted by the appellant (O'Malley) that the employer could still escape liability if the employer established that it was not in breach of its duty to accommodate. From this perspective, the duty is more in the nature of an exception from liability than an additional obligation.

The Court accepted this submission, although there was no statutory provision in the Ontario Code which explicitly recognized a duty to accommodate. The requirement was, however, found to exist in the general provisions and intent of the Code. McIntyre J., speaking for the Court, stated at p. 553:

The reasonable standard, referred to by Professor Ratushny, and the duty to accommodate, referred to in the American cases, provide that where it is shown that a working rule has caused discrimination it is incumbent upon the employer to make a reasonable effort to accommodate the religious needs of the employee, short of undue hardship to the employer in the conduct of his business.

Earlier he had stated at p. 552:

The working rule or condition is not struck down, but its effect on the complainant must be considered, and if the purpose of the *Ontario Human Rights Code* is to be given effect some accommodation must be required from the employer for the benefit of the complainant.

Since the Ontario Code contained no BFOQ defence which applied to discrimination on the basis of religion, the Court did not need to concern

règle de travail qui était neutre à première vue mais qui, par ses effets, était discriminatoire à l'égard de M^{me} O'Malley. Il avait été concédé que l'employeur n'entendait pas établir de distinction injuste. Notre Cour a accueilli la proposition selon laquelle l'intention d'établir une distinction injuste n'était pas nécessaire à la conclusion de l'existence de la discrimination en vertu de l'al. 4(1)g) du *Code ontarien des droits de la personne*, L.R.O. 1980, ch. 340. Dès lors que l'on concluait qu'une règle, neutre à première vue, avait un effet discriminatoire, cela suffisait à rendre absolue la responsabilité des employeurs. Se fondant sur l'expérience américaine, l'appelante (O'Malley) a soutenu que l'employeur pouvait encore échapper à sa responsabilité s'il établissait qu'il n'avait pas manqué à son obligation d'accommodement. Dans cette optique, l'obligation tient davantage d'une exception à la responsabilité que d'une obligation supplémentaire.

La Cour a accueilli cette thèse, bien que le Code ontarien n'ait contenu aucune disposition reconnaissant explicitement l'obligation d'accommodement. On a cependant conclu que cette exigence se dégageait des dispositions et de l'intention générales du Code. Le juge McIntyre, au nom de la Cour, a dit ce qui suit, à la p. 553:

La norme du caractère raisonnable mentionnée par le professeur Ratushny et l'obligation d'accommodement, dont parle la jurisprudence américaine, prévoient que, lorsqu'il est démontré qu'une condition de travail a causé de la discrimination, il incombe à l'employeur de tenter raisonnablement de faire en sorte que les besoins religieux de l'employée soient respectés à moins que cela ne lui cause une contrainte excessive dans la gestion de ses affaires.

Plus tôt dans ses motifs, il avait dit ceci, à la p. 552:

La règle ou la condition de travail n'est pas annulée, mais son effet sur le plaignant doit être étudié et si l'on veut mettre en application l'objet du *Code ontarien des droits de la personne* un accommodement quelconque s'impose de la part de l'employeur au profit du plaignant.

Puisque le Code ontarien ne prévoyait aucune défense fondée sur une EPN applicable à la discrimination fondée sur les croyances religieuses, la

itself with the effect of a BFOQ on the duty to accommodate.

In *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561, the only significant difference from *O'Malley* was the existence of a BFOQ clause. McIntyre J. pointed this out, stating at p. 586:

The facts in this case and in that of *O'Malley* are identical in principle and the only significant difference between the two governing statutes as far as this case is concerned is the presence of s. 14(a) in the *Canadian Human Rights Act* creating the *bona fide* occupational requirement defence. The fundamental point then on which this case must turn is the question of whether the hard hat rule is a *bona fide* occupational requirement and, if so, what effect must be given to s. 14(a) of the Act?

He went on to find that once a BFOQ was established, s. 14(a) of the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, left no room for the examination of the effects on each individual. He stated at p. 589:

To conclude then that an otherwise established *bona fide* occupational requirement could have no application to one employee, because of the special characteristics of that employee, is not to give s. 14(a) a narrow interpretation; it is simply to ignore its plain language. To apply a *bona fide* occupational requirement to each individual with varying results, depending on individual differences, is to rob it of its character as an occupational requirement and to render meaningless the clear provisions of s. 14(a). [Emphasis added.]

He concluded, therefore, that since the duty to accommodate required an examination of the effects of the rule on individual employees, a BFOQ defence left no room for a duty to accommodate. He continued at p. 590:

The duty to accommodate is a duty imposed on the employer to take reasonable steps short of undue hardship to accommodate the religious practices of the employee when the employee has suffered or will suffer discrimination from a working rule or condition. The *bona fide* occupational requirement defence set out in s. 14(a) leaves no room for any such duty for, by its clear

Cour n'avait pas à examiner les répercussions d'une EPN sur l'obligation d'accommodement.

La seule différence importante entre les faits de l'arrêt *O'Malley* et ceux de l'arrêt *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561, tenait à l'existence d'une clause relative à une EPN. Le juge McIntyre a souligné cette distinction de la façon suivante, à la p. 586:

Les faits en l'espèce et ceux de l'affaire *O'Malley* sont identiques en principe, la seule différence importante entre les deux lois qui les régissent, pour ce qui est de l'espèce présente, étant la présence dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* de l'al. 14a) qui crée le moyen de défense fondé sur l'exigence professionnelle normale. La question fondamentale, dont doit dépendre le sort de l'espèce, est donc de savoir si la règle du casque de sécurité constitue une exigence professionnelle normale et, dans l'affirmative, quel effet faut-il donner à l'al. 14a) de la Loi?

Il a ensuite conclu que dès lors qu'une EPN était établie, l'al. 14a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33, ne laissait aucune place à l'examen de ses conséquences sur chaque individu. Il a dit à la p. 589:

Conclure alors que ce qui constituerait par ailleurs une exigence professionnelle normale ne peut s'appliquer à un employé, en raison des caractéristiques spéciales de cet employé, revient non pas à donner une interprétation étroite à l'al. 14a), mais tout simplement à ne tenir aucun compte de ce qu'il dit clairement. Appliquer une exigence professionnelle normale à chaque individu avec des résultats variables, selon les différences personnelles, c'est la dépouiller de sa nature d'exigence professionnelle et faire perdre tout leur sens aux dispositions claires de l'al. 14a).

Il a donc conclu que puisque l'obligation d'accommodement exigeait l'examen des conséquences de la règle concernée sur les employés individuels, un moyen de défense fondé sur une EPN ne laissait aucune place à l'obligation d'accommodement. Il a ajouté, à la p. 590:

L'obligation d'accommodement est l'obligation, imposée à l'employeur, de prendre des mesures raisonnables, sans que cela ne cause une contrainte excessive, pour composer avec les pratiques religieuses de l'employé qui est victime de discrimination en raison d'une règle ou condition de travail. Le moyen de défense fondé sur l'exigence professionnelle normale, énoncé à l'al. 14a), ne laisse

terms where the *bona fide* occupational requirement exists, no discriminatory practice has occurred. As framed in the *Canadian Human Rights Act*, the *bona fide* occupational requirement defence when established forecloses any duty to accommodate. [Emphasis added.]

My colleague seeks to avoid the result in *Bhinder* by limiting its reasoning to cases of direct discrimination, but excluding from its purview cases of adverse effect discrimination. *Bhinder* was, of course, a classic example of adverse effect discrimination. On this thesis the statutory defence either does not apply at all to adverse effect discrimination or applies only to save the rule but does not exculpate the respondent. Apart from constituting a radical departure from *Bhinder*, this conclusion requires a rewriting of the statute. First, the statute makes no distinction between direct and indirect discrimination. Second, the BFOQ applies equally to all forms of discrimination. Section 7 of the Act provides, in relevant part:

7(1) No employer or person acting on behalf of an employer shall

- (a) refuse to employ or refuse to continue to employ any person, or
- (b) discriminate against any person with regard to employment or any term or condition of employment,

because of the race, religious beliefs, colour, sex, physical characteristics, marital status, age, ancestry or place of origin of that person or of any other person.

(3) Subsection (1) does not apply with respect to a refusal, limitation, specification or preference based on a bona-fide occupational qualification.

If an employer brings herself within s. 7(3), then subs. (1), which creates liability, simply does not apply. There is no discrimination in respect of which the duty to accommodate can operate.

aucune place à une obligation de ce genre car il ressort clairement de cet alinéa que, lorsqu'il existe une exigence professionnelle normale, il n'y a pas d'acte discriminatoire. Selon sa formulation dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, le moyen de défense fondé sur l'exigence professionnelle normale, lorsqu'il est établi, exclut toute obligation d'accommodement. [Je souligne.]

Ma collègue tente d'éviter l'issue de l'arrêt *Bhinder* en limitant le raisonnement qu'on y a suivi aux cas de discrimination directe et en excluant de sa portée les cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable. L'affaire *Bhinder* offrait bien sûr l'exemple classique de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Selon cette thèse, la défense prévue par la loi ne s'applique pas du tout à la discrimination par suite d'un effet préjudiciable ou alors, elle ne s'applique que pour sauver la règle, sans toutefois disculper l'intimé. En plus de s'écarter radicalement de l'arrêt *Bhinder*, cette conclusion nécessite une nouvelle formulation de la loi. Premièrement, la loi n'établit aucune distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte. Deuxièmement, l'EPN s'applique également à toutes les formes de discrimination. L'article 7 de la Loi prévoit notamment ce qui suit:

[TRADUCTION] 7(1) Aucun employeur ni aucune personne agissant pour le compte d'un employeur ne doit

- a) refuser d'employer ou de continuer d'employer une personne;
- b) faire preuve de discrimination envers une personne en matière d'emploi ou quant aux modalités ou conditions d'emploi,

en raison de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, des caractéristiques physiques, de l'état matrimonial, de l'âge, de l'ascendance ou du lieu d'origine de cette personne ou de toute autre personne.

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard d'un refus, d'une restriction, d'une condition ou d'une préférence fondée sur une exigence professionnelle normale.

Si l'employeur se trouve être visé par le par. 7(3), le par. (1) qui impose une obligation, ne s'applique tout simplement pas. Il n'existe aucune discrimination permettant l'entrée en jeu de l'obligation d'accommodement.

The approach which my colleague adopts is referred to in Tarnopolsky and Pentney, *Discrimination and the Law*, Fifth Cumulative Supplement (September 1989), which is cited in support of her reasons. The learned authors refer to the distinction between direct and adverse effect discrimination and comment, at p. 29, that:

The b.f.o.q. defence after *Etobicoke* is well suited to situations involving "direct discrimination". In adverse effect analysis, however, the defences of business rationality and duty to accommodate short of undue hardship, as explained earlier, incorporate the flexibility and balancing of interests which are necessary in order to make the concept effective.

The learned authors conclude that this approach should be rejected. They state at p. 29:

Although it is submitted that this argument is logically defensible, it will not be elaborated upon because it marks such a radical departure from the *Bhinder* decision. Instead, an alternative approach which involves the incorporation of the duty to accommodate into the b.f.o.q. defence will be examined. There are two approaches to the b.f.o.q. defence which have been recognized in Canadian law thus far. The first approach requires an employer to make an individualized assessment of an employee in order to justify a b.f.o.q. The second approach allows an employer to justify a class-based b.f.o.q. where the class is defined by reference to one of the prohibited grounds of discrimination, in situations in which it is impractical or impossible to assess employees individually. Although existing law is somewhat ambiguous on the point, there is support for the proposition that an individualized b.f.o.q. is generally to be preferred and that a class-based b.f.o.q. will be recognized only in cases where public safety and the "risk of unpredictable human failure" are involved. [Emphasis added.]

While *Bhinder* precludes an individual application of the BFOQ, subsequent jurisprudence in this Court makes it clear that an employer may fail to establish a BFOQ defence if he is unable to provide an acceptable explanation as to why it was not possible to deal with employees on an individual basis. In *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, at p. 312, Beetz J. specified the following as the

L'approche adoptée par ma collègue est mentionnée dans l'ouvrage de Tarnopolsky et Pentney, *Discrimination and the Law*, 5^e supplément cumulatif (septembre 1989), qui est cité à l'appui de ses motifs. Les auteurs, parlant de la distinction qui existe entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, font le commentaire suivant, à la p. 29:

[TRADUCTION] La défense fondée sur une EPN convient bien, depuis l'arrêt *Etobicoke*, aux cas de «discrimination directe». Cependant quand il s'agit de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, les défenses fondées sur les besoins de l'entreprise et l'obligation d'accommodement, sans contrainte excessive expliquées plus haut, apportent la souplesse et l'équilibrage des intérêts en jeu qui sont nécessaires pour rendre le concept effectif.

Les auteurs concluent que cette approche devrait être rejetée. Voici ce qu'ils disent, à la p. 29:

[TRADUCTION] Bien que l'on avance que cet argument se défend logiquement, on ne s'y étendra pas parce qu'il représente une dérogation radicale à l'arrêt *Bhinder*. Nous examinerons plutôt une autre approche, qui laisse place à l'obligation d'accommodement dans la défense fondée sur l'EPN. Jusqu'à présent, le droit canadien reconnaît deux façons d'aborder la défense basée sur l'EPN. La première demande que l'employeur apprécie la situation de son employé de façon individuelle pour justifier une EPN. Selon la seconde approche, l'employeur peut justifier une EPN visant une catégorie de gens lorsque celle-ci est définie par référence à l'un des motifs de distinction illicite, dans des situations où il n'est pas pratique ou possible d'évaluer les employés individuellement. Bien que le droit actuel soit plutôt ambigu à cet égard, d'aucuns croient qu'une EPN individualisée devrait généralement être privilégiée et qu'une EPN visant une catégorie de personnes ne sera reconnue que lorsque entrent en jeu la sécurité publique et le «risque des défaillances humaines imprévisibles». [Je souligne.]

Bien que l'arrêt *Bhinder* écarte l'application individuelle de l'EPN, la jurisprudence postérieure de notre Cour laisse clairement entendre qu'un employeur peut se trouver incapable d'établir une défense fondée sur une EPN s'il ne parvient pas à expliquer de façon acceptable pourquoi il ne lui était pas possible de traiter ses employés de façon individuelle. Dans l'arrêt *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*,

second of two criteria for the establishment of a BFOQ:

(2) Is the rule properly designed to ensure that the aptitude or qualification is met without placing an undue burden on those to whom the rule applies? This allows us to inquire as to the reasonableness of the means the employer chooses to test for the presence of the requirement for the employment in question.

And in *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297, the Court stated at pp. 1313-14:

While it is not an absolute requirement that employees be individually tested, the employer may not satisfy the burden of proof of establishing the reasonableness of the requirement if he fails to deal satisfactorily with the question as to why it was not possible to deal with employees on an individual basis by, *inter alia*, individual testing. If there is a practical alternative to the adoption of a discriminatory rule, this may lead to a determination that the employer did not act reasonably in not adopting it. [Emphasis added.]

As my colleague puts it in her reasons at p. 518: "If a reasonable alternative exists to burdening members of a group with a given rule, that rule will not be *bona fide*."

How then is *Bhinder* to be applied in light of the refinements found in *Brossard* and *Saskatoon Fire Fighters*? By virtue of *O'Malley*, there is a duty to accommodate in religious discrimination cases by reason of the general intent and spirit of the Code. In a case such as *O'Malley*, in which a duty to accommodate arises but the statute contains no BFOQ, the employer can discharge the duty only by showing that all reasonable efforts have been made to accommodate individual employees short of creating undue hardship for the employer. This does not change because of the addition of a statutory defence of BFOQ. The addition of the defence is relevant to the discharge of the duty but not to its existence.

[1988] 2 R.C.S. 279, le juge Beetz a énoncé ce qui suit comme étant le second des deux critères applicables à l'établissement d'une EPN, à la p. 312:

(2) La règle est-elle bien conçue de manière que l'exigence quant à l'aptitude ou à la qualité puisse être remplie sans que les personnes assujetties à la règle ne se voient imposer un fardeau excessif? Cela nous permet d'examiner le caractère raisonnable des moyens choisis par l'employeur pour vérifier si l'on satisfait à cette exigence dans le cas de l'emploi en question.

Et dans l'arrêt *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297, notre Cour a déclaré ce qui suit, aux pp. 1313 et 1314:

Quoiqu'il ne soit pas absolument nécessaire de faire subir des tests à chaque employé, il se peut que l'employeur ne parvienne pas à s'acquitter de l'obligation qui lui incombe de prouver le caractère raisonnable de l'exigence s'il ne fournit pas une réponse satisfaisante à la question de savoir pourquoi il ne lui a pas été possible de traiter individuellement les employés, notamment en administrant des tests à chacun d'eux. S'il existe une solution pratique autre que l'adoption d'une règle discriminatoire, on peut conclure que l'employeur a agi d'une manière déraisonnable en n'adoptant pas cette autre solution. [Je souligne.]

Comme le dit ma collègue dans ses motifs à la p. 518: «S'il est possible de trouver une solution raisonnable qui évite d'imposer une règle donnée aux membres d'un groupe, cette règle ne sera pas considérée comme justifiée.»

Comment faut-il donc appliquer l'arrêt *Bhinder*, compte tenu des raffinements que l'on trouve dans les arrêts *Brossard* et *Saskatoon Fire Fighters*? En vertu de l'arrêt *O'Malley*, l'obligation d'accommodement existe dans les cas de discrimination religieuse en raison de l'objet et de l'esprit du Code. Dans une affaire comme l'affaire *O'Malley*, qui traite de l'obligation d'accommodement là où la loi ne contient aucune disposition relative à l'EPN, l'employeur pour s'acquitter de cette obligation, doit démontrer qu'il a fait tous les efforts raisonnables pour composer avec des employés particuliers sans avoir à s'imposer des contraintes excessives. L'adjonction de la défense légale fondée sur une EPN ne modifie pas cette situation; en effet, cette défense se rapporte à l'exécution de l'obligation et non pas à son existence.

Where a statutory BFOQ provision is present, its language cannot be avoided. With respect, McIntyre J. was right in *Bhinder* in saying that once that defence is made out there is no basis for an individual examination of the circumstances of each employee. The question, however, is how the BFOQ is established having regard to the duty to accommodate. I have referred above to the principle that in general a prerequisite to a successful BFOQ defence is a showing that there was no reasonable alternative to a rule that does not take into account the individual circumstances of those to whom it applies. An employer who wishes to avail himself of a general rule having a discriminatory effect on the basis of religion must show that the impact on the religious practices of those subject to the rule was considered, and that there was no reasonable alternative short of causing undue hardship to the employer. What is reasonable in these terms is a question of fact. If the employer fails to provide an explanation as to why individual accommodation cannot be accomplished without undue hardship, this will ordinarily result in a finding that the duty to accommodate has not been discharged and that the BFOQ has not been established. In *Roosma v. Ford Motor Co.* (1988), 9 C.H.R.R. D/4743, a Board of Inquiry chaired by Professor P. P. Mercer (now Dean of the University of Western Ontario Law School) dealt with the *Ontario Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53 which deals separately with direct and adverse effect discrimination and makes the BFOQ applicable to both. The relationship between the BFOQ and the duty to accommodate in the case of adverse effect discrimination was aptly expressed as follows at p. D/4747:

A neutral "requirement, qualification or consideration" which gives rise to constructive discrimination is only allowed to operate as an exception where it is reasonable and *bona fide* in the circumstances. And it is only reasonable in the circumstances, consistent with *O'Malley*, if accommodation cannot be accomplished without undue hardship.

Lorsqu'une loi contient une disposition relative à une EPN, son libellé ne saurait être ignoré. Avec égards, le juge McIntyre a eu raison de dire dans l'arrêt *Bhinder* qu'une fois la défense établie, il n'y a pas lieu de faire l'étude individuelle de la situation de chacun des employés. Il faut se demander toutefois comment l'EPN est établie en regard de l'obligation d'accommodement. J'ai mentionné plus haut le principe selon lequel, en général, une défense fondée sur une EPN ne saurait réussir sans tout d'abord la preuve qu'il n'existait aucune autre solution raisonnable à une règle qui ne tient pas compte de la situation particulière de ceux qu'elle vise. L'employeur qui veut se prévaloir d'une règle générale ayant pour effet d'établir une discrimination fondée sur la religion doit démontrer qu'il a considéré les répercussions de cette règle sur les pratiques religieuses de ceux à qui elle s'applique, et qu'il n'existait aucune solution raisonnable qui ne lui aurait imposé des contraintes excessives. Ce qui est raisonnable dans ces circonstances est une question de fait. Si l'employeur n'arrive pas à expliquer pourquoi il ne peut composer individuellement avec ses employés, sans contrainte excessive pour lui, on conclura ordinairement qu'il ne s'est pas acquitté de son obligation d'accommodement et que l'EPN n'a pas été établie. Dans l'affaire *Roosma v. Ford Motor Co.* (1988), 9 C.H.R.R. D/4743, une commission d'enquête présidée par le professeur P. P. Mercer (aujourd'hui doyen de l'University of Western Ontario Law School) a dû se prononcer sur le *Code ontarien des droits de la personne, 1981*, L.O. 1981, ch. 53, qui traite de façon distincte de la discrimination directe et de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable et qui rend l'EPN applicable à l'une et à l'autre. Le rapport entre l'EPN et l'obligation d'accommodement là où il y a discrimination par suite d'un effet préjudiciable a été bien exposé dans les termes suivants, à la p. D/4747:

[TRADUCTION] Une «exigence, condition ou considération» neutre donnant lieu à la discrimination implicite ne peut agir comme exception que si elle est raisonnable et justifiée dans les circonstances. Et elle n'est raisonnable dans les circonstances, compte tenu de l'arrêt *O'Malley*, que si l'accommodement ne peut se faire sans contrainte excessive.

An employer with a large number of employees of many different religions may be able to discharge the duty inherent in the BFOQ by adopting a policy with respect to the accommodation of the religious beliefs of its employees. Such a policy may be a reasonable alternative to a practice that entails an *ad hoc* accommodation of individual employees. This is one of the advantages of dealing with the duty to accommodate in the context of the BFOQ defence rather than at large. An employer who has not adopted a policy with respect to accommodation and cannot otherwise satisfy the trier of fact that individual accommodation would result in undue hardship will be required to justify his conduct with respect to the individual complainant. Even then the employer can invoke the BFOQ defence, and if the decision in the individual case satisfies the above requirements, the defence is made out.

Application to this Case

The facts of this case are particularly apt to illustrate the application of the above principles. We have a vague general rule that requires employees to work all working days. There is no evidence of any consideration being given to the religious practices of employees in the adoption of that general rule. No doubt this is due to the fact that the general practice was not formulated in any structured way. It simply developed, and until the present complaint no consideration had been given to religious practices. The respondent cannot, therefore, justify its treatment of the appellant on the basis of the general rule. It has not been shown to be a BFOQ.

Nonetheless, if the individual decision with respect to the appellant satisfies the criteria for a BFOQ, s. 7(3) would apply and discrimination would thereby be negated. As indicated above, the employer must establish that it could not accommodate the appellant without undue hardship. The Board of Inquiry found as a fact that the employer "made no significant effort to accommodate the request." I see no reason to disturb that finding. On the basis of the principles stated above, that

L'employeur qui a de nombreux employés de religions différentes peut arriver à s'acquitter de l'obligation inhérente à l'EPN en adoptant une politique visant à tenir compte des diverses croyances religieuses de ses employés. Une telle politique peut être une solution raisonnable à envisager au lieu de la pratique consistant à composer avec les employés individuellement dans des circonstances particulières. C'est l'un des avantages qu'il y a à traiter de l'obligation d'accommodement dans le contexte d'une défense fondée sur l'EPN plutôt qu'en général. L'employeur qui n'a pas adopté de politique relative aux accommodements, et qui ne peut par ailleurs convaincre le juge des faits que composer sur une base individuelle lui imposerait des contraintes excessives sera tenu de justifier sa conduite à l'égard du plaignant. Même alors, l'employeur peut invoquer la défense fondée sur l'EPN, laquelle sera retenue si la décision prise à l'égard d'un cas particulier satisfait aux exigences susmentionnées.

Application à l'espèce

Les faits de l'espèce permettent de bien illustrer l'application des principes susmentionnés. Nous sommes en présence d'une vague règle générale exigeant que les employés travaillent tous les jours ouvrables, et aucune preuve n'indique que l'on a pris en considération les pratiques religieuses des employés au moment d'adopter cette règle. Cela tient sans doute au fait que la règle générale n'a pas été formulée de façon structurée. Elle a simplement pris forme et, jusqu'à la présente plainte, aucune considération n'avait été accordée aux pratiques religieuses. L'intimée ne peut donc pas justifier la façon dont elle a traité l'appelant en invoquant la règle générale. Elle n'a pas prouvé qu'il s'agissait d'une EPN.

Cependant, si la décision individuelle à l'égard de l'appelant satisfaisait aux critères applicables à l'EPN, le par. 7(3) s'appliquerait et l'existence de la discrimination serait par conséquent écartée. Comme on l'a dit plus haut, l'employeur doit établir qu'il ne lui était pas possible de composer avec l'appelant sans s'imposer des contraintes excessives. La commission d'enquête a tiré la conclusion de fait que l'employeur [TRADUCTION] «n'a fait aucun effort notable pour répondre à la

finding is fatal to the establishment of a BFOQ. Accordingly, I would allow the appeal and restore the decision of the Board of Inquiry.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Alberta Human Rights Commission, Edmonton.

Solicitors for the respondent: McLennan, Ross, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Jewish Congress: Davies, Ward & Beck, Toronto.

Solicitors for the intervener Seventh-day Adventist Church: Milner & Steer, Edmonton.

demande». Je ne vois aucun motif de modifier cette conclusion. Selon les principes énoncés plus haut, cette conclusion s'oppose absolument à l'existence d'une EPN. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la décision de la commission d'enquête.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: Alberta Human Rights Commission, Edmonton.

Procureurs de l'intimée: McLennan, Ross, Edmonton.

Procureur de l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne: Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le Congrès juif canadien: Davies, Ward & Beck, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Église adventiste du septième jour: Milner & Steer, Edmonton.

Abdullah Khan Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. KHAN

File No.: 20963.

1989: November 3; 1990: September 13.

Present: Lamer C.J.* and Wilson, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Evidence — Witnesses — Evidence of children — Evidence Act permitting child of tender years to give unsworn evidence — Whether trial judge erred in ruling that four-and-a-half-year-old child incompetent to give such testimony in sexual assault case — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 16.

Evidence — Exceptions to hearsay rule — Spontaneous declarations — Child making statements to her mother fifteen minutes after alleged sexual assault — Whether such statements admissible as an exception to the hearsay rule.

Appellant, a medical doctor, was charged with sexually assaulting a 3½ year-old girl. At trial, the Crown sought to introduce statements made by the child to her mother some 15 minutes after the alleged assault, arguing that they were admissible under the spontaneous declaration exception to the hearsay rule. The trial judge refused to admit the statements on the basis that they were not contemporaneous with the event. He also held that the child, who was 4½ years old at the time of trial, was not competent to give unsworn evidence under s. 16 of the *Canada Evidence Act*. He acquitted appellant. The Court of Appeal found that the trial judge had erred in applying the more strenuous test for admission of sworn testimony when considering the admission of the child's unsworn evidence, and had erred when considering the admissibility of the spontaneous statements in not allowing greater latitude with respect to the lapse of time between the event and the declaration. It set aside the acquittal and ordered a new trial.

Held: The appeal should be dismissed.

* Chief Justice at the time of judgment.

Abdullah Khan Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

a

RÉPERTORIÉ: R. c. KHAN

N° du greffe: 20963.

1989: 3 novembre; 1990: 13 septembre.

b

Présents: Le juge en chef Lamer* et les juges Wilson, Sopinka, Gonthier et McLachlin.

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

c

Preuve — Témoins — Témoignage d'enfant — Loi sur la preuve permettant à un enfant en bas âge de témoigner sans être assermenté — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en décidant qu'une enfant de quatre ans et demi était inhabile à témoigner dans une affaire d'agression sexuelle? — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, ch. E-10, art. 16.

Preuve — Exceptions à la règle du oui-dire — Déclarations spontanées — L'enfant a fait des déclarations à sa mère quinze minutes après l'agression sexuelle alléguée — Ces déclarations sont-elles recevables comme exception à la règle du oui-dire?

L'appellant, un médecin, a été accusé d'agression sexuelle sur une enfant de trois ans et demi. Au procès, le ministère public a voulu produire les déclarations faites par l'enfant à sa mère quelque quinze minutes après l'agression alléguée, soutenant qu'elles étaient recevables en vertu de l'exception que constituent les déclarations spontanées à la règle du oui-dire. Le juge du procès a refusé d'admettre les déclarations parce qu'elles n'étaient pas contemporaines de l'événement. Il a également décidé que l'enfant, qui était âgée de quatre ans et demi au moment du procès, était inhabile à témoigner sans être assermentée selon l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Il a acquitté l'appellant. La Cour d'appel a conclu que le juge du procès, dans son examen de l'admission du témoignage de l'enfant non assermentée, avait commis une erreur en utilisant le critère plus sévère applicable à l'admission d'un témoignage sous serment et, dans son examen de la recevabilité des déclarations spontanées, en n'accordant pas une plus grande latitude quant au laps de temps écoulé entre l'événement et la déclaration. Elle a annulé l'acquiescement et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

* Juge en chef à la date du jugement.

The trial judge erred in refusing to admit the child's unsworn testimony. He erred first in applying the test in *Bannerman* to s. 16 of the *Canada Evidence Act* and emphasizing that the child did not understand what it meant to lie "to the court". While the distinction between the ability to testify under oath and the ability to give unsworn evidence under s. 16 has been narrowed by rejection of the need for a religious understanding of the oath, it has not been eliminated. Before a person can give evidence under oath, it must be established that the oath in some way gets a hold on his conscience. Under section 16 the only two requirements for reception of the evidence are sufficient intelligence and an understanding of the duty to tell the truth. The trial judge also erred in placing critical weight on the child's young age. Having found that the two requirements for reception of the evidence under s. 16 had been fulfilled, the trial judge erred in letting himself be swayed by the young age of the child. Were that a determinative consideration, there would be danger that offences against very young children could never be prosecuted.

The mother's evidence as to the statements the child had made to her should also have been admitted. While the trial judge correctly rejected the mother's statement applying the traditional tests for spontaneous declarations, the strictures of the hearsay rule should be relaxed in the case of children's testimony. Courts in recent years have adopted a more flexible approach, rooted in the principle and policy underlying the rule rather than the strictures of traditional exceptions. Despite the need for caution, hearsay evidence of a child's statement may be received where the two general requirements of necessity and reliability are met. The child's statement to the mother in this case was necessary, the child's viva voce evidence having been rejected. It was also reliable; the child had no motive to falsify her story, which emerged naturally and without prompting, and the fact she could not be expected to have knowledge of such sexual acts imbues her statement with its own peculiar stamp of reliability.

In determining the admissibility of the evidence, the judge must have regard to the need to safeguard the interests of the accused. In most cases a right of cross-examination would not be available, and the concerns as to credibility will remain to be addressed by submissions

Le juge du procès a commis une erreur en refusant d'admettre le témoignage que l'enfant a donné sans être assermenté. Sa première erreur a été d'appliquer le critère de l'arrêt *Bannerman* à l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada* et de souligner que l'enfant ne comprenait pas ce que signifiait mentir «à la cour». Bien qu'on ait restreint la distinction entre l'habilité à témoigner sous serment et l'habilité à témoigner sans être assermenté en vertu de l'art. 16 en rejetant la nécessité de comprendre le caractère religieux du serment, elle n'a pas été supprimée. Pour qu'une personne puisse témoigner sous serment, il faut établir que le serment fait en quelque sorte appel à sa conscience. En vertu de l'art. 16, les deux seules exigences applicables à l'admission du témoignage sont l'intelligence suffisante et une compréhension du devoir de dire la vérité. Le juge du procès a également commis une erreur en accordant une importance capitale au jeune âge de l'enfant. Ayant conclu que les deux exigences applicables à l'admission du témoignage en vertu de l'art. 16 avaient été respectées, le juge du procès a commis une erreur en se laissant influencer par le jeune âge de l'enfant. S'il s'agissait d'un facteur déterminant, il y aurait un risque que des infractions commises contre de très jeunes enfants ne puissent jamais faire l'objet de poursuites.

Le témoignage de la mère quant aux déclarations que l'enfant lui avait faites aurait dû être admis également. Bien que le juge du procès ait correctement rejeté la déclaration de la mère en appliquant les critères traditionnels des déclarations spontanées, les restrictions de la règle du oui-dire devraient être assouplies dans le cas du témoignage d'enfants. Au cours des dernières années, les tribunaux ont adopté une attitude plus souple, fondée sur les principes qui sous-tendent la règle du oui-dire, plutôt que les restrictions des exceptions traditionnelles. Malgré la nécessité d'agir avec prudence, la preuve par oui-dire de la déclaration d'un enfant peut être reçue lorsque les deux exigences générales de nécessité et de fiabilité sont respectées. En l'espèce, la déclaration de l'enfant à sa mère était nécessaire puisque le témoignage de vive voix de l'enfant avait été rejeté. Elle était également fiable; l'enfant n'avait aucune raison d'inventer son histoire qu'elle a racontée naturellement sans être incitée à le faire. Le fait qu'on ne pouvait s'attendre à ce que l'enfant connaisse ce genre d'acte sexuel confère à sa déclaration une fiabilité toute particulière.

Pour déterminer la recevabilité de la preuve, le juge doit tenir compte de la nécessité de sauvegarder les intérêts de l'accusé. Dans la plupart des cas, on ne pourra se prévaloir du droit au contre-interrogatoire et les préoccupations de l'accusé quant à la crédibilité

as to the weight to be accorded to the evidence and as to the quality of any corroborating evidence.

Cases Cited

Considered: *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608; **referred to:** *R. v. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110, aff'd [1966] S.C.R. v; *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001; *Official Solicitor v. K.*, [1963] 3 All E.R. 191; *D.R.H. v. Superintendent of Family and Child Services* (1984), 41 R.F.L. (2d) 337; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *M. (W.) v. Director of Child Welfare for P.E.I.* (1986), 3 R.F.L. (3d) 181; *F. (J.K.) v. F. (J.D.)*, [1988] B.C.J. No. 278; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 16.

Authors Cited

McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 3rd ed. By Kenneth S. Brown et al. St. Paul, Minn.: West, 1984.

Wharton, Francis. *Wharton's Criminal Evidence*, 13th ed. Rochester, N.Y.: Lawyers' Co-operative Publishing Co., 1972.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1988), 42 C.C.C. (3d) 197, 64 C.R. (3d) 281, 27 O.A.C. 142, allowing the Crown's appeal from appellant's acquittal on a charge of sexual assault. Appeal dismissed.

Robert J. Carter, Q.C., and *Larry B. O'Brien*, for the appellant.

Kenneth L. Campbell, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J.—This case raises the question of the admissibility of a child's unsworn evidence and statements made by a child to an adult concerning sexual assault.

The Facts

On March 26, 1985, Mrs. O. and her daughter T., who was three and a half years old, attended at the office of their family doctor, Dr. Khan, for a

devront être traitées au moyen d'arguments quant à la valeur à accorder au témoignage et quant à la qualité de toute preuve corroborante.

Jurisprudence

Arrêt examiné: *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; **arrêts mentionnés:** *R. v. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110, conf. par [1966] R.C.S. v; *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001; *Official Solicitor v. K.*, [1963] 3 All E.R. 191; *D.R.H. v. Superintendent of Family and Child Services* (1984), 41 R.F.L. (2d) 337; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *M. (W.) v. Director of Child Welfare for P.E.I.* (1986), 3 R.F.L. (3d) 181; *F. (J.K.) v. F. (J.D.)*, [1988] B.C.J. No. 278; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30.

Lois et règlements cités

Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, ch. E-10, art. 16.

d Doctrine citée

McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 3rd ed. By Kenneth S. Brown et al. St. Paul, Minn.: West, 1984.

Wharton, Francis. *Wharton's Criminal Evidence*, 13th ed. Rochester, N.Y.: Lawyers' Co-operative Publishing Co., 1972.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1988), 42 C.C.C. (3d) 197, 64 C.R. (3d) 281, 27 O.A.C. 142, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public de l'acquittement de l'appelant sur l'accusation d'agression sexuelle. Pourvoi rejeté.

Robert J. Carter, c.r., et *Larry B. O'Brien*, pour l'appelant.

Kenneth L. Campbell, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—Ce pourvoi porte sur l'admissibilité du témoignage sans serment d'une enfant et des déclarations qu'elle a faites à un adulte au sujet d'une agression sexuelle.

Les faits

Le 26 mars 1985, M^{me} O. et sa fille de trois ans et demi, T., se sont présentées au cabinet de leur

general examination of the mother and a routine immunization of T.

Dr. Khan examined T. first, in the presence of her mother. He then told her to wait in his private office while he conducted the examination of her mother. Dr. Khan and T. were alone in his private office for a period of five to seven minutes while the mother undressed and put on a hospital gown. T. was alone in the office for the following fifteen minutes while her mother's examination was being conducted. T. did not come into contact with any other male person during this period.

When the mother rejoined T., she noticed the child picking at a wet spot on her sleeve. They left and went to a nearby drugstore. Upon leaving the store, approximately fifteen minutes after leaving Dr. Khan's office, mother and child had essentially the following conversation.

Mrs. O. So you were talking to Dr. Khan, were you? What did he say?

T. He asked me if I wanted a candy. I said yes. And do you know what?

Mrs. O. What?

T. He said "open your mouth". And do you know what? He put his birdie in my mouth, shook it and peed in my mouth.

Mrs. O. Are you sure?

T. Yes.

Mrs. O. You're not lying to me, are you?

T. No. He put his birdie in my mouth. And he never did give me my candy.

The mother testified that the word 'birdie' meant penis to T. As a result of the police investigation T.'s jogging suit was examined and the spot on the sleeve was determined to have been produced by a deposit of semen and, in some areas, a mixture of semen and saliva that had soaked through the fabric before it dried. The concentration of the mixture suggested to the forensic biologist that the substances were probably mixed before they were applied to the material.

The appellant was charged with sexual assault. At trial he elected to call no evidence. With respect to the Crown's case, the trial judge made

médecin de famille, le D^r Khan, pour l'examen général de la mère et le vaccin de routine de T.

Le D^r Khan a d'abord examiné T. en présence de sa mère. Il lui a dit ensuite d'attendre dans son bureau privé pendant l'examen de sa mère. Le D^r Khan et T. ont été seuls dans son bureau privé durant cinq à sept minutes pendant que la mère se changeait pour revêtir une chemise d'hôpital. T. est restée seule dans le bureau au cours des quinze minutes suivantes pendant lesquelles sa mère était examinée. T. n'a rencontré aucun autre homme pendant cette période.

Lorsque la mère a retrouvé T., elle a remarqué que l'enfant tâtait une tache mouillée sur sa manche. Elles sont parties et se sont rendues à une pharmacie avoisinante. Au moment de quitter la pharmacie, environ quinze minutes après avoir quitté le cabinet du D^r Khan, la mère et l'enfant ont eu essentiellement la conversation suivante:

[TRADUCTION]

M^{me} O. Alors tu as parlé avec le D^r Khan, n'est-ce pas? Qu'est-ce qu'il a dit?

T. Il m'a demandé si je voulais un bonbon. J'ai dit oui. Et tu sais quoi?

M^{me} O. Quoi?

T. Il a dit «ouvre ta bouche». Et tu sais quoi? Il a mis son zizi dans ma bouche, l'a secoué et a fait pipi dans ma bouche.

M^{me} O. Es-tu sûre?

T. Oui.

M^{me} O. Tu n'es pas en train de me mentir?

T. Non. Il a mis son zizi dans ma bouche. Et il ne m'a jamais donné mon bonbon.

La mère a témoigné que pour T. le terme [TRADUCTION] «zizi» désignait le pénis. Par suite de l'enquête policière, la tenue molletonnée de T. a été examinée et on a conclu que la tache sur la manche était un dépôt de sperme et, en certains endroits, un mélange de sperme et de salive qui avait imbibé le tissu avant de sécher. Selon le biologiste légal, la concentration du mélange indiquait que les substances avaient probablement été mélangées avant d'avoir été appliquées sur le tissu.

L'appelant a été accusé d'agression sexuelle. Au procès, il a choisi de ne présenter aucune preuve. Quant à la preuve présentée par le ministère

two significant rulings. The trial judge held that T. was not competent to give unsworn evidence and also refused to admit the evidence of the mother as to the above noted conversation on the basis that the statement was not contemporaneous with the event. The trial judge acquitted the appellant of the charges. The Crown appealed the acquittal to the Court of Appeal for Ontario, which allowed the appeal, set aside the acquittal and ordered a new trial: (1988), 42 C.C.C. (3d) 197.

Relevant Statutory Provision

Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 16 (since repealed and replaced by S.C. 1987, c. 24, s. 18):

16. (1) In any legal proceeding where a child of tender years is offered as a witness, and such child does not, in the opinion of the judge, justice or other presiding officer, understand the nature of an oath, the evidence of such child may be received, though not given upon oath, if, in the opinion of the judge, justice or other presiding officer, as the case may be, the child is possessed of sufficient intelligence to justify the reception of the evidence, and understands the duty of speaking the truth.

(2) No case shall be decided upon such evidence alone, and it must be corroborated by some other material evidence.

Judgments

District Court of Ontario

Locke Dist. Ct. J. did not admit the testimonial evidence of the child, T. He also rejected the argument that the statements T. made to her mother were admissible as an exception to the hearsay rule because they were "spontaneous statements". Therefore, Locke Dist. Ct. J. did not admit the evidence of the mother with regard to the conversation that took place shortly after leaving the doctor's office. He concluded:

In all of the circumstances, and however suspicious I remain to this moment, the Crown has fallen just short of proof of the accused's guilt beyond a reasonable doubt.

public, le juge du procès a tiré deux conclusions importantes. Le juge du procès a conclu que T. était inhabile à témoigner sans être assermentée et il a également refusé d'admettre le témoignage de la mère quant à la conversation précitée parce que la déclaration n'était pas contemporaine de l'événement. Le juge du procès a acquitté l'appelant des accusations. Le ministère public a interjeté appel de l'acquittement devant la Cour d'appel de l'Ontario, laquelle a accueilli l'appel, annulé le verdict d'acquittement et ordonné la tenue d'un nouveau procès: (1988), 42 C.C.C. (3d) 197.

La disposition législative pertinente

Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, ch. E-10, art. 16 (abrogé depuis et remplacé par L.C. 1987, ch. 24, art. 18):

16. (1) Dans toute procédure judiciaire où l'on présente comme témoin un enfant en bas âge qui, de l'avis du juge, juge de paix ou autre fonctionnaire président, ne comprend pas la nature d'un serment, le témoignage de cet enfant peut être reçu, bien qu'il ne soit pas rendu sous serment, si, de l'avis du juge, juge de paix ou autre fonctionnaire président, selon le cas, cet enfant est doué d'une intelligence suffisante pour justifier la réception de son témoignage, et s'il comprend le devoir de dire la vérité.

(2) Aucune cause ne peut être décidée sur ce seul témoignage, et il doit être corroboré par quelque autre témoignage essentiel.

Les décisions des juridictions inférieures

La Cour de district de l'Ontario

Le juge Locke de la Cour de district n'a pas admis le témoignage de l'enfant T. Il a également rejeté l'argument selon lequel les déclarations de T. à sa mère étaient admissibles comme exception à la règle du oui-dire parce qu'elles étaient [TRADUCTION] «des déclarations spontanées». Par conséquent, le juge Locke n'a pas admis le témoignage de la mère quant à la conversation qui a eu lieu peu de temps après avoir quitté le cabinet du médecin. Il a conclu:

[TRADUCTION] Compte tenu de toutes les circonstances, et quels que soient les soupçons que je puisse continuer d'avoir, le ministère public n'a pas réussi à établir la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable.

Court of Appeal

Robins J.A., writing for the court, found that the trial judge erred when considering the admission of the child's testimony. He found that the trial judge applied the more strenuous test for admission of sworn testimony when he should have applied the less strenuous test applicable to unsworn testimony. Robins J.A. also held that the trial judge erred when considering the admissibility of the spontaneous statements. In his opinion because the child was of tender years and because a sexual event was alleged greater latitude should have been given in respect of the lapse of time between the event and the declaration.

Issues

1. Did the Court of Appeal err in concluding that the trial judge misdirected himself in ruling that the child witness was incompetent to give unsworn testimony?
2. Did the Court of Appeal err in holding, contrary to the ruling of the trial judge, that a "spontaneous declaration" allegedly made by the child to her mother after the alleged sexual assault was admissible?

Analysis

1. *Did the Trial Judge Err in Law in Holding That the Child Was Incompetent to Give Unsworn Evidence?*

T. was called as a witness at the trial. She was four years and eight months old. Questioning revealed that she did not understand what the Bible was and did not understand the nature of telling the truth "in court". The Crown did not contend that she was competent to give evidence under oath. It submitted, however, that her unsworn evidence should be received under s. 16 of the *Canada Evidence Act*:

16. (1) In any legal proceeding where a child of tender years is offered as a witness, and such child does not, in the opinion of the judge, justice or other presiding officer, understand the nature of an oath, the evidence of such child may be received, though not given upon oath, if, in the opinion of the judge, justice or other

La Cour d'appel

Le juge Robins a conclu, au nom de la Cour d'appel, que le juge du procès a commis une erreur en examinant la question de l'admission du témoignage de l'enfant. Il a conclu que le juge du procès a utilisé le critère plus sévère applicable à l'admission d'un témoignage sous serment alors qu'il aurait dû utiliser le critère moins sévère applicable au témoignage d'une personne non assermentée. Le juge Robins a également conclu que le juge du procès a commis une erreur en examinant l'admissibilité des déclarations spontanées. Selon lui, parce qu'il s'agissait d'un enfant en bas âge et parce que l'on prétend qu'il s'agit d'un événement sexuel, une plus grande latitude aurait dû être accordée quant au laps de temps écoulé entre l'événement et la déclaration.

Les questions en litige

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que le juge du procès s'est trompé en décidant que l'enfant était inhabile à témoigner sans être assermentée?
2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en décidant, contrairement à la décision du juge du procès, qu'une «déclaration spontanée» que l'enfant aurait faite à sa mère après l'agression sexuelle reprochée était admissible?

L'analyse

1. *Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en décidant que l'enfant était inhabile à témoigner sans être assermentée?*

T. a été appelée à témoigner au procès. Elle avait quatre ans et huit mois. L'interrogatoire a révélé qu'elle ne comprenait pas ce qu'était la Bible et ne comprenait pas ce que signifiait dire la vérité [TRADUCTION] «à la cour». Le ministère public n'a pas prétendu qu'elle était habile à témoigner sous serment. Il a cependant soutenu que son témoignage, même si elle n'était pas assermentée, devrait être reçu en vertu de l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*:

16. (1) Dans toute procédure judiciaire où l'on présente comme témoin un enfant en bas âge qui, de l'avis du juge, juge de paix ou autre fonctionnaire président, ne comprend pas la nature d'un serment, le témoignage de cet enfant peut être reçu, bien qu'il ne soit pas rendu sous serment, si, de l'avis du juge, juge de paix ou autre

presiding officer, as the case may be, the child is possessed of sufficient intelligence to justify the reception of the evidence, and understands the duty of speaking the truth.

(2) No case shall be decided upon such evidence alone, and it must be corroborated by some other material evidence.

The trial judge refused to receive T.'s unsworn evidence on the ground that while she possessed sufficient intelligence to justify the reception of the evidence, he was not satisfied that she understood the duty of speaking the truth.

The Court of Appeal, *per* Robins J.A., concluded that the trial judge had erred in rejecting T.'s testimony. It found he made two errors.

The first error, in the view of the Court of Appeal, was to apply the test in *R. v. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110 (Man. C.A.), *aff'd* [1966] S.C.R. v, a case where the issue was the reception of evidence under oath, and in particular the statement of Dickson J. that "[t]he object of the law in requiring an oath is to get at the truth relative to the matters in dispute by getting a hold on the conscience of the witness" (p. 138). Robins J.A. stated, at p. 206:

To satisfy the less stringent standards applicable to unsworn evidence, the child need only understand the duty to speak the truth in terms of ordinary everyday social conduct. This can be demonstrated through a simple line of questioning directed to whether the child understands the difference between the truth and a lie, knows that it is wrong to lie, understands the necessity to tell the truth, and promises to do so. It is to be borne in mind that under s. 16(2) the child's unsworn evidence must be corroborated by some other material evidence. Any frailties that may be inherent in the child's testimony go to the weight to be given the testimony rather than its admissibility.

The second error, the Court of Appeal concluded, was to place too much weight on the fact that the child was very young, in effect drawing a distinction between children of very tender years and older children. It is clear that the trial judge

fonctionnaire président, selon le cas, cet enfant est doué d'une intelligence suffisante pour justifier la réception de son témoignage, et s'il comprend le devoir de dire la vérité.

(2) Aucune cause ne peut être décidée sur ce seul témoignage, et il doit être corroboré par quelque autre témoignage essentiel.

Le juge du procès a refusé de recevoir le témoignage que T. a rendu sans être assermentée parce que, bien qu'elle soit douée d'une intelligence suffisante pour justifier la réception de son témoignage, il n'était pas convaincu qu'elle comprenait le devoir de dire la vérité.

Le juge Robins, au nom de la Cour d'appel, a conclu que le juge du procès avait eu tort de rejeter le témoignage de T. Il a conclu que le juge du procès avait commis deux erreurs.

De l'avis de la Cour d'appel, la première erreur a été d'appliquer le critère de l'arrêt *R. v. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110 (C.A. Man.), *conf. par* [1966] R.C.S. v, où la question portait sur la réception d'un témoignage sous serment, et en particulier la déclaration du juge Dickson que [TRADUCTION] «la loi qui exige le serment a pour objet de découvrir la vérité relativement aux questions contestées en faisant appel à la conscience du témoin» (p. 138). Le juge Robins a affirmé, à la p. 206:

[TRADUCTION] Pour satisfaire aux normes moins sévères applicables au témoignage qui n'est pas donné sous serment, il suffit que l'enfant comprenne le devoir de dire la vérité au sens de la conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne. On peut en faire la preuve par une série de questions simples permettant de déterminer si l'enfant comprend la différence entre la vérité et le mensonge, s'il sait qu'il n'est pas bien de mentir, s'il comprend la nécessité de dire la vérité et promet de le faire. Il convient de rappeler qu'en vertu du par. 16(2), le témoignage que l'enfant a rendu sans être assermenté doit être corroboré par quelque autre témoignage essentiel. Toute faiblesse qui peut être inhérente au témoignage d'un enfant influe sur le poids à lui accorder plutôt que sur son admissibilité.

La Cour d'appel a conclu que la deuxième erreur a été d'accorder trop d'importance au très jeune âge de l'enfant, ce qui a eu pour effet d'établir une distinction entre les enfants en très bas âge et les enfants plus vieux. Il est clair que le

was concerned by the very young age of the witness. He pointed out that most of the cases concerned children of ten to thirteen years and that he could find no case of the evidence of a child under five being received. While acknowledging that theoretically a child of any age could be proffered in court, he noted in his concluding comments:

T. . . . , however intelligent she may be to this day, is still very much an infant who is just beginning to embark upon childhood. She is still mentally and physically normal but very immature.

I agree with the Court of Appeal that the trial judge made the two errors to which it referred. He erred first in applying the *Bannerman* test to s. 16 of the *Canada Evidence Act* and emphasizing that T. did not understand what it meant to lie "to the court". While the distinction between the ability to testify under oath and the ability to give unsworn evidence under s. 16 has been narrowed by rejection in cases such as *Bannerman* of the need for a religious understanding of the oath, it has not been eliminated. Before a person can give evidence under oath, it must be established that the oath in some way gets a hold on his conscience, that there is an appreciation of the significance of testifying in court under oath. It was wrong to apply this test, which T. clearly did not meet, to s. 16, where the only two requirements for reception of the evidence are sufficient intelligence and an understanding of the duty to tell the truth.

The trial judge also erred in placing critical weight on the child's young age. The Act makes no distinction between children of different ages. The trial judge in effect found that T. met the two requirements for permitting a child to testify under s. 16, but, emphasizing her immaturity, rejected her evidence. He found that T. had sufficient intelligence, and conceded that she "seemed to be aware at least of the consequences of telling

juge du procès était préoccupé par le très jeune âge du témoin. Il a souligné que la plupart des décisions concernaient des enfants de dix à treize ans et qu'il n'en a trouvé aucune où le témoignage d'un enfant de moins de cinq ans avait été reçu. Tout en reconnaissant que, théoriquement, un enfant de n'importe quel âge pourrait être appelé à témoigner devant la cour, il a souligné dans sa conclusion:

[TRADUCTION] T. . . . , aussi intelligente soit-elle aujourd'hui, est encore très petite et n'est qu'à l'aube de son enfance. Elle est normale mentalement et physiquement, mais elle est très jeune.

Je partage l'avis de la Cour d'appel que le juge du procès a commis les deux erreurs précitées. Il a d'abord commis une erreur en appliquant le critère de l'arrêt *Bannerman* à l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada* et en soulignant que T. ne comprenait pas ce que signifiait mentir «à la cour». Bien qu'on ait restreint la distinction entre l'habilité à témoigner sous serment et l'habilité à témoigner sans être assermenté en vertu de l'art. 16 en rejetant, dans des décisions comme l'arrêt *Bannerman*, la nécessité de comprendre le caractère religieux du serment, elle n'a pas été supprimée. Pour qu'une personne puisse témoigner sous serment, il faut établir que le serment fait en quelque sorte appel à sa conscience, qu'elle apprécie l'importance de témoigner sous serment devant le tribunal. Il était incorrect d'appliquer à l'art. 16 cette norme à laquelle ne satisfaisait clairement pas T., alors que les deux seules exigences applicables à la réception du témoignage sont l'intelligence suffisante et une compréhension du devoir de dire la vérité.

Le juge du procès a également commis une erreur en accordant une importance capitale au jeune âge de l'enfant. La Loi n'établit aucune distinction entre les enfants d'âges différents. En réalité, le juge du procès a conclu que T. satisfaisait aux deux exigences permettant à un enfant de témoigner en vertu de l'art. 16, mais, soulignant son manque de maturité, il a rejeté son témoignage. Il a conclu que T. était douée d'une intelligence suffisante et il a reconnu qu'elle [TRADUCTION] «semblait être consciente au moins des conséquences de dire un mensonge». Cela ressort

a lie". This is clear from T.'s evidence, as revealed by the following portions of the transcript:

Q. Yes, and do you know what it is to tell the truth? You're sort of shrugging your shoulders there and smiling. Do you know what it is to tell a lie?

A. U-hmm.

Q. What's a lie?

A. If you say you cleaned up the room and you didn't, and your mother and your father went to see it and it's messy, that's a lie.

Q. I see. What happens when you tell a lie?

A. The parent spank their bum.

Q. I see. You're doing just fine. Tell me, what else happens to you if you tell a lie?

A. I get spanked and I get sent in my room and I get cleaned up and I cry and I come back out and I not cry, and that's okay.

Q. And then everything is fine, is it?

A. (Nod)

Having found that the two requirements for reception of the evidence under s. 16 had been fulfilled, the trial judge erred in letting himself be swayed by the young age of the child. Were that a determinative consideration, there would be danger that offences against very young children could never be prosecuted.

2. *Did the Trial Judge Err in Rejecting the Mother's Statement of What the Child Told Her After the Incident?*

Fifteen minutes after leaving Dr. Khan's office, in response to her mother's query, "So you were talking to Dr. Khan, were you?", T. told her mother about the sexual act the doctor had performed on her. The issue is whether the mother's statement of what she was told is admissible in evidence. The trial judge rejected the statement, holding that it was hearsay and did not fall within any of the established exceptions to the hearsay rule, and in particular the spontaneous declaration exception. The Court of Appeal held that the statement should have been received on the ground that the inherent reliability of the child's statement was such that the usual requirements for spontane-

clairement du témoignage de T., comme l'indiquent les extraits suivants de la transcription:

[TRADUCTION]

Q. Oui, et sais-tu ce que c'est que de dire la vérité? On dirait que tu hausses les épaules et que tu souris. Sais-tu ce que c'est que de mentir?

R. U-hmm.

Q. Qu'est-ce qu'un mensonge?

R. Si tu dis que tu a rangé ta chambre et que tu ne l'as pas fait et si ta mère et ton père vont voir et s'aperçoivent qu'elle est en désordre, c'est un mensonge.

Q. Je vois. Qu'arrive-t-il quand tu dis un mensonge?

R. Les parents te tapent les fesses.

Q. Je vois. C'est très bien. Dis-moi, qu'est-ce qui arrive encore si tu dis un mensonge?

R. On me tape et on m'envoie dans ma chambre et je dois nettoyer et je pleure et je ressors de ma chambre et je ne pleure plus et c'est correct.

Q. Et alors tout est parfait n'est-ce pas?

R. (Signe de tête)

Ayant conclu que les deux exigences applicables à la réception du témoignage en vertu de l'art. 16 avaient été respectées, le juge du procès a commis une erreur en se laissant influencer par le jeune âge de l'enfant. S'il s'agissait d'un facteur déterminant, il y aurait alors un risque que les infractions commises contre de très jeunes enfants ne puissent jamais faire l'objet de poursuites.

2. *Le juge du procès a-t-il commis une erreur en rejetant la déclaration de la mère sur ce que l'enfant lui avait dit après l'incident?*

Quinze minutes après avoir quitté le cabinet du D^r Khan, en réponse à la question de la mère «Alors, tu as parlé avec le D^r Khan, n'est-ce pas?», T. a raconté à sa mère l'acte sexuel auquel le médecin s'était livré sur elle. La question est de savoir si la déclaration de la mère sur ce que l'enfant lui a dit est admissible en preuve. Le juge du procès a rejeté la déclaration en décidant qu'il s'agissait de oui-dire et que la déclaration ne relevait d'aucune exception établie à la règle du oui-dire, et en particulier de l'exception des déclarations spontanées. La Cour d'appel a conclu que la déclaration aurait dû être reçue pour le motif que la fiabilité inhérente de la déclaration de l'enfant

ous declarations of contemporaneity and intensity or pressure should be relaxed.

I am satisfied that applying the traditional tests for spontaneous declarations, the trial judge correctly rejected the mother's statement. The statement was not contemporaneous, being made fifteen minutes after leaving the doctor's office and probably one-half hour after the offence was committed. Nor was it made under pressure or emotional intensity which would give the guarantee of reliability upon which the spontaneous declaration rule has traditionally rested. The question then is the extent to which, if at all, the strictures of the hearsay rule should be relaxed in the case of children's testimony. The issue is one of great importance in view of the increasing number of prosecutions for sexual offences against children and the hardships that often attend requiring children to retell and relive the frequently traumatic events surrounding the episode in a long series of encounters with parents, social workers, police and finally different levels of courts.

The hearsay rule has traditionally been regarded as an absolute rule, subject to various categories of exceptions, such as admissions, dying declarations, declarations against interest and spontaneous declarations. While this approach has provided a degree of certainty to the law on hearsay, it has frequently proved unduly inflexible in dealing with new situations and new needs in the law. This has resulted in courts in recent years on occasion adopting a more flexible approach, rooted in the principle and the policy underlying the hearsay rule rather than the strictures of traditional exceptions.

This Court took such an approach in *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608. The plaintiff was suing for medical malpractice which had resulted in amputation of his leg for gangrene. He wanted to introduce hospital records containing entries by

était telle que les exigences habituelles de contemporanéité et d'intensité ou de contrainte en matière de déclarations spontanées devraient être assouplies.

^a Je suis convaincue qu'en appliquant les critères traditionnels des déclarations spontanées le juge du procès a rejeté à juste titre la déclaration de la mère. La déclaration n'était pas contemporaine ^b puisqu'elle a été faite quinze minutes après leur départ du cabinet du médecin et probablement une demi-heure après la perpétration de l'infraction. Elle n'a pas été faite non plus sous la contrainte ou l'intensité émotive qui fournirait la garantie de ^c fiabilité sur laquelle se fonde traditionnellement la règle des déclarations spontanées. La question est donc de savoir dans quelle mesure, le cas échéant, les restrictions de la règle du oui-dire devraient être assouplies dans le cas d'un témoignage d'enfant. La question est très importante compte tenu ^d du nombre de plus en plus élevé de poursuites relatives à des infractions de nature sexuelle perpétrées contre des enfants et des difficultés que ^e comporte souvent l'obligation pour les enfants de raconter et de revivre des événements souvent traumatisants entourant l'épisode, au cours d'une longue série de rencontres avec les parents, les travailleurs sociaux, les policiers et enfin les différents ^f paliers judiciaires.

Traditionnellement, la règle du oui-dire a été considérée comme absolue, sous réserve de diverses catégories d'exceptions comme les aveux, les déclarations de mourants, les déclarations contre intérêt et les déclarations spontanées. Bien que cette attitude ait procuré un certain degré de certitude à la règle en matière de oui-dire, elle s'est souvent avérée trop rigide devant de nouvelles situations et ^h de nouvelles exigences du droit. Au cours des dernières années, les tribunaux ont donc parfois adopté une attitude plus souple, fondée sur les principes qui sous-tendent la règle du oui-dire, ⁱ plutôt que les restrictions des exceptions traditionnelles.

C'est l'attitude retenue par notre Cour dans l'arrêt *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608. Le demandeur avait intenté une poursuite pour faute médicale à la suite de l'amputation de sa jambe gangreneuse. Il voulait produire les dossiers de

nurses as evidence of the onset of symptoms which the doctor should have noticed and treated. He was met with the objection that the records were hearsay and he should call the nurses who made the notations. But he could not prove which nurse had made which entry, which made that approach impossible.

This Court held that the records should be admitted, notwithstanding that on the traditional rules, they were inadmissible. The Court accepted (at p. 624) the proposition that “[t]he common law is moulded by the judges and it is still their province to adapt it from time to time so as to make it serve the interests of those it binds”, particularly in the field of procedural law: *per* Lord Donovan, dissenting, in *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001, at p. 1047. Hall J. at p. 624 quoted the following passage from the reasons in *Myers* of Lord Pearce, dissenting (at pp. 1040-41):

I find it impossible to accept that there is any “dangerous uncertainty” caused by obvious and sensible improvements in the means by which the court arrives at the truth. One is entitled to choose between the individual conflicting *obiter dicta* of two great judges and I prefer that of Jessel M.R. His dictum was as follows, 1 P.D. 154, 241: “Now I take it the principle which underlies all these exceptions is the same. In the first place, the case must be one in which it is difficult to obtain other evidence, for no doubt the ground for admitting the exceptions was that very difficulty. In the next place the declarant must be disinterested; that is, disinterested in the sense that the declaration was not made in favour of his interest. And, thirdly, the declaration must be made before dispute or litigation, so that it was made without bias on account of the existence of a dispute or litigation which the declarant might be supposed to favour. Lastly, and this appears to me one of the strongest reasons for admitting it, the declarant must have had peculiar means of knowledge not possessed in ordinary cases.” On that expression of principle he admitted the extension which has been acted on ever since in the Probate Division.

In the result, this Court concluded that the nurses’ records should be admitted, noting however that

l’hôpital qui contenaient les notes prises par les infirmières pour établir que les symptômes que le médecin aurait dû constater et traiter étaient présents dès le départ. On lui a opposé que les dossiers constituaient du *ouï-dire* et qu’il aurait dû appeler à témoigner les infirmières qui avaient pris les notes. Mais il ne pouvait établir quelle infirmière avait pris les notes, ce qui rendait la tâche impossible.

Notre Cour a statué que les dossiers devraient être admis même si selon les règles traditionnelles ils étaient inadmissibles. La Cour a accepté (à la p. 624) la proposition que «[c]e sont les juges qui façonnent la *common law* et il est toujours de leur compétence de l’adapter à l’occasion de manière qu’elle serve l’intérêt de ceux qu’elle lie», particulièrement en matière de droit procédural: lord Donovan, dissident, dans l’arrêt *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001, à la p. 1047. Le juge Hall, à la p. 624, a cité les extraits suivants des motifs de lord Pearce, dissident dans l’arrêt *Myers* (aux pp. 1040 et 1041):

[TRADUCTION] Je ne puis admettre qu’une «incertitude dangereuse» soit créée par des améliorations nécessaires et raisonnables apportées aux moyens que le tribunal emploie pour atteindre la vérité. On a le choix entre les *obiter dicta* de deux juges célèbres; pour ma part, j’opte pour celui du Maître des rôles Jessel. Son *dictum*, reproduit à 1 P.D. 154, page 241, est le suivant: [TRADUCTION] «Maintenant, je comprends que le principe fondamental de toutes ces exceptions est le même. Premièrement, l’affaire doit comporter une difficulté d’obtenir d’autres preuves, car il ne fait aucun doute que la recevabilité des exceptions est fondée sur cette difficulté même. Deuxièmement, le déclarant doit être désintéressé; c’est-à-dire, désintéressé au sens que sa déclaration ne serve pas son intérêt personnel. Et, troisièmement, la déclaration doit avoir été faite avant le différend ou litige de sorte qu’elle ait été faite sans parti-pris découlant de l’existence d’un différend ou litige que le déclarant pourrait être soupçonné de favoriser. Enfin, et cela me semble l’une des meilleures raisons de l’admettre, le déclarant doit avoir eu des moyens de connaissance qui ne sont pas à la portée des gens ordinaires». Face à cet énoncé de principe, il a reconnu une extension que l’on accepte depuis lors, à la «Probate Division».

Finalement, notre Cour a conclu que les notes des infirmières devraient être admises en preuve, souli-

the admission "should, in no way, preclude a party wishing to challenge the accuracy of the records or entries from doing so" and adding that "the nurses were present in court and available to be called as witnesses if the respondent had so wished" (p. 626).

Lord Pearce's four tests may be resumed in two general requirements: necessity and reliability. The child's statement to the mother in this case meets both these general requirements as well as the more specific tests. Necessity was present, other evidence of the event, as the trial judge found, being inadmissible. The situation was one where, to borrow Lord Pearce's phrase, it was difficult to obtain other evidence. The evidence also bore strong indicia of reliability. T. was disinterested, in the sense that her declaration was not made in favour of her interest. She made the declaration before any suggestion of litigation. And beyond doubt she possessed peculiar means of knowledge of the event of which she told her mother. Moreover, the evidence of a child of tender years on such matters may bear its own special stamp of reliability. As Robins J.A. stated in the Court of Appeal (at p. 210):

Where the declarant is a child of tender years and the alleged event involves a sexual offence, special considerations come into play in determining the admissibility of the child's statement. This is so because young children of the age with which we are concerned here are generally not adept at reasoned reflection or at fabricating tales of sexual perversion. They, manifestly, are unlikely to use their reflective powers to concoct a deliberate untruth, and particularly one about a sexual act which in all probability is beyond their ken.

Because of the frequent difficulty of obtaining other evidence and because of the lack of reason to doubt many statements children make on sexual abuse to others, courts in the United States have moved toward relaxing the requirements of admissibility for such statements. This has been done in the context of the doctrine of spontaneous declarations. In *McCormick on Evidence* (3rd ed.

gnant toutefois que leur admission «ne devrait en aucune façon empêcher une partie de contester l'exactitude de ces dossiers ou des écritures, si elle veut le faire», et ajoutant que les infirmières «étaient présentes en Cour et disponibles pour témoigner à la demande de l'intimé» (p. 626).

Les quatre critères de lord Pearce peuvent se ramener à deux exigences générales: la nécessité et la fiabilité. En l'espèce, la déclaration de l'enfant à sa mère satisfait à ces exigences générales ainsi qu'aux critères plus précis. Il y avait nécessité puisque, comme le juge du procès l'a conclu, les autres éléments de preuve de l'événement étaient inadmissibles. Pour reprendre les propos de lord Pearce, la situation comportait une difficulté d'obtenir d'autres éléments de preuve. Le témoignage comportait également des indices sérieux de fiabilité. T. était désintéressée, en ce sens que sa déclaration ne servait pas son intérêt personnel. Elle a fait la déclaration avant même qu'il ne soit question de litige. Et il ne fait pas de doute qu'elle avait des moyens de connaissance particuliers de l'événement dont elle a fait part à sa mère. En outre, la déclaration d'un enfant en bas âge sur ces questions peut comporter en soi sa propre marque de fiabilité. Comme le juge Robins l'a dit en Cour d'appel (à la p. 210):

[TRADUCTION] Lorsque le déclarant est un enfant en bas âge et que les événements reprochés portent sur une infraction de nature sexuelle, des considérations particulières s'appliquent pour déterminer l'admissibilité de la déclaration de l'enfant. Il en est ainsi parce que les jeunes enfants comme celui dont il est question en l'espèce ne sont généralement pas experts en matière de raisonnements réfléchis ou pour inventer des histoires de perversion sexuelle. Manifestement, il est peu probable qu'ils utilisent leur capacité de raisonnement pour inventer délibérément un mensonge, et surtout un mensonge concernant un acte sexuel qui, selon toute vraisemblance, dépasse leur entendement.

Parce qu'il est souvent difficile d'obtenir d'autres éléments de preuve et parce qu'il n'y a pas de raison de mettre en doute beaucoup de déclarations faites par des enfants à d'autres personnes au sujet d'abus sexuels, les tribunaux des États-Unis ont commencé à assouplir les conditions d'admissibilité de ces déclarations. C'est dans le contexte de la doctrine des déclarations spontanées qu'ils l'ont

1984), at p. 859, n. 49, the authors refer to this development as the “tender years” exception to the general rule, and describe it as follows:

A tendency is apparent in cases of sex offences against children of tender years to be less strict with regard to permissible time lapse and to the fact that the statement was in response to inquiry.

Similarly, *Wharton's Criminal Evidence* (13th ed. 1972), at p. 84, states that while “[t]he *res gestae* rule in sex crimes is the same as in other criminal actions”, the rule “should be applied more liberally in the case of children”. In an attempt to analyze the many authorities in this area and arrive at some general “rule of thumb” with respect to the generally permissible time lapse between the alleged sexual assault and the spontaneous declaration, the author notes that declarations made up to an hour following the assault will generally be admissible, whereas such declarations “will not ordinarily be regarded as part of the *res gestae* where the time interval between the crime and the declaration is more than one hour” (p. 90).

These developments underline the need for increased flexibility in the interpretation of the hearsay rule to permit the admission in evidence of statements made by children to others about sexual abuse. In so far as they are tied to the exception to the hearsay rule of spontaneous declarations, however, they suffer from certain defects. There is no requirement that resort to the hearsay evidence be necessary. Even where the evidence of the child might easily be obtained without undue trauma, the Crown would be able to use hearsay evidence. Nor is there any requirement that the reliability of the evidence in the particular case be established; hence inherently unreliable evidence might be admitted. Finally, the rule being of an absolute “in-or-out” character, there is no means by which a trial judge could attach conditions on the reception of a particular statement which the

fait. Dans l'ouvrage *McCormick on Evidence* (3^e éd. 1984), à la p. 859, n. 49, les auteurs parlent de cette nouvelle exception à la règle générale comme celle du [TRADUCTION] «bas âge» et la décrivent comme suit:

[TRADUCTION] Dans les cas d'infractions de nature sexuelle contre des enfants en bas âge, on remarque une tendance à être moins sévère en ce qui concerne le délai acceptable et le fait que la déclaration soit faite en réponse à une question.

De même, dans l'ouvrage *Wharton's Criminal Evidence* (13^e éd. 1972), à la p. 84, l'auteur affirme que bien que [TRADUCTION] «la règle de la *res gestae* en matière de crimes de nature sexuelle soit la même que dans les autres actions criminelles», la règle [TRADUCTION] «devrait être appliquée avec plus de souplesse dans le cas des enfants». Dans son analyse des nombreuses sources dans ce domaine et pour parvenir à une règle empirique générale en matière de délai généralement acceptable entre l'agression sexuelle reprochée et la déclaration spontanée, l'auteur souligne que les déclarations faites même une heure après l'agression seront généralement admissibles alors que ces déclarations [TRADUCTION] «ne seront pas considérées habituellement comme faisant partie de la *res gestae* lorsque le laps de temps écoulé entre le crime et la déclaration est de plus d'une heure» (p. 90).

Cette évolution fait ressortir la nécessité d'une plus grande souplesse dans l'interprétation de la règle du oui-dire pour permettre l'admission en preuve des déclarations faites par des enfants à d'autres personnes au sujet d'abus sexuels. Cependant, dans la mesure où elle est liée à l'exception de la règle du oui-dire en matière de déclarations spontanées, elle comporte certaines lacunes. Rien n'indique qu'il faille recourir à la preuve par oui-dire. Même lorsqu'il pourrait être facile d'obtenir le témoignage de l'enfant sans le traumatiser indûment, le ministère public pourrait utiliser la preuve par oui-dire. Rien n'exige non plus que la fiabilité du témoignage rendu dans l'affaire en question soit établie; d'où la possibilité qu'un témoignage qui en soi n'est pas digne de foi soit admis. Enfin, la règle étant d'application absolue, le témoignage est soit accepté soit écarté, le juge du procès ne dispose

judge might deem prudent in a particular case, as for example, the right to cross-examine the deponent referred to in *Ares v. Venner*. In addition to these objections, it can be argued that to extend the spontaneous declaration rule as far as these cases would extend it, is to deform it beyond recognition and is conceptually undesirable.

In Canada too, courts have been moving to more flexibility in the reception of the hearsay evidence of children, although not under the aegis of the spontaneous declaration exception to the hearsay rule. Relying on *Official Solicitor v. K.*, [1963] 3 All E.R. 191, where the House of Lords admitted such evidence in child protection proceedings, the British Columbia Court of Appeal admitted similar evidence in *D.R.H. v. Superintendent of Family and Child Services* (1984), 41 R.F.L. (2d) 337 (B.C.C.A.). At issue was hearsay evidence in the context of child protection proceedings. A five-year-old child had been apprehended after allegations of sexual abuse committed by the father. Counsel sought to introduce evidence of statements made by the child to a psychologist. Counsel for the parents objected to the use of these statements for their truth and argued that the decision of this Court in *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, was applicable. Hinkson J.A., for the court, justified the reception of the evidence on the nature of the proceedings, stating (at pp. 340-41):

The concern with admitting hearsay evidence and acting upon it when dealing with a grave allegation of misconduct on the part of a parent to a child is not to be overlooked.

However, in proceedings involving children this court has adopted another approach which is exemplified by the decision in *R. v. Arbuckle*, 59 W.W.R. 605.

In my opinion the principle discussed in *R. v. Abbey*, supra, should not be applied to the inquiry with which we are concerned. Rather, in this type of inquiry, the

d'aucun moyen d'imposer à la réception d'une déclaration particulière des conditions qu'il pourrait juger prudentes dans un cas particulier, comme par exemple, le droit de contre-interroger le déposant dont il était question dans l'arrêt *Ares c. Venner*. En plus de ces objections, on peut soutenir qu'étendre la portée de la règle des déclarations spontanées aussi loin que le feraient ces décisions a pour effet de la dénaturer complètement et n'est pas en soi souhaitable.

Au Canada, les tribunaux ont également fait preuve de plus de souplesse en matière de réception de preuve par ouï-dire par des enfants, mais sans faire appel à l'exception que constituent les déclarations spontanées à la règle du ouï-dire. S'appuyant sur l'arrêt *Official Solicitor v. K.*, [1963] 3 All E.R. 191, dans lequel la Chambre des lords a admis cette preuve dans une procédure en matière de protection d'enfant, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a admis une preuve semblable dans l'arrêt *D.R.H. v. Superintendent of Family and Child Services* (1984), 41 R.F.L. (2d) 337 (C.A.C.-B.). La question, dans cette affaire, portait sur une preuve par ouï-dire dans le contexte d'une procédure en matière de protection d'un enfant. Un enfant de cinq ans avait été appréhendé à la suite d'allégations d'abus sexuel commis par le père. L'avocat a tenté de produire en preuve les déclarations faites par l'enfant à un psychologue. L'avocat des parents s'est opposé à l'utilisation de ces déclarations pour des questions de véracité et a soutenu que l'arrêt *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, de notre Cour s'appliquait. Le juge Hinkson, s'exprimant au nom de la cour, a justifié la réception de la preuve par la nature de la procédure, affirmant (aux pp. 340 et 341):

[TRADUCTION] On ne peut ignorer l'inquiétude que soulève l'admission d'une preuve par ouï-dire et ce qu'on en fait lorsque pèse contre un parent une allégation grave de mauvaise conduite envers un enfant.

Cependant, dans une procédure concernant des enfants, notre cour a adopté une autre attitude qui ressort de la décision *R. v. Arbuckle*, 59 W.W.R. 605.

À mon avis, le principe analysé dans l'arrêt *R. c. Abbey*, précité, ne devrait pas s'appliquer à l'examen en l'espèce. Au contraire, dans ce type d'examen, l'attitude

approach adopted in the *Arbuckle* case, supra, is to be followed. Thus a judge, conducting an inquiry of this nature, involving a child of tender years who is too young to testify in the inquiry, can receive hearsay evidence and rely upon such evidence in coming to the decision as to whether or not the child is in need of protection.

The P.E.I. Court of Appeal in *M. (W.) v. Director of Child Welfare for P.E.I.* (1986), 3 R.F.L. (3d) 181 also found in child protection proceedings that hearsay evidence was admissible. The court did not justify the decision on the ground of the type of proceeding in question. Rather, Mitchell J.A. held that the proceedings were subject to the same procedural standards that apply to other civil cases but asserted that “[t]he list of exceptions has never been closed” (p. 185). Mitchell J.A., for the court, stated at p. 185:

Oftentimes in cases of alleged sexual abuse of a young child the only evidence available is contained in a statement made by the child to some third party. Usually such statements are not made in circumstances that would meet the criteria for admission under the traditional exceptions to the hearsay rule. If the child can not or for some valid reason does not testify about the facts asserted in the out-of-court statement and hearsay is excluded the court will be deprived of hearing what could be the most relevant of evidence. Faced with that situation, the court may admit the third party’s evidence as proof of the facts contained in the child’s statement, even though that evidence be hearsay, provided that, as groundwork for its admission, sufficient evidence is first led to establish the reliability of the out-of-court statement, and of the circumstances which establish the need to introduce the content of the child’s statement through hearsay. In such cases, the court must always proceed with great caution both with regard to satisfying itself on the question of the reliability of the child’s statements, as well as with respect to those circumstances which justify the need for the admissibility of the out-of-court statements.

In *F. (J.K.) v. F. (J.D.)*, [1988] B.C.J. No. 278 (C.A.), in an access hearing, reception of hearsay evidence of a child’s statement was justified on the basis of *Ares v. Venner*. The child had told a

adoptée dans l’arrêt *Arbuckle*, précité, doit être retenue. Ainsi, le juge responsable d’un tel examen portant sur un enfant en bas âge qui est trop jeune pour témoigner relativement à l’examen peut recevoir une preuve par ouï-dire et s’y fier pour décider si l’enfant a besoin de protection.

La Cour d’appel de l’Île-du-Prince-Édouard, dans l’arrêt *M. (W.) v. Director of Child Welfare for P.E.I.* (1986), 3 R.F.L. (3d) 181 a également conclu dans une procédure en matière de protection d’un enfant que la preuve par ouï-dire était admissible. La cour n’a pas justifié sa décision en invoquant le type de procédure en question. Le juge Mitchell a plutôt conclu que la procédure était assujettie aux mêmes normes procédurales que celles qui s’appliquent aux autres instances civiles, mais a affirmé que [TRADUCTION] «la liste des exceptions peut toujours s’allonger» (p. 185). Le juge Mitchell affirme, au nom de la cour, à la p. 185:

[TRADUCTION] Il arrive souvent dans les cas où l’on allègue qu’un jeune enfant a été abusé sexuellement que la seule preuve disponible est celle de la déclaration faite par l’enfant à un tiers. Généralement, ces déclarations ne sont pas faites dans des circonstances qui satisferaient au critère d’admission en vertu des exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire. Si l’enfant ne peut témoigner ou pour d’autres raisons valables ne témoigne pas quant aux faits invoqués dans la déclaration extrajudiciaire et que la preuve par ouï-dire est exclue, la cour sera privée de ce qui pourrait constituer l’élément de preuve le plus pertinent. Face à cette situation, la cour peut recevoir le témoignage du tiers comme preuve des faits contenus dans la déclaration de l’enfant même si cette preuve constitue du ouï-dire, pourvu que, comme condition préalable à son admission, on présente d’abord suffisamment d’éléments de preuve pour établir la fiabilité de la déclaration extrajudiciaire et des circonstances qui établissent la nécessité de présenter le contenu de la déclaration de l’enfant par ouï-dire. Dans ces cas, la cour doit toujours agir avec grande prudence tant à l’égard de la fiabilité des déclarations de l’enfant dont elle doit être convaincue qu’à l’égard des circonstances qui justifient l’admissibilité des déclarations extrajudiciaires.

Dans l’arrêt *F. (J.K.) v. F. (J.D.)*, [1988] B.C.J. No. 278 (C.A.), on a justifié la réception de la preuve par ouï-dire de la déclaration d’un enfant, dans une audition en matière de droit de visite, en

day-care worker of an assault. Anderson J.A., for the court, noted at pp. 16-17 the dangers inherent in receiving such evidence:

The concern with admitting hearsay evidence and acting upon it when dealing with a grave allegation of misconduct on the part of a parent to a child is not to be overlooked. Clearly, no judge would be satisfied to act upon it in a case where direct evidence would be produced. But that consideration does not resolve the problem.

However, he went on to find it admissible (at p. 20):

Quite apart from the D.R.H. case, the reception of hearsay evidence in this case is justified on grounds of necessity and reliability. See *Ares v. Venner* (1970) S.C.R. 608, where nurses' notes, although hearsay, were admitted in evidence as proof of the truth of their contents on grounds of necessity and reliability. The judgment of the Supreme Court of Canada in that case indicates that the rules of evidence relating to hearsay evidence in civil cases are not entirely inflexible.

These cases point the way in the correct direction. Despite the need for caution, hearsay evidence of a child's statement may be received where the requirements of *Ares v. Venner* are met. The general approach is summed up in the comment of Wilson J. in *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30, at p. 55:

In recent years we have adopted a much more benign attitude to children's evidence, lessening the strict standards of oath taking and corroboration, and I believe that this is a desirable development.

The first question should be whether reception of the hearsay statement is necessary. Necessity for these purposes must be interpreted as "reasonably necessary". The inadmissibility of the child's evidence might be one basis for a finding of necessity. But sound evidence based on psychological assessments that testimony in court might be traumatic for the child or harm the child might also serve. There may be other examples of circumstances which could establish the requirement of necessity.

fonction de l'arrêt *Ares c. Venner*. L'enfant avait fait part d'une agression à une monitrice de garderie. Le juge Anderson, au nom de la cour, a souligné, aux pp. 16 et 17, les dangers inhérents à la réception de cette preuve:

[TRADUCTION] On ne peut ignorer l'inquiétude que soulève l'admission de la preuve par ouï-dire et ce qu'on en fait lorsque pèse contre un parent une allégation grave de mauvaise conduite envers un enfant. Il est certain qu'aucun juge n'interviendrait sur la foi de celle-ci si une preuve directe était produite. Mais cette considération ne règle pas le problème.

Il a cependant conclu à son admissibilité (à la p. 20):

[TRADUCTION] Sans égard à l'arrêt D.R.H., la réception d'une preuve par ouï-dire est justifiée en l'espèce pour des motifs de nécessité et de fiabilité. Voir l'arrêt *Ares c. Venner* (1970) R.C.S. 608, dans lequel les notes des infirmières, bien qu'elles aient constitué du ouï-dire, ont été admises comme preuve de la véracité de leur contenu pour des motifs de nécessité et de fiabilité. L'arrêt de la Cour suprême du Canada dans cette affaire indique que les règles de preuve concernant le ouï-dire en matière civile ne sont pas absolument rigides.

Ces décisions nous indiquent la bonne direction. Malgré la nécessité d'agir avec prudence, la preuve par ouï-dire d'une déclaration d'un enfant peut être reçue lorsque les exigences de l'arrêt *Ares c. Venner* sont respectées. L'attitude générale est résumée par la remarque du juge Wilson dans l'arrêt *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30, à la p. 55: Ces dernières années, nous avons adopté une attitude beaucoup plus bienveillante à l'égard du témoignage des enfants, réduisant les normes strictes du serment et de la corroboration et, à mon avis, il s'agit d'une amélioration souhaitable.

La première question devrait être de savoir si la réception de la déclaration relatée est nécessaire. À ces fins, la nécessité doit être interprétée dans le sens de [TRADUCTION] «raisonnablement nécessaire». L'inadmissibilité du témoignage de l'enfant pourrait être une raison de conclure à l'existence de la nécessité. Mais une preuve solide fondée sur des évaluations psychologiques que le témoignage devant le tribunal pourrait être traumatisant pour l'enfant ou lui porter préjudice pourrait également être utile. Il peut y avoir d'autres exemples de circonstances qui pourraient établir l'exigence de la nécessité.

The next question should be whether the evidence is reliable. Many considerations such as timing, demeanour, the personality of the child, the intelligence and understanding of the child, and the absence of any reason to expect fabrication in the statement may be relevant on the issue of reliability. I would not wish to draw up a strict list of considerations for reliability, nor to suggest that certain categories of evidence (for example the evidence of young children on sexual encounters) should be always regarded as reliable. The matters relevant to reliability will vary with the child and with the circumstances, and are best left to the trial judge.

In determining the admissibility of the evidence, the judge must have regard to the need to safeguard the interests of the accused. In most cases a right of cross-examination, such as that alluded to in *Ares v. Venner*, would not be available. If the child's direct evidence in chief is not admissible, it follows that his or her cross-examination would not be admissible either. Where trauma to the child is at issue, there would be little point in sparing the child the need to testify in chief, only to have him or her grilled in cross-examination. While there may be cases where, as a condition of admission, the trial judge thinks it possible and fair in all the circumstances to permit cross-examination of the child as the condition of the reception of a hearsay statement, in most cases the concerns of the accused as to credibility will remain to be addressed by submissions as to the weight to be accorded to the evidence, and submissions as to the quality of any corroborating evidence.

I add that I do not understand *Ares v. Venner* to hold that the hearsay evidence there at issue was admissible where necessity and reliability are established only where cross-examination is available. First, the Court adopted the views of the dissenting judges in *Myers v. Director of Public Prosecutions* which do not make admissibility dependent on the right to cross-examine. Second,

La question suivante devrait porter sur la fiabilité du témoignage. Plusieurs considérations comme le moment où la déclaration est faite, le comportement, la personnalité de l'enfant, son intelligence et sa compréhension des choses et l'absence de toute raison de croire que la déclaration est le produit de l'imagination peuvent être pertinentes à l'égard de la question de la fiabilité. Je ne voudrais pas établir une liste précise des considérations applicables à la fiabilité ni laisser entendre que certaines catégories de preuves (par exemple le témoignage de jeunes enfants en matière sexuelle) devraient être considérées comme dignes de foi. Les questions relatives à la fiabilité vont varier avec l'enfant et les circonstances et relèvent davantage du juge du procès.

Pour déterminer l'admissibilité de la preuve, le juge doit tenir compte de la nécessité de sauvegarder les intérêts de l'accusé. Dans la plupart des cas, on ne pourrait pas se prévaloir du droit au contre-interrogatoire, comme celui dont il était question dans l'arrêt *Ares c. Venner*. Si le témoignage direct de l'enfant en interrogatoire principal est inadmissible, il s'ensuit que son contre-interrogatoire le serait également. Lorsque le traumatisme de l'enfant est en cause, il n'y aurait aucun intérêt à dispenser l'enfant de témoigner en interrogatoire principal s'il est pour subir de toute façon un contre-interrogatoire serré. Bien qu'il puisse y avoir des cas où, comme condition d'admission, le juge du procès estime qu'il est possible et juste, compte tenu de toutes les circonstances, de permettre le contre-interrogatoire de l'enfant comme condition de réception d'une déclaration relatée, dans la plupart des cas, les préoccupations de l'accusé quant à la crédibilité devront être traitées au moyen d'arguments quant au poids à accorder au témoignage et quant à la qualité de toute preuve corroborante.

J'ajoute que je ne crois pas qu'on ait décidé dans l'arrêt *Ares c. Venner* que la preuve par oui-dire en cause en l'espèce n'est recevable, une fois établies la nécessité et la fiabilité, que si le contre-interrogatoire est possible. Premièrement, la Cour a retenu les opinions des juges dissidents dans l'arrêt *Myers v. Director of Public Prosecutions* qui ne font pas dépendre l'admissibilité du droit de

the cross-examination referred to in *Ares v. Venner* was of limited value. The nurses were present in court at the trial, but in the absence of some way of connecting particular nurses with particular entries, meaningful cross-examination on the accuracy of specific observations would have been difficult indeed.

I conclude that hearsay evidence of a child's statement on crimes committed against the child should be received, provided that the guarantees of necessity and reliability are met, subject to such safeguards as the judge may consider necessary and subject always to considerations affecting the weight that should be accorded to such evidence. This does not make out-of-court statements by children generally admissible; in particular the requirement of necessity will probably mean that in most cases children will still be called to give viva voce evidence.

I conclude that the mother's statement in the case at bar should have been received. It was necessary, the child's viva voce evidence having been rejected. It was also reliable. The child had no motive to falsify her story, which emerged naturally and without prompting. Moreover, the fact that she could not be expected to have knowledge of such sexual acts imbues her statement with its own peculiar stamp of reliability. Finally, her statement was corroborated by real evidence. Having said this, I note that it may not be necessary to enter the statement on a new trial, if the child's viva voce evidence can be received as suggested in the first part of my reasons.

Conclusion

I would dismiss the appeal and direct a new trial.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Carter, McCombs & Minden, Toronto.

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

contre-interroger. Deuxièmement, le contre-interrogatoire mentionné dans l'arrêt *Ares c. Venner* avait une valeur limitée. Les infirmières étaient présentes devant la salle au cours du procès, mais parce qu'il n'était pas possible de préciser qui avait pris les notes, il aurait été en effet difficile de procéder à un contre-interrogatoire utile quant à l'exactitude d'observations précises.

Je conclus que la preuve par ouï-dire d'une déclaration d'un enfant concernant des crimes dont il a été victime devrait être recevable, pourvu que les garanties de nécessité et de fiabilité soient respectées, sous réserve des garanties que le juge peut estimer nécessaires et sous réserve toujours de considérations relatives au poids qui devrait être accordé à cette preuve. Cela n'a pas pour effet de rendre les déclarations extrajudiciaires faites par des enfants généralement admissibles; en particulier, l'exigence de la nécessité signifiera probablement que dans la plupart des cas les enfants seront encore appelés à témoigner de vive voix.

Je conclus qu'en l'espèce la déclaration de la mère aurait dû être reçue en preuve. Elle était nécessaire puisque le témoignage de vive voix de l'enfant avait été rejeté. Elle était également fiable. L'enfant n'avait aucune raison d'inventer son histoire qu'elle a racontée naturellement sans être incitée à le faire. En outre, le fait qu'on ne pouvait s'attendre à ce que l'enfant connaisse ce genre d'acte sexuel confère à sa déclaration une fiabilité toute particulière. Enfin, sa déclaration a été corroborée par une preuve matérielle. Cela étant dit, je souligne qu'il n'est peut être pas nécessaire de produire la déclaration dans un nouveau procès si le témoignage de vive voix de l'enfant peut être reçu comme je le laisse entendre dans la première partie de mes motifs.

Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Carter, McCombs & Minden, Toronto.

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

Canadian Indemnity Company Appellant

v.

**Canadian Johns-Manville Company,
Limited Respondent**INDEXED AS: CANADIAN INDEMNITY CO. v. CANADIAN
JOHNS-MANVILLE CO.

File No.: 21265.

1989: December 7; 1990: September 13.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier
and Cory JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Insurance — Representation and concealment — Public character and notoriety exception — Insured failing to disclose material facts relating to health risks associated with asbestos — Whether insurer presumed to know undisclosed facts by reason of their public character or notoriety — Whether notoriety could be measured with reference to foreign material — Constructive knowledge — Insurer's duty to inquire — Uberrimae fidei nature of insurance contract — Confirmation of contract — Civil Code of Lower Canada, arts. 2485, 2486, 2489.

In 1970, the appellant insurer issued to the respondent, a company involved in the mining and selling of asbestos and the manufacturing and selling of asbestos products, a comprehensive general liability policy providing insurance coverage against various risks, including products liability. The policy was renewed in 1973 and cancelled two years later. In 1979, the appellant brought an action in the Quebec Superior Court seeking to have the policy annulled. The appellant alleged that the respondent had failed to disclose material facts within its knowledge relating to health risks associated with the inhalation of asbestos fibres—in particular, medical research papers (the "Selikoff reports"). In defence, the respondent admitted that it had the Selikoff reports in its possession prior to the issuance of the policy but stated nonetheless that it had fully and fairly represented every fact which showed the nature and extent of the risk. In the alternative, the respondent claimed that any material facts which the appellant alleges were misrepresented or concealed were actually facts known to it or which it was presumed to know as a result of their public character and notoriety. The respondent noted in this connection that the custom and usage of the asbestos industry were common knowledge, and that the appellant, if uninformed for whatever

Canadian Indemnity Company Appellante

c.

**Canadian Johns-Manville Company,
a Limited Intimée**RÉPERTORIÉ: CANADIAN INDEMNITY CO. c. CANADIAN
JOHNS-MANVILLE CO.

N° du greffe: 21265.

b

1989: 7 décembre; 1990: 13 septembre.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé,
Sopinka, Gonthier et Cory.

c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Assurance — Déclarations et réticences — Exception relative au caractère public et à la notoriété — Omission de l'assuré de déclarer des faits pertinents au sujet des risques pour la santé liés à l'amiante — L'assureur est-il présumé connaître ces faits non déclarés en raison de leur caractère public ou de leur notoriété? — La notoriété peut-elle s'évaluer en fonction de documents étrangers? — Connaissance par imputation — Obligation de l'assureur de se renseigner — Nature uberrimae fidei du contrat d'assurance — Confirmation du contrat — Code civil du Bas-Canada, art. 2485, 2486, 2489.

En 1970, l'assureur appelant a délivré à l'intimée, une entreprise engagée dans l'extraction et la vente d'amiante et la fabrication et la vente de produits d'amiante, une police responsabilité civile générale qui couvrait divers risques, dont la responsabilité attachée aux produits. La police a été renouvelée en 1973 et annulée deux ans plus tard. En 1979, l'appellante a engagé, en Cour supérieure du Québec, une action en déclaration de nullité de la police d'assurance. L'appellante soutient que l'intimée n'a pas déclaré des faits pertinents qu'elle connaissait au sujet des risques pour la santé associés à l'inhalation de fibres d'amiante—en particulier, des rapports de recherches médicales (les «rapports Selikoff»). En défense, l'intimée reconnaît qu'elle avait les rapports Selikoff en sa possession avant la délivrance de la police d'assurance, mais soutient néanmoins qu'elle a déclaré pleinement et franchement tous les faits qui pouvaient indiquer la nature et l'étendue du risque. Subsidiairement, l'intimée soutient que tous les faits pertinents que l'appellante lui reproche d'avoir cachés ou omis de déclarer sont des faits que l'appellante connaissait ou était présumée connaître à cause de leur caractère public et de leur notoriété. Sur ce point, l'intimée invoque que les coutumes et les pratiques du commerce de l'amiante sont généralement

reason, was under a duty to inquire. The alleged hazards arising from the use of asbestos were said to be equally open to the knowledge of both appellant and respondent. Finally, the respondent stated that by intervening in 1975 on its behalf pursuant to the terms of the policy in a court proceeding in the United States, the appellant was barred from seeking avoidance of the policy at a later date. By assuming its responsibilities under the policy, the appellant had waived or renounced any alleged rights to avoid the policy and could now be met with a *fin de non-recevoir*.

The Superior Court allowed appellant's action and declared the policy and its renewal null *ab initio*. The facts contained in the Selikoff reports were deemed to be material to the appreciation of the risk and could not be said to form part of what an insurer could be presumed to know by virtue of "public character and notoriety". In the view of the trial judge, that exception embraced only facts which are part of common or public knowledge. The judgment was set aside on appeal. The Court of Appeal examined a large pool of Canadian and American published materials and concluded that the insured was entitled to presume that the insurer had a basic professional knowledge of the dangers of exposure to asbestos fibres by virtue of the evident public character and notoriety of such dangers, and that consequently the insured had no duty to declare the facts contained in the Selikoff reports.

Held: The appeal should be dismissed.

(1) *Public Character and Notoriety*

The insured has an obligation to disclose all the facts that are material to the risk, but it is not obliged under art. 2486 C.C. to disclose facts known to the insurer or which from their "public character and notoriety" the latter is presumed to know. The concept of "public character" refers to the availability or accessibility of information, and the concept of "notoriety" must be determined with reference, not to the general public, but to the insurer. The standard, however, is not the insurer in a particular case but rather a reasonably competent underwriter insuring similar risks in the industry covered by the policy. It follows that under art. 2486 C.C. the insurer will be presumed to know only those facts which are publicly available and which would be notorious to the reasonably competent underwriter insuring similar risks in that industry. A reasonably competent underwriter will be expected to keep abreast of information regarding the particular industry it insures, and this

connues et que, si l'appelante ne les connaissait pas pour quelque raison que ce fût, elle avait l'obligation de s'informer. Elle soutient que la connaissance des risques découlant de l'utilisation de l'amianté était accessible à l'appelante et à l'intimée. Enfin, l'intimée affirme qu'en intervenant en 1975 pour le compte de l'intimée, conformément à la police, dans une procédure judiciaire aux États-Unis, l'appelante est devenue non recevable à demander ultérieurement l'annulation de la police. En assumant sa responsabilité, en vertu de la police, l'appelante a renoncé au droit de se dégager de la police et peut se faire opposer une fin de non-recevoir.

La Cour supérieure a accueilli l'action de l'appelante et déclaré la police d'assurance et son renouvellement nuls *ab initio*. La cour a estimé que les faits contenus dans les rapports Selikoff étaient pertinents aux fins de l'appréciation du risque et qu'il n'était pas possible d'affirmer qu'ils faisaient partie de ce que l'assureur était présumé connaître en raison de «leur caractère public et de leur notoriété». De l'avis du juge de première instance, cette exception ne s'applique qu'aux faits de commune renommée. La Cour d'appel a infirmé la décision de première instance. La Cour d'appel a examiné un ensemble important de documents publiés au Canada et aux États-Unis et elle a conclu que l'assurée avait le droit de présumer que l'assureur avait les connaissances professionnelles de base au sujet des risques liés à l'exposition aux fibres d'amianté à cause du caractère public et de la notoriété manifestes de ces risques, et que, par conséquent, l'assurée n'avait pas d'obligation de déclarer les faits contenus dans les rapports Selikoff.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

(1) *Le caractère public et la notoriété*

L'assuré a l'obligation de déclarer tous les faits pertinents aux fins de l'évaluation du risque mais, en vertu de l'art. 2486 C.c., il n'est pas tenu de déclarer les faits connus de l'assureur ou ceux qu'il est présumé connaître en raison de leur «caractère public et [de leur] notoriété». La notion de «caractère public» a trait à la disponibilité ou à l'accessibilité des renseignements et celle de «notoriété» doit s'interpréter non pas en fonction du grand public, mais en fonction de l'assureur. Toutefois, la norme n'est pas l'assureur dans une situation particulière, mais plutôt un souscripteur raisonnablement compétent qui assure contre des risques semblables dans l'industrie visée par la police. Il s'ensuit qu'en vertu de l'art. 2486 C.c. l'assureur sera présumé connaître seulement les faits auxquels le public a accès et ceux qui seraient connus d'un souscripteur raisonnablement compétent qui assure contre des risques semblables dans cette industrie. On s'attend à ce qu'un souscripteur

may go beyond that which is notorious to the general public, but it will not be expected to know facts which are known only by those inside the industry, and which are only available through a process of detailed research or in-depth investigation.

There was some question as to the type of facts which can be considered notorious for the purpose of art. 2486 C.C., particularly detailed or technical information. Article 2489 C.C. provides an indication as to how this question should be treated. This provision describes the precision with which an insured will be expected to represent a fact: the description must be substantially accurate. It is entirely appropriate to apply the same standard to the notoriety exception. The insured will be relieved of its duty to disclose where material facts are substantially as depicted by virtue of public character and notoriety, and accordingly, an insurer cannot fault the insured for failing to disclose all the detailed information in its possession where the picture open and well known to a reasonably competent insurer substantially represents the facts.

In this case, the information regarding the dangers associated with asbestos was material to the assessment of the risk and the disclosure made by the respondent—the reference in its annual report to the Selikoff research—was not alone sufficient to qualify as full and fair disclosure under art. 2485 C.C. A review of the evidence, however, indicates that a reasonably competent insurer in the asbestos industry in 1970 would have been aware of the type of risks alluded to in the Selikoff reports. It is clear from the relevant Canadian and American material that information about asbestos-related health risks had spread well beyond the boundaries of industry knowledge and was by then in wide public circulation. Insurance underwriters may not have been aware of the precise statistical data contained in the Selikoff reports, but it is clear that a reasonably competent underwriter would certainly have been aware that serious asbestos-related health risks had been reported. Accordingly, the respondent was not bound to disclose the Selikoff reports to the appellant because the latter was presumed to know the same or substantially the same information by virtue of its public character and notoriety. Foreign materials were relevant in consid-

raisonnablement compétent se tienne au courant des renseignements relatifs à l'industrie particulière qu'il assure, et cela peut aller au-delà de ce qui est bien connu du grand public, mais on ne peut s'attendre à ce qu'un souscripteur raisonnablement compétent soit au courant de faits qui ne sont connus que par les personnes à l'intérieur de l'industrie et qui ne peuvent être découverts que par un processus de recherche détaillée ou d'enquête approfondie.

a souscripteur raisonnablement compétent soit au courant de faits qui ne sont connus que par les personnes à l'intérieur de l'industrie et qui ne peuvent être découverts que par un processus de recherche détaillée ou d'enquête approfondie.

b On a soulevé un point au sujet de la catégorie de faits qui peuvent être considérés comme notoires aux fins de l'art. 2486 C.c., notamment les renseignements détaillés ou techniques. L'article 2489 C.c. indique la manière dont il faut traiter cette question. Cette disposition décrit la précision avec laquelle on s'attend à ce qu'un assuré déclare un fait: la description doit être fidèle en substance. Il convient tout à fait d'appliquer la même norme à l'exception de la notoriété. L'assuré est dégagé de son obligation de déclarer lorsque les faits pertinents correspondent, en substance, à ce qu'il en paraît selon ce qui est de caractère public et notoire. Par conséquent, un assureur ne peut imputer de faute à l'assuré parce qu'il n'a pas déclaré tous les détails qu'il avait en sa possession lorsque l'image accessible à un assureur raisonnablement compétent et bien connue de lui est, en substance, conforme aux faits.

En l'espèce, les renseignements concernant les dangers liés à l'amianté étaient pertinents aux fins de l'évaluation du risque et les déclarations faites par l'intimée—la mention dans son rapport annuel des recherches de Selikoff—n'étaient pas suffisantes en soi pour être qualifiées de «déclarations pleines et franches» au sens de l'art. 2485 C.c. L'examen de la preuve indique cependant qu'un assureur raisonnablement compétent dans l'industrie de l'amianté en 1970 aurait été au courant du genre de risques mentionnés dans les rapports Selikoff. Il est évident, d'après les documents canadiens et américains pertinents, que les renseignements concernant les risques pour la santé liés à l'amianté étaient connus non seulement dans l'industrie mais aussi parmi un large secteur du public. Les souscripteurs d'assurance pouvaient ignorer les données statistiques précises contenues dans les rapports Selikoff, mais il est clair qu'un souscripteur raisonnablement compétent devait certainement savoir qu'on avait fait état de risques graves pour la santé liés à l'amianté. En conséquence, l'intimée n'était pas tenue de communiquer les rapports Selikoff à l'appelante parce que cette dernière était présumée posséder les mêmes ou essentiellement les mêmes renseignements en raison de leur caractère public et de leur notoriété. Les documents étrangers étaient pertinents aux fins d'examiner ce caractère public et cette notoriété, puis-

ering such public character and notoriety, given the North American operations of the appellant and the world-wide coverage of the policy.

(2) *Insurer's Duty to Inquire*

It may be that in normal circumstances, an insurer may not have to inquire or investigate beyond the preliminary gathering of basic information. As long as the material facts are available through the insured's representations or through public character and notoriety, the insurer is equipped to evaluate the nature and extent of the risk and to set the premium rate. If additional detail is desired, the insurer may wish to make further inquiries, but it is not required to do so, and likewise it cannot fault the insured for not providing such details in the first place. Where, however, as in this case, the insurer has never before insured a particular type of risk, the insured is nonetheless entitled to assume that it is dealing with a reasonably competent, and hence knowledgeable, insurer. If the insurer does not have the requisite level of knowledge prior to considering an insurance risk, it is not disqualified from assuming the risk, but it will be expected to acquire the requisite level of knowledge by means of inquiry or investigation. This duty to inquire does not flow from the principle of constructive knowledge; it is the logical consequence of the rule in art. 2486 C.C. that the insured need not disclose those facts which its insurer is presumed to know, that is, those facts which, by virtue of their public character and notoriety, would be known to the reasonably competent underwriter insuring similar risks in the industry.

(3) *Uberrimae Fidei Nature of Insurance Contract*

Both parties are required by law to treat the contract of insurance as an *uberrimae fidei* contract. The insured will disclose fully and fairly or risk having the contract annulled, and the prudent insurer will ensure that it acquires a good knowledge of the industry in which it insures or fail to do so at its peril. Though the trial judge made it clear that both parties acted in good faith, he also indicated clearly that the appellant and its staff showed negligence in issuing the policy and in fact seemed to accept the risk almost blindly. An insurer which is underwriting risks for the first time will have to find ways to bring its knowledge up to the minimum level expected of it. It cannot simply rely on the insured and later place the blame on that insured for the gaps in

que l'exploitation de l'entreprise de l'appelante s'étend à l'Amérique du Nord et que la couverture de la police s'étendait au monde entier.

(2) *L'obligation de l'assureur de se renseigner*

Il se peut qu'en temps normal, ayant franchi l'étape préliminaire consistant à réunir les renseignements de base, l'assureur n'ait pas à faire d'autre enquête ou investigation. Pourvu que les faits pertinents ressortent des déclarations de l'assuré ou de leur caractère public et de leur notoriété, l'assureur sera en mesure d'évaluer la nature et l'étendue du risque et de fixer la prime. Si des détails supplémentaires sont nécessaires, l'assureur peut vouloir s'enquérir davantage, mais il n'est pas tenu de le faire et il ne peut non plus reprocher à l'assuré de ne pas lui avoir fourni ces détails au départ. Quand, cependant, comme en l'espèce, l'assureur n'a encore jamais assuré un genre particulier de risque, l'assuré a quand même le droit de présumer qu'il traite avec un assureur raisonnablement compétent et bien renseigné. Si l'assureur n'a pas le degré de connaissance nécessaire avant d'envisager la couverture d'un risque, il n'est pas empêché pour autant d'assurer contre ce risque, mais on s'attend à ce qu'il acquière le degré de connaissance requis par voie d'enquête ou d'investigation. Cette obligation de se renseigner ne découle pas du principe de la connaissance par imputation; c'est la conséquence logique de la règle exprimée dans l'art. 2486 C.c. en vertu de laquelle l'assuré n'est pas tenu de déclarer les faits que son assureur est présumé connaître, c'est-à-dire les faits qui, en raison de leur caractère public et de leur notoriété, doivent être connus d'un souscripteur raisonnablement compétent qui assure contre des risques semblables dans cette industrie.

(3) *La nature uberrimae fidei du contrat d'assurance*

Les deux parties doivent considérer le contrat d'assurance comme un contrat reposant sur la bonne foi la plus totale. L'assuré déclare pleinement et franchement les faits ou subit l'annulation du contrat et l'assureur prudent doit voir à acquérir une bonne connaissance de l'industrie qu'il assure ou omet de le faire à ses risques et périls. Bien que le juge de première instance ait clairement souligné que les deux parties ont agi de bonne foi, il a aussi clairement indiqué que l'appelante et son personnel ont fait preuve de négligence en souscrivant à la police et ont semblé, en fait, accepter le risque les yeux presque fermés. Un assureur qui assure contre des risques pour la première fois doit trouver des moyens de porter ses connaissances au niveau minimal qu'on s'attend à ce qu'il possède. Il ne peut tout bonnement pas s'en remettre à l'assuré et par la suite lui reprocher son ignorance du risque. Agir de la sorte ne serait pas

its knowledge of the risk. To do so would not be fraudulent, but it would certainly amount to bad faith.

(4) *Confirmation of Contract*

The appellant did not implicitly confirm the policy by taking up the respondent's defence in a law suit filed in the United States in 1975 because the conditions necessary for the confirmation of a contract which is voidable—knowledge of the defect and intent to rectify it—were not met. The trial judge found that the appellant did not have knowledge of the defect until the end of 1978. In light of the evidence adduced at trial, this finding was not manifestly in error.

Cases Cited

Referred to: *Fidelity and Casualty Co. of New York v. General Structures Inc.*, [1977] 2 S.C.R. 1098; *Angelillo v. Prévoyance, Cie d'assurances*, [1983] C.A. 305; *Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 683; *Carter v. Boehm* (1766), 3 Burr. 1905, 97 E.R. 1162; *Alliance Insurance Co. of Philadelphia v. Laurentian Colonies and Hotels Ltd.*, [1953] Que. Q.B. 241; *Green v. Merchants' Insurance Co.*, 27 Mass. (10 Pick.) 402 (1830); *Moses v. Delaware Ins. Co.*, 17 Fed. Cas. 891 (1806) (No. 9,872); *Alsop v. Commercial Ins. Co.*, 1 Fed. Cas. 564 (1833) (No. 262); *De Longuemere v. N.Y. Fire Ins. Co.*, 10 Johns. 120 (1813); *Casey v. Goldsmid* (1852), 2 L.C.R. 200 (Sup. Ct.), rev'd (1854), 4 L.C.R. 107 (Q.B.); *Century Insurance Co. of Canada v. Case Existological Laboratories Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 47; *Norwich Union Fire Insurance Society Ltd. v. Gaudreau*, [1953] Que. Q.B. 753; *Racicot v. Bertrand*, [1979] 1 S.C.R. 441; *Cie J. A. Gosselin Ltée v. Péloquin*, [1957] S.C.R. 15.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting insurance, S.Q. 1974, c. 70, s. 2.
Act to amend the Workmen's Compensation Act, S.Q. 1943, c. 27, ss. 5, 6.
Act to protect workmen suffering from silicosis, S.Q. 1938, c. 89, s. 1.
Civil Code of Lower Canada, arts. 992, 1024, 2485 to 2489 (former), 2485 [ad. 1970, c. 70, s. 2; am. 1979, c. 33, s. 44], 2500 [ad. 1970, c. 70, s. 2; am. 1979, c. 33, s. 47], 2613 (former).
Workmen's Compensation Act, R.S.Q. 1964, c. 159.

Authors Cited

Alauzet, Isidore. *Traité général des assurances*, t. 2. Paris: Cosse, 1844.
 Arnould, Joseph. *A Treatise on the Law of Marine Insurance and Average*, vol. I, 2nd ed. Boston: Little & Brown, 1850.

frauduleux, mais équivaldrait certainement à de la mauvaise foi.

(4) *La confirmation du contrat*

^a L'appelante n'a pas tacitement confirmé la police en assumant la défense de l'intimée dans une poursuite intentée aux États-Unis en 1975 parce que les conditions nécessaires à la confirmation d'un contrat annulable, soit la connaissance du vice et l'intention de le réparer, ^b ne sont pas remplies. Le juge de première instance a conclu que l'appelante n'a pas eu connaissance du vice avant la fin de 1978. Au vu de la preuve soumise en première instance, cette conclusion n'est pas manifestement erronée.

^c *Jurisprudence*

Arrêts mentionnés: *Fidelity and Casualty Co. of New York c. General Structures Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 1098; *Angelillo c. Prévoyance, Cie d'assurances*, [1983] C.A. 305; *Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 683; *Carter v. Boehm* (1766), 3 Burr. 1905, 97 E.R. 1162; *Alliance Insurance Co. of Philadelphia v. Laurentian Colonies and Hotels Ltd.*, [1953] B.R. 241; *Green v. Merchants' Insurance Co.*, 27 Mass. (10 Pick.) 402 (1830); *Moses v. Delaware Ins. Co.*, 17 Fed. Cas. 891 (1806) (No. 9,872); *Alsop v. Commercial Ins. Co.*, 1 Fed. Cas. 564 (1833) (No. 262); *De Longuemere v. N.Y. Fire Ins. Co.*, 10 Johns. 120 (1813); *Casey v. Goldsmid* (1852), 2 L.C.R. 200 (C.S.), inf. (1854), 4 L.C.R. 107 (B.R.); *Century Insurance Co. of Canada c. Case Existological Laboratories Ltd.*, [1983] 2 R.C.S. 47; *Norwich Union Fire Insurance Society Ltd. v. Gaudreau*, [1953] B.R. 753; *Racicot c. Bertrand*, [1979] 1 R.C.S. 441; *Cie J. A. Gosselin Ltée v. Péloquin*, [1957] R.C.S. 15.

^g *Lois et règlements cités*

Code civil du Bas-Canada, art. 992, 1024, 2485 à 2489 (anciens), 2485 [aj. 1970, ch. 70, art. 2; mod. 1979, ch. 33, art. 44], 2500 [aj. 1970, ch. 70, art. 2; mod. 1979, ch. 33, art. 47], 2613 (ancien).
^h *Loi des accidents du travail*, S.R.Q. 1964, ch. 159.
Loi modifiant la Loi des accidents du travail, S.Q. 1943, ch. 27, art. 5, 6.
Loi protégeant les ouvriers atteints de silicose, S.Q. 1938, ch. 89, art. 1.
ⁱ *Loi sur les assurances*, L.Q. 1974, ch. 70, art. 2.

Doctrine citée

Alauzet, Isidore. *Traité général des assurances*, t. 2. Paris: Cosse, 1844.
 Arnould, Joseph. *A Treatise on the Law of Marine Insurance and Average*, vol. I, 2nd ed. Boston: Little & Brown, 1850.

Association Henri Capitant. *Vocabulaire juridique*. Publié sous la direction de Gérard Cornu. Paris: P.U.F., 1987, "notoire", "notoriété".

Civil Code of Lower Canada: Sixth and Seventh Reports and Supplementary Report. Québec: George E. Desbarats, 1865.

Duer, John. *The Law and Practice of Marine Insurance*, vol. II. New York: John S. Voorhies, 1846.

Émérigon, M. Balthazard-Marie. *Traité des assurances et des contrats à la grosse*, t. II. Marseille: Jean Mossy, 1783.

Harding, Len. "Current Problems and Trends in Products & Liability" (1967), 34 *Canadian Underwriter* 24.

Kent, James. *Commentaries on American Law*, vol. III, 6th ed. New York: William Kent, 1848.

Marshall, Samuel. *A Treatise on the Law of Insurance*, vol. I, 3rd ed. London: Butterworth and Son, 1823.

Phillips, Willard. *Treatise on the Law of Insurance*. Boston: Wells & Lilly, 1823.

Phillips, Willard. *Treatise on the Law of Insurance*, vol. II. Boston: Hilliard, Gray and Co., 1834.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1988] R.J.Q. 2651, 18 Q.A.C. 99, 54 D.L.R. (4th) 468, [1989] I.L.R. ¶1-2414, reversing a judgment of the Superior Court, [1985] C.S. 719. Appeal dismissed.

J. Vincent O'Donnell, Q.C., Alain Dagenais and Odette Jobin-Laberge, for the appellant.

Graham Nesbitt and Thomas R. M. Davis, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

GONTHIER J.—At issue in the present case is the extent of the insured's duty to disclose as well as the scope of the exception relating to facts which from their public character and notoriety the insurer is presumed to know. We are guided by the general provisions of the *Civil Code* on insurance and, in particular, by the articles dealing with representation and concealment (arts. 2485 to 2489 C.C.) as they appeared before the 1974 alterations to the Code.

Association Henri Capitant. *Vocabulaire juridique*. Publié sous la direction de Gérard Cornu. Paris: P.U.F., 1987, «notoire», «notoriété».

Code civil du Bas-Canada: Sixième et Septième Rapports et Rapport Supplémentaire. Québec: George E. Desbarats, 1865.

Duer, John. *The Law and Practice of Marine Insurance*, vol. II. New York: John S. Voorhies, 1846.

Émérigon, M. Balthazard-Marie. *Traité des assurances et des contrats à la grosse*, t. II. Marseille: Jean Mossy, 1783.

Harding, Len. "Current Problems and Trends in Products & Liability" (1967), 34 *Canadian Underwriter* 24.

Kent, James. *Commentaries on American Law*, vol. III, 6th ed. New York: William Kent, 1848.

Marshall, Samuel. *A Treatise on the Law of Insurance*, vol. I, 3rd ed. London: Butterworth and Son, 1823.

Phillips, Willard. *Treatise on the Law of Insurance*. Boston: Wells & Lilly, 1823.

Phillips, Willard. *Treatise on the Law of Insurance*, vol. II. Boston: Hilliard, Gray and Co., 1834.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1988] R.J.Q. 2651, 18 Q.A.C. 99, 54 D.L.R. (4th) 468, [1989] I.L.R. ¶1-2414, infirmant une décision de la Cour supérieure, [1985] C.S. 719. Pourvoi rejeté.

J. Vincent O'Donnell, c.r., Alain Dagenais et Odette Jobin-Laberge, pour l'appelante.

Graham Nesbitt et Thomas R. M. Davis, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE GONTHIER—Les questions en litige dans le présent pourvoi sont l'étendue de l'obligation de déclarer de l'assurée et la portée de l'exception selon laquelle certains faits sont présumés connus de l'assureur, en raison de leur caractère public et de leur notoriété. Nous devons appliquer les dispositions du *Code civil* sur l'assurance et, plus précisément, les articles qui portent sur les déclarations et les réticences (les art. 2485 à 2489 C.c.) selon leur version antérieure aux modifications de 1974 du Code.

I—The Facts*Procedural History and the Insurance Policy*

This matter comes to this Court from the Quebec Court of Appeal which overturned the decision of Boudreault J. who had ruled in favour of the appellant, the Canadian Indemnity Company (the “Insurer”).

In the Superior Court of Quebec, the appellant took proceedings which sought a declaration of nullity *ab initio* of both its Policy number 4L 46787 (the “Policy”) issued on June 30, 1970 and the renewal of that same Policy, dated June 30, 1973 and valid for a further three years. The appellant also requested compensation between the sums which it had disbursed and the premiums which it had received.

The impugned Policy is referred to as a Comprehensive General Liability Policy. It affords coverage to Canadian Johns-Manville Company (the “Insured”) whose operations are described in the Policy as “consisting principally of, but not limited to, mining, manufacturing and sale of asbestos”. The Policy provides coverage for the following risks, as labelled in the Policy: “Bodily Injury or Illness”; “Damage to Property of Others”; “Contractual Damage to Property of Others”; “Products Bodily Injury”; and “Products Damage to Property of Others”. By endorsement, the territory of the Policy with respect to “Products Bodily Injury” and “Products Damage to Property of Others” was extended to “Worldwide” provided the suits or actions were brought in Canada or the continental United States of America. By exclusion number 2, the coverage given by the Policy was not to apply to “[t]he liability imposed upon the Insured by any Workmen’s Compensation Plan or Agreement or for bodily injury to or the illness or death of any employee of the Insured while engaged in the business operations of the Insured”.

I—Les faits*L’historique des procédures et la police d’assurance*

Il s’agit d’un pourvoi contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec qui a infirmé la décision du juge Boudreault qui avait rendu jugement en faveur de l’appelante Canadian Indemnity Company (l’«Assureur»).

L’appelante a institué, en Cour supérieure du Québec, une action en déclaration de nullité *ab initio* de sa police d’assurance n° 4L 46787 (la «police») délivrée le 30 juin 1970 et du renouvellement de cette même police, en date du 30 juin 1973, pour une période de trois ans. L’appelante a aussi demandé la compensation entre les primes qu’elle a reçues et les indemnités qu’elle a payées.

La police contestée est désignée comme une police responsabilité civile générale. Elle assurait Canadian Johns-Manville Company (l’«Assurée») dont l’exploitation est décrite dans la police comme [TRADUCTION] «consist[ant] principalement, mais non exclusivement, dans l’extraction, la fabrication et la vente d’amiante». Le texte de la police prévoyait qu’elle couvrait les risques suivants: [TRADUCTION] «les lésions corporelles et les maladies», «les dommages aux biens d’autrui», «les dommages aux biens d’autrui découlant d’un contrat», «les lésions corporelles causées par les produits» et «les dommages causés par les produits aux biens d’autrui». Par avenant, le territoire visé par la police à l’égard des «dommages pour lésions corporelles causées par les produits» et des «dommages aux biens d’autrui causés par les produits» s’étendait «au monde entier» pourvu que les poursuites soient intentées au Canada ou dans les États-Unis d’Amérique continentaux. En vertu de l’exclusion n° 2, la couverture de la police ne visait pas [TRADUCTION] «[l]a responsabilité imposée à l’Assurée en vertu d’un régime ou d’une convention d’indemnisation des accidents du travail, ou en raison de blessures, de maladies ou de décès d’un employé de l’Assurée dans son affectation à l’exploitation de l’entreprise de l’Assurée».

The Policy was cancelled in May of 1975 for reasons unrelated to this appeal. In August of 1979, the appellant instituted the present proceedings.

In its statement of claim, the appellant alleged that the Insured had failed to disclose material facts within its knowledge relating to health risks associated with the inhalation of asbestos fibres. In particular, the appellant claimed that the Insured failed to bring to the Insurer's attention medical research papers (the "Selikoff Reports") which contained data relating to both the incidence of respiratory disorders among workers in asbestos-related industry and to the mortality rate of such workers.

By way of defence, the respondent admitted that it had the Selikoff Reports in its possession prior to the issuance of the Policy but stated nonetheless that it had fully and fairly represented every fact which showed the nature and extent of the risk. Subsidiarily, the respondent claimed that any material facts which the appellant alleges were misrepresented or concealed were actually facts known to the appellant or which the appellant was presumed to know as a result of their public character and notoriety. On this point, the respondent also noted that the custom and usage of the asbestos trade were common knowledge and that the appellant, if uninformed for whatever reason, was under a duty to inquire. The alleged hazards arising from the use of asbestos were said to be equally open to the knowledge of both appellant and respondent. If the appellant failed to inquire, it was negligent in not doing so. In any event, the respondent claimed to have fulfilled its obligations by responding to the general questions put to it regarding the nature of the risk to be insured. Finally, the respondent stated that by intervening in 1975 on the respondent's behalf pursuant to the terms of the Policy in a court proceeding in the United States, the appellant was barred from seeking avoidance of the Policy at a later date. By assuming its responsibilities under the Policy, the appellant had waived or renounced any alleged rights to avoid the Policy and could now be met with a *fin de non-recevoir*.

La police a été annulée en mai 1975 pour des motifs étrangers au présent pourvoi. L'appelante a engagé la présente action en août 1979.

a

Dans sa déclaration, l'appelante soutient que l'Assurée n'a pas déclaré des faits pertinents qu'elle connaissait au sujet des risques pour la santé associés à l'inhalation de fibres d'amiante. En particulier, l'appelante soutient que l'Assurée n'a pas porté à l'attention de l'Assureur des rapports de recherches médicales («les rapports Selikoff») qui comportaient des données à la fois sur l'incidence des troubles respiratoires chez les travailleurs de l'industrie de l'amiante et sur le taux de mortalité chez ces travailleurs.

d

En défense, l'intimée reconnaît qu'elle avait les rapports Selikoff en sa possession avant la délivrance de la police d'assurance, mais soutient néanmoins qu'elle a déclaré pleinement et franchement tous les faits qui pouvaient indiquer la nature et l'étendue du risque. Subsidiairement, l'intimée soutient que tous les faits pertinents que l'appelante lui reproche d'avoir cachés ou omis de déclarer sont des faits que l'appelante connaissait ou était présumée connaître à cause de leur caractère public et de leur notoriété. Sur ce point, l'intimée invoque aussi que les coutumes et les pratiques du commerce de l'amiante sont généralement connues et que, si l'appelante ne les connaissait pas pour quelque raison que ce fût, elle avait l'obligation de s'informer. Elle soutient que la connaissance des risques découlant de l'utilisation de l'amiante était accessible à l'appelante et à l'intimée. Si l'appelante a omis de s'informer, elle a fait preuve de négligence. De toute façon, l'intimée a soutenu avoir rempli son obligation en répondant aux questions de nature générale posées relativement à la nature du risque couvert. Enfin, l'intimée affirme qu'en intervenant en 1975 pour le compte de l'intimée, conformément à la police, dans une procédure judiciaire aux États-Unis, l'appelante est devenue non recevable à demander ultérieurement l'annulation de la police. En assumant sa responsabilité en vertu de la police, l'appelante a renoncé au droit de se dégager de la police et elle peut se faire opposer une fin de non-recevoir.

e

f

g

h

i

j

The Asbestos Industry and the Selikoff Reports

As noted above, the respondent is and was at all relevant times involved in the mining and selling of asbestos and the manufacturing and selling of asbestos products. The dangers associated with the use of these products are now well known and have been documented in medical publications since 1907 when the first known case of asbestosis was reported. The first description of the disease and its concomitant pathological changes was published in 1927. However, the most important studies of asbestos-related diseases were published in the 1960s by Drs. I. J. Selikoff and J. Churg of the Mount Sinai School of Medicine of New York. These studies reported a very high incidence of such diseases among asbestos insulation workers. The authors summarized the results of their first study as follows:

An investigation involving 1522 asbestos insulation workers in the New York-New Jersey metropolitan area has been conducted. Among 392 individuals examined more than 20 years from onset of exposure, radiological evidence of asbestosis was found in 339. In half of these, the asbestosis was moderate or extensive. In individuals with less than 20 years of exposure, radiological evidence of asbestosis was less frequent and when present, much less likely to be extensive.

Neoplastic complications of asbestos exposure were studied among 307 consecutive deaths in this group of men. Lung cancer was found to be at least seven times as common as expected and cancer of the gastrointestinal tract three times as common as expected. There were 10 instances of mesothelioma of the pleura or peritoneum.

Of the 1258 men alive at the start of this survey, 1117 were examined. Eleven cancers of the lung or pleura were found during this survey of the living members, all among the 392 men with more than 20 years from onset of exposure. No cancers were found in those men, the onset of whose work experience was less than 20 years.

We may conclude that asbestosis and its complications are significant hazards among insulation workers in the United States at this time.

L'industrie de l'amiante et les rapports Selikoff

Comme je viens de le mentionner, l'intimée exploitait à l'époque et exploite encore une entreprise d'extraction et de vente d'amiante et de fabrication et de vente de produits d'amiante. Les dangers liés à l'utilisation de ces produits sont aujourd'hui bien connus et ont fait l'objet d'articles dans des publications médicales depuis 1907, alors que les premiers cas d'amiantose ont été rapportés. La première description de la maladie et des changements pathologiques qu'elle provoque ont fait l'objet de publications en 1927. Cependant, les études les plus importantes sur les maladies liées à l'amiante ont été publiées au cours des années 60 par les D^{rs} I. J. Selikoff et J. Churg, de la Mount Sinai School of Medicine de New York. Ces études ont fait état d'une incidence élevée de ces maladies chez les travailleurs de l'isolation à l'amiante. Les auteurs résumant ainsi les résultats de leur première étude:

[TRADUCTION] Une enquête a été menée sur 1522 travailleurs de l'isolation à l'amiante de la région métropolitaine de New York et du New Jersey. Des 392 sujets examinés après plus de 20 ans d'exposition, 339 présentaient des signes radiologiques d'amiantose. Chez la moitié de ces sujets, l'amiantose était modérée ou étendue. Chez les sujets exposés depuis moins de 20 ans, les signes radiologiques d'amiantose étaient moins fréquents et, quand il y en avait, ils étaient ordinairement moins prononcés.

Les complications néoplastiques de l'exposition à l'amiante ont fait l'objet d'étude chez 307 sujets appartenant à ce groupe d'hommes décédés par la suite. Le cancer du poumon apparaissait sept fois plus fréquemment que l'incidence prévue et le cancer des voies gastro-intestinales trois fois plus fréquent que l'incidence prévue. Il y a eu 10 cas de mésothéliome de la pleure ou du péritoine.

Des 1258 hommes vivants au début de l'enquête, 1117 ont été examinés. Onze cancers du poumon ou de la pleure ont été découverts au cours de cette enquête chez les sujets survivants, qui appartenaient tous au groupe de 392 hommes qui avaient été exposés depuis 20 ans et plus. Aucun cancer n'a été découvert chez le groupe d'hommes qui travaillaient depuis moins de 20 ans.

Nous pouvons conclure que l'amiantose et ses complications constituent des risques importants pour les travailleurs de l'isolation aux États-Unis aujourd'hui.

In their third report, Drs. Selikoff and Churg concluded as follows with respect to the carcinogenic effects of asbestos:

We conclude that, under the conditions of exposure associated with asbestos insulation work in the United States, a serious increased risk of death due to various neoplasms and asbestosis is present, including bronchogenic carcinoma, pleural mesothelioma, peritoneal mesothelioma, and possibly gastrointestinal cancer. We conclude further that for bronchogenic carcinoma, but not necessarily for other neoplasms associated with asbestos exposure, cigarette smoking has an important cocarcinogenic effect. We have inadequate data to this point to determine whether this will or will not prove to be true with regard to pleural mesothelioma.

The respondent admitted that the Selikoff Reports had been in its possession before the Policy was first issued in 1970.

It also emerges from the evidence that both the Insured and other members of the asbestos industry were not only in possession of the Selikoff Reports but also aware of the matters contained therein. The Quebec Asbestos Mining Association and the Institute of Occupational and Environmental Health, in which Canadian Johns-Manville executives participated along with others, sponsored studies dealing with asbestos-related diseases. Executives also attended several international conferences on the biological effects of asbestos held between 1964 and 1970.

The Relationship Between Insurer and Insured

The Insurer complains that the information contained in the Selikoff Reports should have been disclosed by the Insured before the Policy was initially issued because of the materiality of the information contained therein. The product liability coverage offered by the Policy is only part of the "comprehensive" coverage it provided, and, accordingly, the disclosure made by the respondent dealt in general with its business activities and with its past claims experience. The trial judge described the exchange of information which actually took place between the appellant and the respondent as follows:

Dans leur troisième rapport, les D^{rs} Selikoff et Churg sont arrivés à la conclusion suivante au sujet des effets cancérigènes de l'amiante:

[TRADUCTION] Nous concluons que, dans les conditions d'exposition qui prévalent dans le travail d'isolation à l'amiante aux États-Unis, il y a une augmentation grave du risque de décès en raison de différentes formes de néoplasmes et d'amiantose, notamment le carcinome bronchogène, le mésothéliome pleural, le mésothéliome péritonéal et la possibilité de cancer gastro-intestinal. Nous concluons aussi que pour le carcinome bronchogénique, mais pas nécessairement pour les autres néoplasmes liés à l'exposition à l'amiante, le fait de fumer la cigarette a un effet cancérigène important. Nous n'avons pas suffisamment de données maintenant pour déterminer si la même chose se révélera vraie ou fausse pour le mésothéliome pleural.

L'intimée a reconnu avoir eu les rapports Selikoff en sa possession avant la délivrance de la police en 1970.

La preuve révèle également que l'Assurée et d'autres entreprises de l'industrie de l'amiante avaient non seulement les rapports Selikoff en leur possession, mais qu'elles en connaissaient le contenu. L'Association des mines d'amiante du Québec et l'Institut de la médecine du travail et de l'environnement, auxquels des dirigeants de Canadian Johns-Manville appartenaient, commanditaient des études sur les maladies liées à l'amiante. Des dirigeants ont aussi assisté à plusieurs conférences internationales sur les effets biologiques de l'amiante entre 1964 et 1970.

Les rapports entre l'Assureur et l'Assurée

L'Assureur soutient que l'Assurée aurait dû lui révéler la teneur des rapports Selikoff avant la délivrance initiale de la police à cause de l'importance des renseignements que les rapports comportaient. La couverture à l'égard de la responsabilité attachée aux produits que comportait la police n'est qu'un seul des nombreux risques couverts et, en conséquence, les renseignements fournis par l'intimée portaient en général sur les activités de l'entreprise et son expérience passée en matière de réclamations. Le juge de première instance décrit comme suit l'échange de renseignements intervenu entre l'appelante et l'intimée:

The agency which negotiated the risk on behalf of the insured was Marsh & McLennan Limited. No written application was made by Johns-Manville nor was any requested by the plaintiff. The policy was issued upon the brokers supplying the plaintiff with an outline of the required coverage, a placement slip labelled "Canadian General Liability Questionnaire" which listed the insured's manufacturing, mine and sales locations, the description of its operations, the estimated payrolls and sales, the number of its employees, a short description of its railway operations and of its hospital and nuclear energy exposure. Plaintiff's underwriting department was also supplied with a list of the insured's claims' experience from July 1946 to March 1970, together with a short description of the claims made against the insured between February 1964 and October 1969. All of the described losses, excepting a few instances, were property damage losses for amounts of less than one thousand dollars. None of the losses appears to have arisen from any products' liability coverage. The underwriters were also supplied with a copy of the 1969 Annual Report of Johns-Manville Corporation, which is the insured's parent company.

([1985] C.S. 719, at p. 722.)

After receiving the preliminary information, the Insurer did not ask for any information regarding asbestos and asbestos products. The follow-up was described by the trial judge, at pp. 722-23:

Upon receipt of this information, plaintiff only asked for the following: a) a copy of the expiring policy, b) a nuclear energy risk application and c) applications for the persons to be protected by the requested mal-practice coverage.

On the basis of the information which was supplied, an underwriting trainee of the plaintiff's Montreal office issued the policy with the authorization of the Head Office underwriter.

According to the trial judge, there was no evidence as to whether any additional information was requested or supplied upon the renewal of the Policy in 1973.

The information actually provided to the appellant in 1970 does make reference to the Selikoff research. In the 1969 Annual Report of the Johns-

[TRADUCTION] C'est l'agence Marsh & McLennan Limited qui a négocié la police d'assurance pour le compte de l'assurée. Ni Johns-Manville, ni la demanderesse n'ont fait de demande écrite. La police a été délivrée après que les courtiers eurent fourni un résumé de la couverture demandée, un bordereau de souscription intitulé «Canadian General Liability Questionnaire» qui donnait la liste des endroits où l'assurée exploitait des mines, des usines et des bureaux de vente, la description de ses opérations, un estimé des salaires versés et des ventes, le nombre d'employés, une courte description de ses opérations de chemin de fer et de ses risques en matière d'hospitalisation et d'énergie nucléaire. Le département de souscription de la demanderesse a aussi eu une liste des réclamations antérieures de l'assurée de juillet 1946 à mars 1970, avec une courte explication des réclamations présentées contre l'assurée entre février 1964 et octobre 1969. Tous les sinistres mentionnés, à quelques exceptions près, visaient des pertes de biens matériels qui s'élevaient à moins de cent mille dollars. Aucun des sinistres ne semble avoir découlé de la couverture à l'égard de la responsabilité attachée aux produits. Les souscripteurs ont aussi reçu une copie du rapport annuel pour l'année 1969 de Johns-Manville Corporation qui était la société-mère de l'assurée.

([1985] C.S. 719, à la p. 722.)

Après avoir reçu les renseignements préliminaires, l'Assureur n'a pas demandé de renseignements au sujet de l'amiante et des produits d'amiante. La suite des événements est ainsi relatée par le juge de première instance, aux pp. 722 et 723:

[TRADUCTION] Après avoir reçu ces renseignements, la demanderesse a demandé les renseignements suivants: a) une copie de la police qui venait à échéance b) une demande à l'égard du risque relatif à l'énergie nucléaire et c) des demandes pour les personnes à protéger selon la couverture demandée relativement aux fautes professionnelles.

Sur la foi des renseignements fournis, un souscripteur stagiaire du bureau de la demanderesse de Montréal a délivré la police avec l'autorisation du souscripteur du bureau-chef.

Selon le juge de première instance, il n'y a pas d'élément de preuve indiquant si d'autres renseignements ont été exigés ou fournis à l'occasion du renouvellement de la police en 1973.

Les renseignements effectivement fournis par l'appelante en 1970 font mention des recherches du Dr Selikoff. Dans son rapport annuel pour

Manville Corporation, the Insured's parent company disclosed that it was cooperating in scientific studies concerning the health effects of asbestos and specifically referred to the Selikoff research:

HEALTH RESEARCH

Johns-Manville is cooperating with and, in many instances, sponsoring scientific research projects to identify and control occupational exposure to health risks, especially those involving asbestos.

One of these activities, the Insulation Industry Hygiene Research Program, is the nation's first cooperative effort by labor, industry, science and government to conduct a health research program for industrial workers.

Under the direction of Dr. Irving J. Selikoff at Mount Sinai School of Medicine of the City University of New York, this program, launched in October, 1968, has made considerable progress in developing improved methods of minimizing the exposure to dust and fumes of men who apply and remove pipe and equipment insulations in buildings, industrial plants and ships.

Field study of insulation work practices on construction jobs has resulted in the development of devices that sharply reduce the dust created by sawing insulation materials.

Johns-Manville research scientists have developed a new and more efficient filtering media for disposable face masks to be worn by insulation workers. Several leading mask manufacturers have been licensed by J.-M. [Emphasis added.]

None of the members of the Insurer's underwriting department who testified indicated that they had read this extract, and all claimed that they knew very little or nothing about asbestos and nothing whatsoever about asbestosis. The trial judge found that the Insurer had been negligent in investigating the general liability risk it was underwriting and stated, at pp. 735-36:

The facts established in this connection are:

a) the risk was assessed by an underwriting trainee without experience;

1969, Johns-Manville Corporation, la société-mère de l'Assurée, fait état de sa collaboration à des études scientifiques au sujet des effets de l'amiante sur la santé et elle mentionne expressément le projet de recherche Selikoff:

[TRADUCTION] RECHERCHES EN MATIÈRE DE SANTÉ

Johns-Manville collabore à des projets de recherche scientifique, qu'elle subventionne même dans plusieurs cas, et qui visent à déterminer l'exposition professionnelle à des risques de santé et à diminuer ces risques, notamment ceux qui mettent en cause l'amiante.

Un de ces projets, le programme de recherche en hygiène dans l'industrie de l'isolation, constitue le premier effort conjoint des employés, des employeurs, des milieux scientifiques et du gouvernement dans le but de mener un programme de recherches de santé pour les travailleurs industriels.

Sous la direction du Dr Irving J. Selikoff, de la Mount Sinai School of Medecine de l'Université de la ville de New York, le programme inauguré en octobre 1968, a fait progresser de façon importante l'établissement de meilleures méthodes visant à minimiser l'exposition à la poussière et aux émanations des ouvriers qui installent et retirent l'isolant de tuyaux et de machines dans les édifices, les usines et les navires.

Des études sur place des pratiques industrielles en matière d'isolation sur les chantiers de construction ont permis de concevoir des appareils qui réduisent considérablement la poussière engendrée par le sciage de matériaux isolants.

Les chercheurs scientifiques de Johns-Manville ont développé un nouveau matériau de filtration plus efficace pour utilisation dans les masques jetables que les ouvriers en isolation doivent porter. J.-M. a concédé des licences à plusieurs des principaux fabricants de masques. [Je souligne.]

Des employés du département de souscription qui ont déposé au procès, aucun n'a indiqué avoir lu cet extrait du rapport et ils ont affirmé savoir très peu de choses sur l'amiante et absolument rien sur l'amiantose. Le juge du procès a conclu que l'Assureur avait fait preuve de négligence dans son examen du risque de responsabilité générale qu'il souscrivait et il dit, aux pp. 735 et 736:

[TRADUCTION] Les faits établis à cet égard sont les suivants:

a) le risque a été évalué par un souscripteur stagiaire sans expérience;

b) none of the plaintiff's underwriters in Montreal where the risk was written or in Winnipeg, where the company's chief underwriter accepted it, had any knowledge about asbestos as such nor about any of the risks involved in the handling of this product;

c) no research as simple as looking up an encyclopedia was done by any of them.

In short, the proof leaves little doubt that plaintiff accepted the risk almost blindly as far as its possible product liability exposure was concerned, none of the underwriters concerned having stated that they had completely read the 1969 Annual report.

Proof Regarding Public Character and Notoriety

A vast amount of evidence was adduced during the trial in order to show that the risks associated with the use of asbestos were sufficiently public and notorious to fall within the exception to the rule that the insured must disclose all material facts. The trial judge listed the various sources, at pp. 729-30:

The relevant proof regarding notoriety up to June 30th, 1970 [*sic*], date of the renewal, can be generally summarized as follows:

a) numerous reports on asbestos-related diseases published from 1924 to 1970 in Canadian and foreign medical and scientific journals . . . ;

b) large numbers of papers delivered at sundry conferences held throughout the world prior to 1970 in connection with the biological effects of asbestos and which could be found together with some of the reports mentioned above in Montreal at the office of the Institute of Occupational and Environmental Health ("I.O.E.H.") which had been set up by the Quebec Asbestos Mining Association ("Q.A.M.A.");

c) a large number of articles dealing with asbestos-related health matters published in several Canadian cities, including Montreal and Winnipeg . . . ;

d) an extract from Best Loss Control and Underwriting Manual, which is an American publication which purports to outline the degree of hazard and an exposure index relating to different industries or products. The extract . . . relate[s] to Asbestos Goods manufacturing as of 1968. It states the degree of hazard and its exposure index to be high for Workmen's compensation and low for products liability. In the chapter entitled "Exposure" under the subheading "Accidents" asbestos-

b) aucun des souscripteurs du bureau de Montréal, qui a souscrit le risque, ou du bureau de Winnipeg où le souscripteur chef de la société l'a accepté, n'avait de connaissance de l'amiante comme telle, non plus que des risques associés à la manipulation de ce matériau;

c) aucun d'eux n'a fait la moindre recherche, même aussi simple que la consultation d'une encyclopédie;

En résumé, la preuve établit clairement que la demanderesse a accepté le risque presque les yeux fermés pour ce qui a trait au risque de responsabilité à l'égard du produit, aucun des souscripteurs en cause n'ayant affirmé avoir lu le rapport annuel de 1969 en entier.

La preuve à l'égard du caractère public et de la notoriété

On a présenté au procès une preuve très volumineuse pour établir que les risques liés à l'utilisation de l'amiante étaient suffisamment publics et notoires pour relever de l'exception à la règle que l'assuré doit déclarer tous les faits pertinents. Le juge de première instance donne une liste des différentes sources, aux pp. 729 et 730:

[TRADUCTION] La preuve relative au caractère notoire jusqu'au 30 juin 1970 (*sic*), date du renouvellement, peut généralement se résumer de la façon suivante:

a) de nombreux rapports sur les maladies liées à l'amiante publiés entre 1924 et 1970 dans les publications scientifiques et médicales canadiennes et étrangères . . .

b) un grand nombre de communications faites à diverses conférences tenues partout dans le monde avant 1970 sur les effets biologiques de l'amiante et qu'on pouvait trouver à Montréal, avec certains des rapports mentionnés ci-dessus, au bureau de l'Institut de la médecine du travail et de l'environnement («I.M.T.E.») établi par l'Association des mines d'amiante du Québec («A.M.A.Q.»);

c) un grand nombre d'articles portant sur les problèmes de santé liés à l'amiante publiés dans plusieurs villes canadiennes, dont Montréal et Winnipeg . . . ;

d) un extrait du Best Loss Control and Underwriting Manual, une publication américaine qui prétend décrire le degré de risque et donner un indice de risque pour différentes industries et différents produits. L'extrait [...] [a] trait aux produits d'amiante fabriqués pour l'année 1968. Le manuel donne un degré de risque et un indice de risque élevés à l'égard des accidents du travail et bas à l'égard de la responsabilité attachée aux produits. Dans le chapitre intitulé «Exposure», sous la rubri-

sis is mentioned in the case of Workmen's compensation coverage;

e) extracts from the 1963 edition of the Encyclopedia Britannica which included . . . :

i) its index which under "asbestos" refers *inter alia* to "dangerous occupations" and "asbestosis";

ii) the text under the word "Asbestos";

iii) the text under "Dangerous occupations" which mentions asbestos and states "Evidence strongly indicates that there is a significant increase in lung malignancy in men with asbestosis";

iv) the text under "Pneumoconiosis" referred to various industrial diseases of the lung which *inter alia* under the sub-heading "Diagnosis and Treatment" says "Once established, the majority of the severe pneumoconioses are irreversible. Some syndromes may be arrested on cessation of exposure but others, such as silicosis and asbestosis, progress inexorably"; and

v) the text under "Respiratory system, Diseases of" which states *inter alia* "Asbestosis may develop in those exposed to inhalation of asbestos fibres. Over a protracted course, it involves the pleurae and pericardium—the coverings of the lungs and heart—and causes heart failure. Prevention of inhalation of such dusts is important, since there are no successful cures once the fibroses have developed." [Exhibit references omitted.]

The trial judge deliberately excluded from this list the non-Canadian articles (mainly from the *New Yorker* and *New York Times*) published during the same period. He was of the opinion that notoriety could not be measured with reference to foreign media material.

The Quebec *Workmen's Compensation Act*, R.S.Q. 1964, c. 159, was noted by the trial judge. In 1938, the existing *Workmen's Compensation Act* was amended, and the new version specified that "silicosis" was an industrial disease and that the same word also included "the similar pathological condition which may result from the inhalation of siliceous or other dust from the extracting, isolating or treating of asbestos" (see *An Act to protect workmen suffering from silicosis*, S.Q. 1938, c. 89, s. 1). The *Act to amend the Work-*

que «Accidents», l'amiantose est mentionnée pour le risque d'accidents du travail;

e) des extraits de l'«Encyclopedia Britannica», édition de 1963, qui comporte . . . :

i) l'index, qui comporte, à la rubrique «amiante» un renvoi à, entre autres, «métiers dangereux» et «amiantose»;

ii) l'inscription au mot «amiante»;

iii) l'inscription à l'expression «métiers dangereux», qui mentionne l'amiante et précise: «Il y a de forts indices d'une augmentation importante de la malignité des maladies pulmonaires chez les hommes atteints d'amiantose»;

iv) l'inscription au mot «pneumoconiose», qui mentionne diverses maladies industrielles des poumons, où l'on dit notamment, dans l'alinéa intitulé «diagnostique et traitement» que «après qu'elles sont installées, la majorité des pneumoconioses graves sont irréversibles. Certains symptômes peuvent cesser avec la cessation de l'exposition, mais d'autres comme la silicose et l'amiantose continuent de progresser inexorablement»; et

v) l'inscription à l'expression «système respiratoire, autres maladies du» qui mentionne notamment que «l'amiantose peut affecter ceux qui sont soumis à l'inhalation de fibres d'amiante. Si l'exposition dure longtemps, elle affecte les pleures et le péricarde—qui sont les enveloppes des poumons et du cœur—et entraîne une défaillance cardiaque. Il est important de prévenir l'inhalation de ces poussières puisqu'il n'y a pas de remède connu aux fibroses.» [Les cotes des pièces sont omises.]

Le juge de première instance a à dessein exclu de la liste les articles de source non canadienne (surtout ceux du *New Yorker* et du *New York Times*) publiés à la même époque. Il a été d'avis que la notoriété ne pouvait s'apprécier en fonction d'informations des médias étrangers.

Le juge de première instance mentionne aussi la *Loi des accidents du travail*, S.R.Q. 1964, ch. 159. La *Loi des accidents du travail* a été modifiée en 1938 et la nouvelle version précisait que la «silicose» était une maladie industrielle et que le mot visait aussi «l'état pathologique similaire qui peut résulter de l'inhalation de poussières siliceuses ou autres émanant de l'extraction, de l'isolation ou du traitement de l'amiante» (voir la *Loi protégeant les ouvriers atteints de silicose*, S.Q. 1938, ch. 89, art. 1). La *Loi modifiant la Loi des accidents du*

men's Compensation Act, S.Q. 1943, c. 27, ss. 5 and 6, provided that the expression "siliceous dust" shall mean "silica dust or other compounds of silicon, including asbestos" and that "asbestos" itself be covered by the Act.

II—Judgments of the Courts Below

The Superior Court

The judgment of Boudreault J. at first instance is a thorough treatment of the subject. He discussed the English, French and American cases and commentaries which might be said to impact on the law of insurance of Quebec, and, though I disagree with his conclusions, I am indebted to him for his clear presentation of the issues.

He first noted that art. 2488 C.C. is not engaged in this case because there were no allegations of fraud, and the Insured's good faith was never even put into question. He then dealt with the issue of the materiality of the facts allegedly not disclosed by the Insured at the time of the application for the Policy. Drawing on the wording of art. 2485, Boudreault J. stated, at p. 722, that an insured's duty of disclosure applies with regard to

every fact which shows the nature and extent of the risk, and which may prevent the undertaking of it, or affect the rate of premium; and it is the misrepresentation or concealment of a fact of a nature to diminish the appreciation of the risk or change the object of it that can be a cause of nullity of the contract. All such facts are labelled "material" both in the legal terminology and in the insurance industry.

After reviewing the contents of the Selikoff Reports, he concluded, at p. 725:

In the Court's view, this evidence leads to the conclusion that the Selikoff reports disclosed facts and not opinions and that these facts showed the nature and extent of the risk and which may have prevented the undertaking of it or affected the premium, or in other words facts material to the risk.

In the Court's opinion, it would be difficult to imagine anything more material to a products liability insurer than the knowledge of the serious danger of an insured's main product causing severe injury to a large number of workers whose work calls upon them to handle such product for a period of time.

travail, S.Q. 1943, ch. 27, art. 5 et 6, prévoit que l'expression «poussière siliceuse» désigne «la poussière de silice ou d'autres composés de silicium, y compris l'amiante» et la Loi indique qu'elle vise
a l'amiantose elle-même.

II—Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

b *Cour supérieure*

Le jugement du juge Boudreault, en première instance, comporte une étude exhaustive du sujet. Il analyse la jurisprudence et la doctrine anglaises, françaises et américaines susceptibles d'influencer le droit québécois en matière d'assurance et, bien que je sois en désaccord avec ses conclusions, je lui sais gré de son exposé clair des questions en litige.

Il mentionne d'abord que l'art. 2488 C.c. ne s'applique pas en l'espèce puisqu'il n'y a aucune allégation de fraude et que la bonne foi de l'Assurée n'est pas mise en doute. Il aborde ensuite la question de la pertinence des faits que l'Assurée n'a pas révélés au moment de la demande d'assurance. S'inspirant du texte de l'art. 2485, le juge Boudreault dit, à la p. 722, que le devoir de déclaration d'un assuré s'applique à

f [TRADUCTION] tous les faits qui peuvent indiquer la nature et l'étendue du risque, empêcher de l'assumer ou influencer sur le taux de la prime; et ce sont les fausses représentations ou réticences sur un fait de nature à diminuer l'appréciation du risque et à en changer l'objet qui peuvent être une cause de nullité du contrat. Tous ces faits sont qualifiés de «pertinents» tant en langage juridique que dans le milieu des assurances.

Après avoir résumé le contenu des rapports Selikoff, il conclut, à la p. 725:

h [TRADUCTION] De l'avis du tribunal, la preuve amène à conclure que les rapports Selikoff révélaient des faits et non des opinions et que ces faits pouvaient indiquer la nature et l'étendue du risque, et qu'ils auraient pu empêcher de l'assumer ou influencer sur le taux de la prime, en d'autres termes que les faits sont pertinents au risque.

De l'avis du tribunal, il est difficile d'imaginer des faits plus pertinents pour un assureur de la responsabilité attachée aux produits que la connaissance du fait que le produit principal de l'assuré cause des lésions graves à un grand nombre de travailleurs qui doivent manipuler ce matériau pendant une longue période.

He also stated that the Insured was in possession of the Selikoff Reports and was aware of their contents.

Boudreault J. then turned to the question of whether the Insured had discharged the duty of disclosure with respect to the hazardous nature of asbestos fibres. The Insured's sole basis for claiming that it had fulfilled this duty was the "Health Research" section of the Annual Report in which a passage referred to Selikoff's work. The trial judge was of the view that this passage said nothing about the serious dangers of handling asbestos because it appeared to have been carefully drafted to avoid raising fears in the minds of those reading it. Consequently, "the substantially full and fair representation required by the civil code" could not be said to have been provided (p. 726).

Boudreault J. found that the Insurer had no actual knowledge of the facts in question and went on to deal with whether or not an insurer has a duty to inquire or be informed, by virtue of presumed knowledge, constructive knowledge, and common knowledge or public notoriety.

With respect to presumed or constructive knowledge, the trial judge rejected the respondent's contention that an insured need not disclose to its insurer matters which the insurer in the normal course of its business ought to know. In the opinion of Boudreault J., this broader definition of knowledge, drawn mainly from the English common law, is not part of the law in Quebec where only those facts which are public and notorious are deemed to be part of the insurer's knowledge. He also rejected the argument based on an insurer's alleged duty to inquire, observing that the respondent had failed to cite any Quebec cases in support of such a duty. The trial judge added that the Supreme Court of Canada decision in *Fidelity and Casualty Co. of New York v. General Structures Inc.*, [1977] 2 S.C.R. 1098, and the Quebec Court of Appeal decision in *Angelillo v. Prévoyance, Cie d'assurances*, [1983] C.A. 305, appeared to indicate that no such duty exists.

Il dit encore que l'Assurée avait les rapports Selikoff en sa possession et qu'elle en connaissait la teneur.

^a Le juge Boudreault examine ensuite si l'Assurée a rempli son obligation de déclaration à l'égard de la nature dangereuse des fibres d'amiante. Le seul fondement sur lequel l'Assurée s'appuie pour soutenir qu'elle a rempli son obligation est la section ^b du rapport annuel intitulée «Recherches en matière de santé», dans laquelle un passage traite des rapports Selikoff. Le juge de première instance est d'avis que ce passage ne dit rien à propos des ^c dangers graves que présente la manipulation de l'amiante parce qu'on semble avoir pris soin de le rédiger de façon à éviter de soulever des craintes chez ceux qui le liraient. En conséquence, on ne peut dire que [TRADUCTION] «la déclaration en ^d substance pleine et franche, imposée par le Code civil» a été fournie (p. 726).

Le juge Boudreault conclut que l'Assureur ne connaissait effectivement pas les faits en cause. Il ^e examine ensuite si un assureur a l'obligation de se renseigner ou de connaître ces faits, par présomption, par imputation ou encore en raison de leur commune renommée et de leur notoriété publique.

^f Quant à la connaissance par présomption ou par imputation, le juge de première instance rejette la prétention de l'intimée qu'un assuré n'est pas tenu de révéler à l'assureur ce que l'assureur est censé ^g savoir dans le cours normal de ses opérations. De l'avis du juge Boudreault, cette définition plus générale, qui vient surtout de la common law d'Angleterre, ne s'applique pas en droit québécois où seuls les faits qui ont un caractère public et sont ^h notoires sont présumés connus de l'assureur. Il rejette aussi l'argument voulant que l'Assureur ait eu l'obligation de se renseigner, faisant remarquer que l'intimée n'avait pas réussi à citer un seul arrêt du Québec à l'appui de cette obligation. Le juge de ⁱ première instance ajoute que la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Fidelity and Casualty Co. of New York c. General Structures Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 1098, et la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Angelillo c. Prévoyance, Cie d'assurances*, [1983] C.A. 305, paraissaient indiquer que cette ^j obligation n'existe pas.

On the question of “public character and notoriety”, Boudreault J. acknowledged that those words cover a wider range of facts than the concept of judicial notice. He adopted a definition of “public character and notoriety” which pointed to common or public knowledge, and he accepted that such knowledge might be acquired through certain information media, including specialised gazettes and general interest newspapers. He could not endorse, however, the view that health hazards relating to asbestos were public knowledge in 1970. In reaching this conclusion, he ruled that American newspapers, trade journals and other instruments were relevant to the question of the Insurer’s actual knowledge of a material fact contained therein, but that these materials could not be part of the consideration of public character and notoriety in this case. The same was said of materials available at the Institute of Occupational and Environmental Health in Montréal, given that there was no evidence that these materials were known either to the Insurer or to the general public. He did not consider the evidentiary weight that should be given to references to asbestos and asbestosis found in the *Encyclopedia Britannica*. In concluding this section of his analysis, Boudreault J. stated, at p. 731, that “it is a principle of insurance law and of the sources considered by our codifiers that when a contract of insurance is entered into, the insurer should have a knowledge of the risk assured, real or presumed, equal to that of the insured”.

Boudreault J. then dealt with the argument that the Insurer had breached its own obligation of acting with the utmost good faith and was for that reason prevented from seeking the invalidation of the Policy. After setting out the various facts which bore on this argument, the learned trial judge observed that the argument is based on the idea of “the reasonably-competent underwriter”, an idea which is supported in Quebec doctrine and which the judge qualified as “seductive”, especially in a case as here where the insurer was negligent. In his view, however, it was not possible to find jurisprudential support for this approach, and the Insured’s failure to disclose material facts

Quant à la question du «caractère public et [de la] notoriété», le juge Boudreault reconnaît que ces deux expressions couvrent un ensemble plus vaste de faits que la notion de connaissance d’office. Il adopte la définition de «caractère public et notoriété» qui va dans le sens de la commune renommée et il reconnaît qu’il est possible d’acquérir cette connaissance par certains renseignements obtenus des médias, y compris les publications spécialisées et les journaux d’intérêt général. Il ne peut cependant accepter l’opinion que les risques pour la santé liés à l’amiante étaient de commune renommée en 1970. En arrivant à cette conclusion, il statue que les journaux et publications spécialisées et les autres médias américains étaient utiles pour décider de la connaissance réelle qu’avait l’Assureur de faits pertinents dont ils faisaient mention, mais qu’on ne pouvait en tenir compte pour décider du caractère public et de la notoriété en l’espèce. Il en est de même, selon lui, des renseignements dont disposait l’Institut de la médecine du travail et de l’environnement de Montréal, puisqu’il n’y avait aucune preuve que l’Assureur ou le grand public connaissait ces sources. Il ne se penche pas sur la valeur probante à accorder aux mentions de l’amiante et de l’amiantose dans l’*Encyclopedia Britannica*. Pour conclure cette partie de son analyse, le juge Boudreault dit, à la p. 731, que [TRADUCTION] «il existe un principe en vertu du droit des assurances et des sources consultées par les codificateurs qu’à l’occasion d’un contrat d’assurance, l’assureur devrait avoir une connaissance effective ou présumée du risque couvert, égale à celle qu’a l’assuré.»

Le juge Boudreault analyse ensuite l’argument selon lequel l’Assureur n’a pas satisfait à l’obligation qui lui incombait d’agir avec la bonne foi la plus totale et ne pouvait, pour ce motif, demander l’annulation de la police. Après avoir rappelé les faits relatifs à cet argument, le juge de première instance souligne que l’argument a son fondement dans la notion du «souscripteur raisonnablement compétent», notion que la doctrine du Québec reconnaît et que le juge qualifie de [TRADUCTION] «séduisante» surtout dans une affaire comme l’espèce où l’assureur a fait preuve de négligence. À son avis, il n’était pas possible de trouver de jurisprudence à l’appui, de sorte que l’omission de

therefore remained the determining factor in the case.

It was on this failure to disclose material facts, then, that Boudreault J. decided the case. He reasoned, citing art. 2487 C.C., that the good faith of the Insured does not render a contract valid. Concealment of material facts, whether in good or bad faith, vitiates the consent which is required in the formation of any contract. Accordingly, the insurance Policy was in fact a nullity, due to error as to the substance of the thing which is the object of the contract (art. 992 C.C.). He summarized his reasons in the following way, at pp. 739-40:

To conclude on this chapter, the Court is therefore of the view that the contract of insurance herein did not attach, notwithstanding the apparent negligence of the plaintiff which under our law had no duty in the circumstances to investigate the facts and circumstances disclosed to it by the insured and which had no knowledge, constructive or otherwise, of the facts herein deemed to be material which, therefore had to be fully and fairly disclosed by the defendant.

He then disposed of a final, subsidiary defence raised by the Insured. According to this defence, the Insurer had shown by its action that it had confirmed the insurance contract and thereby renounced any rights it might have had to avoid the Policy. The Insurer had intervened on the Insured's behalf, pursuant to the terms of the Policy, in an American suit (*Foxworthy*) where asbestos-related hazards were alleged, and in so doing, according to the view proposed by the Insured, had acquired actual knowledge of the health hazards associated with exposure to asbestos fibre.

Boudreault J. rejected this defence, or *fin de non-recevoir*. He noted that the conditions for confirmation of an act which is voidable dictate that the Insurer have knowledge of the defect and an intent to rectify it. Accordingly, in the opinion of the trial judge, to prove knowledge of the defect, the Insured would have to show that the Insurer had acquired not only knowledge of health risks associated with exposure to asbestos but also

l'Assurée de révéler certains faits essentiels restait le facteur déterminant de l'espèce.

C'est en fonction de cette omission de révéler certains faits pertinents que le juge Boudreault tranche le litige. Il conclut, en s'appuyant sur l'art. 2487 C.c. que la bonne foi de l'Assurée ne rend pas le contrat valide. Les réticences relatives à des faits pertinents, qu'elles résultent de la bonne ou de la mauvaise foi, vicie le consentement nécessaire à la formation de tout contrat. En conséquence, la police d'assurance était en fait nulle, à cause de l'erreur sur la substance de la chose qui faisait l'objet du contrat (art. 992 C.c.). Il résume ses motifs de jugement comme ceci, aux pp. 739 et 740:

[TRADUCTION] Pour conclure le présent chapitre, la cour est donc d'avis que le contrat d'assurance en l'espèce n'a pas été formé, malgré la négligence apparente de la demanderesse qui, selon notre droit, n'avait pas d'obligation dans les circonstances de s'enquérir au sujet des faits et circonstances que l'assurée lui avait déclarés et n'avait pas non plus de connaissance, ni par présomption, ni autrement, des faits que nous considérons pertinents en l'espèce et que, par conséquent, la défenderesse avait l'obligation de déclarer pleinement et franchement.

Il se prononce ensuite sur un dernier moyen de défense subsidiaire invoqué par l'Assurée. Selon ce moyen de défense, l'Assureur avait, par ses actes, confirmé le contrat d'assurance et renoncé de ce fait à tout droit qu'il pouvait avoir de résilier le contrat. L'Assureur était intervenu pour le compte de l'Assurée, conformément aux conditions de la police, dans une poursuite aux États-Unis (l'affaire *Foxworthy*), fondée sur un préjudice causé par l'amiante, et en agissant ainsi, l'Assureur a, de l'avis de l'Assurée, pris effectivement connaissance des risques pour la santé que comporte l'exposition aux fibres d'amiante.

Le juge Boudreault rejette ce moyen de défense ou fin de non-recevoir. Il souligne que les conditions de la confirmation d'un acte annulable exigent que l'Assureur connaisse le vice et ait l'intention de le corriger. En conséquence, de l'avis du juge de première instance, pour prouver la connaissance du vice, l'Assurée aurait dû établir que l'Assureur connaissait les risques pour la santé liés à l'exposition à l'amiante et qu'il connaissait aussi

knowledge of concealment of such facts by the Insured in 1970 and 1973. Only such full knowledge would have made the Insurer aware that the Insured had breached its obligation under art. 2485 C.C. The respondent had not proven such knowledge and therefore no confirmation of the Policy could be said to have occurred. The confirmation of the defect, in his view, had to be unequivocal.

Dealing with the defence of *fin de non-recevoir* based on negligence, Boudreault J. stated that to succeed with this defence, the Insured would have to show that it had been prejudiced by the Insurer's negligence in not investigating in any way further the allegations in the U.S. *Foxworthy* action. In his view, the evidence did not show that the Insured had in any way modified its conduct as a result of the Insurer's own actions.

Boudreault J. concluded that the Policy should be declared null *ab initio* and ordered compensation between premiums paid by the Insured under the Policy and payments from Insurer to Insured for losses covered by the Policy. In the circumstances, he considered that it would be "just and reasonable" to sanction the Insurer's employees' negligent conduct by not awarding any court costs.

The Court of Appeal

The reasons of the Quebec Court of Appeal were written by Rothman J.A. and concurred in by Tourigny J.A. and Dugas J. (*ad hoc*): [1988] R.J.Q. 2651, 18 Q.A.C. 99, 54 D.L.R. (4th) 468, [1989] I.L.R. ¶1-2414 (hereinafter cited to R.J.Q.).

The Court of Appeal agreed with the trial judge that there could be little doubt that the serious health problems associated with exposure to asbestos fibre indicated in the Selikoff Reports and the very high frequency of asbestosis found among insulation workers were material to the risk of product liability which was to be undertaken by the Insurer under the Policy. The court also stated that there was no doubt that the facts contained in the Selikoff Reports were known to the Insured prior to the issuance of the Policy. It also agreed

les réticences de l'Assurée au sujet de ces faits en 1970 et en 1973. Seule cette connaissance complète aurait révélé à l'Assureur que l'Assurée avait manqué à l'obligation que lui imposait l'art. 2485 C.c. L'intimée n'a pas prouvé cette connaissance et, par conséquent, il ne peut y avoir eu de ratification de la police. De l'avis du juge, il aurait fallu que la ratification du vice soit non équivoque.

b

Au sujet du moyen de défense de fin de non-recevoir fondé sur la négligence, le juge Boudreault affirme que pour faire accepter ce moyen de défense, l'Assurée aurait dû démontrer qu'elle avait subi un préjudice en raison de la négligence de l'Assureur de ne pas examiner plus sérieusement les allégations de l'action *Foxworthy* intentée aux États-Unis. À son avis, la preuve n'a pas établi que l'Assurée avait modifié sa conduite de quelque façon en raison des actes de l'Assureur.

d

Le juge Boudreault conclut qu'il y a lieu de déclarer la police d'assurance nulle *ab initio* et d'ordonner la compensation entre les primes payées par l'Assurée relativement à la police et les indemnités payées par l'Assureur à l'Assurée en raison des sinistres couverts. Dans les circonstances, il estime «juste et raisonnable» de sanctionner la négligence des employés de l'Assureur en n'accordant aucuns dépens.

Cour d'appel

Les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel du Québec ont été rédigés par le juge Rothman et les juges Tourigny et Dugas (ce dernier agissant *ad hoc*) ont souscrit à ces motifs: [1988] R.J.Q. 2651, 18 Q.A.C. 99, 54 D.L.R. (4th) 468, [1989] I.L.R. ¶1-2414 (ci-après cité au R.J.Q.).

h

La Cour d'appel a été de l'avis du juge de première instance qu'il n'y avait aucun doute que les graves problèmes de santé liés à l'exposition aux fibres d'amiantose dont parlaient les rapports Selikoff et le fort taux d'amiantose décelé chez les travailleurs de l'isolation étaient des faits pertinents au risque de responsabilité attachée aux produits que l'Assureur assumait en vertu de la police d'assurance. La cour a aussi affirmé qu'il n'y avait aucun doute que l'Assurée connaissait les faits mentionnés dans les rapports Selikoff avant la

i

j

that if the Insured had been under an obligation to disclose these facts, the information it did disclose in the 1969 Annual Report fell well short of the full and fair disclosure required under art. 2485 C.C.

Dealing in turn with art. 2486 C.C., Rothman J.A. stated that the evidence was clear to the effect that the Insurer had no actual knowledge of the specific facts contained in the Selikoff Reports. The critical issue, then, was whether the Insured was obliged to disclose these facts to the Insurer, given the extent at that time of public knowledge about the health hazards associated with exposure to asbestos fibres. On this last point, he expressed an opinion contrary to that of the trial judge. He considered that in determining public knowledge, material published in the United States was to be taken into account together with Canadian material and, taking this larger pool of evidence into account, he concluded, at p. 2657:

[E]ven then [1970 and 1973], these risks and the Selikoff reports were common knowledge in the asbestos industry. Beyond the asbestos industry, the risks, and the Selikoff reports themselves, had been widely and publicly discussed in the media. Given the public discussion at the time, insurance underwriters ought to have been alerted to the health risks of asbestos fibres. They may not have been aware of the precise statistical data contained in the Selikoff reports, but they certainly ought to have known that serious asbestos-related health risks had been reported.

Rothman J.A. described the extent of the knowledge that can be ascribed to an insurance underwriter, at pp. 2657-58:

An insurance underwriter may not be presumed to know all of the technical intricacies of all the trades and industries he insures, but surely he ought to know something of a serious health risk that was common knowledge in a major industry and was widely reported in the public media as well. As Professor Louis Baudouin observes: a minimum of diligence and professionalism should be expected of the insurer.

délivrance de la police. Il est aussi admis que si l'Assurée avait l'obligation de déclarer ces faits, les renseignements qu'elle a déclarés dans le rapport annuel de 1969 sont loin de constituer la déclaration franche et complète à laquelle l'art. 2485 C.c. l'assujettit.

Passant à l'art. 2486 C.c., le juge Rothman dit que la preuve établit clairement que l'Assureur ne connaissait pas les faits précis mentionnés dans les rapports Selikoff. La question déterminante est donc de savoir si l'Assurée était tenue de déclarer ces faits à l'Assureur, compte tenu de l'étendue de la commune renommée à l'époque des risques pour la santé découlant de l'exposition aux fibres d'amiante. Sur ce dernier point, le juge Rothman diffère d'avis d'avec le juge de première instance. Il estime que, pour déterminer la commune renommée des faits, il faut tenir compte des documents publiés aux États-Unis en plus de ceux de source canadienne et, tenant ainsi compte de cet ensemble d'éléments de preuve plus important, il conclut, à la p. 2657:

[TRADUCTION] [M]ême à cette époque [en 1970 et 1973], ces risques et les rapports Selikoff étaient bien connus dans l'industrie de l'amiante. En dehors de l'industrie de l'amiante, les risques et les rapports Selikoff eux-mêmes avaient été largement et publiquement discutés dans les médias. Étant donné la discussion publique à l'époque, les souscripteurs d'assurance devaient être avertis des risques pour la santé présentés par les fibres d'amiante. Ils pouvaient ignorer les données statistiques précises contenues dans les rapports Selikoff, mais ils devaient certainement avoir su qu'on avait fait état de risques graves pour la santé liés à l'amiante.

Le juge Rothman décrit ensuite l'étendue des connaissances qu'on peut imputer à un souscripteur d'assurance, aux pp. 2657 et 2658:

[TRADUCTION] On ne peut présumer qu'un souscripteur d'assurance connaît toutes les complexités techniques de tous les domaines et de toutes les industries qu'il assure, mais il doit sûrement avoir une certaine connaissance d'un risque grave pour la santé qui était bien connu dans une industrie importante et dont on avait en outre largement fait état dans les médias. Comme le fait remarquer le professeur Louis Baudouin, on doit s'attendre à un minimum de diligence et de professionnalisme de la part de l'assureur.

He then dealt with the appellant's argument that English common law notions of the insurer's presumed knowledge of the risks in a particular industry are not part of the law of Quebec, except in so far as those risks are of a "public character" and "notorious" as provided in art. 2486 C.C. Rothman J.A. stated that the incorporation of these notions of English law in art. 2486 C.C. was not vital to the determination of this case and put the matter in the following way, at p. 2658:

But whatever the merits of [the Insurer's] argument as to the distinction between *Article 2486 C.C.* and English law, we need not, in my view, deal with that issue to decide the case. For even assuming that *Article 2486 C.C.* does not permit one to presume that an insurer has knowledge of facts except to the extent that the facts have a public character and notoriety, I am satisfied that the risks in this case did have a sufficient public character and notoriety to meet the test of *Article 2486 C.C.*

Rothman J.A. acknowledged that facts which are well known in a particular trade or industry are not, on that account alone, notorious and may not always have a public character. The deciding factor, then, was that in this case it could be said that knowledge of asbestos-related health risks went far beyond the asbestos industry. His conclusion was as follows, at pp. 2658-59:

[T]he important point is that all of the facts, including the statistical data contained in the Selikoff reports, had been made public throughout North America. All of this material was at hand and available to anyone who was interested in the details.

In my view, all of this published material on the health risks of exposure to asbestos fibres made those risks sufficiently public and notorious so that an insurance underwriter ought to have known of their existence and their seriousness. If the media accounts left him in any doubt as to the precise extent of the risk or as to the details contained in the Selikoff reports, any inquiry within the industry or even the most superficial research outside of it would have brought forward this information. But no inquiry of any kind was made by the underwriters, either inside or outside the industry.

Le juge Rothman aborde ensuite l'argument de l'appelante qui soutient que la notion de common law de connaissance présumée de la part de l'assureur contre les risques d'une industrie particulière ne s'applique pas en droit québécois, sauf si ces risques ont un «caractère public» ou sont «notoires» au sens de l'art. 2486 C.c. Le juge dit que l'addition de ces notions de droit anglais à l'art. 2486 C.c. n'est pas essentielle à la décision de l'espèce. Il dit ceci, à la p. 2658:

[TRADUCTION] Mais quelle que soit la valeur de l'argument [de l'Assureur] au sujet de la distinction entre l'art. 2486 C.c. et le droit anglais, il n'est pas nécessaire, selon moi, que nous nous prononcions sur cette question pour trancher l'appel en l'espèce. Même dans l'hypothèse où l'art. 2486 C.c. ne permettrait pas de présumer qu'un assureur connaît des faits, sauf dans la mesure où ces faits ont un caractère public et sont notoires, je suis d'avis que les risques visés en l'espèce avaient un caractère suffisamment public et une notoriété suffisante pour satisfaire à la condition énoncée à l'art. 2486 C.c.

Le juge Rothman reconnaît que les faits qui sont bien connus dans une entreprise ou une industrie particulière ne sont pas pour autant notoires et peuvent ne pas avoir un caractère public. Le facteur déterminant est qu'il était, en l'espèce, possible d'affirmer que la connaissance des risques de l'amiante pour la santé ne se limitait nullement à l'industrie de l'amiante. Il conclut ainsi, aux pp. 2658 et 2659:

[TRADUCTION] [C]e qui importe, c'est que tous les faits, y compris les données statistiques des rapports Selikoff, avaient été diffusés partout en Amérique du Nord. Tous ces documents existaient et étaient facilement accessibles à quiconque voulait en connaître les détails.

À mon avis, tous ces documents publiés sur les risques pour la santé de l'exposition aux fibres d'amiante rendaient ces risques suffisamment publics et notoires pour qu'un souscripteur d'assurance doive en connaître l'existence et la gravité. Si les comptes rendus de presse ne fournissaient pas certains détails qu'il aurait voulu avoir sur l'ampleur précise du risque ou sur les données des rapports Selikoff, il était facile de les trouver en se renseignant auprès de cette industrie ou même en faisant la recherche la plus superficielle à l'extérieur de celle-ci. Les souscripteurs n'ont pris la peine de faire aucune demande de renseignement, ni au sein de l'industrie, ni ailleurs.

In these circumstances, I do not believe the insured should be reproached for failing to disclose the kind of detail contained in the Selikoff reports. The insured was entitled to presume, in my view, that the insurer had a basic professional knowledge of the risks of asbestosis and that if more detail was required, the underwriters would ask for it.

Having come to the conclusion that the insurer must be presumed to have known of the asbestos-related health risks when it issued the policy and when it was renewed, and that the insured had therefore no duty to declare the facts mentioned in the Selikoff reports, I do not consider it necessary to decide the remaining grounds of appeal raised by the insured.

Accordingly, the Court of Appeal set aside the judgment of the Superior Court and dismissed the action with costs.

III—*Civil Code Provisions*

The relevant provisions of the *Civil Code* concerning representation and concealment read as follows:

Des déclarations et réticences

2485. L'assuré est tenu de déclarer pleinement et franchement tout fait qui peut indiquer la nature et l'étendue du risque, empêcher de l'assumer, ou influencer sur le taux de la prime.

2486. L'assuré n'est pas tenu de déclarer des faits que l'assureur connaît, ou qu'il est censé connaître d'après leur caractère public et leur notoriété; il n'est pas non plus obligé de déclarer les faits qui sont couverts par la garantie expresse ou implicite, excepté en réponse aux questions que l'assureur peut lui faire.

2487. Les fausses représentations ou réticences par erreur ou de propos délibéré sur un fait de nature à diminuer l'appréciation du risque,

Of Representation and Concealment

2485. The insured is obliged to represent to the insurer fully and fairly every fact which shows the nature and extent of the risk, and which may prevent the undertaking of it, or affect the rate of premium.

2486. The insured is not obliged to represent facts known to the insurer or which from their public character and notoriety he is presumed to know; nor is he obliged to declare facts covered by warranty express or implied, except in answer to inquiries made by the insurer.

2487. Misrepresentation or concealment either by error or design, of a fact of a nature to diminish the appreciation of the risk or

Dans ces circonstances, je ne crois pas que l'assurée devrait se faire reprocher de n'avoir pas déclaré le genre de détails mentionnés dans les rapports Selikoff. À mon avis, l'assurée avait le droit de présumer que l'assureur avait les connaissances professionnelles de base au sujet des risques liés à l'amiantose et que s'il voulait des détails supplémentaires, les souscripteurs les demanderaient.

Étant arrivé à la conclusion qu'il faut présumer que l'assureur connaissait les risques pour la santé liés à l'amiante au moment de délivrer la police et de la renouveler et qu'en conséquence l'assurée n'était pas tenue de déclarer les faits dont les rapports Selikoff faisaient état, je ne considère pas nécessaire de me prononcer sur les autres moyens d'appel soulevés par l'assurée.

En conséquence, la Cour d'appel a infirmé la décision de la Cour supérieure et a rejeté l'action avec dépens.

III—*Les dispositions du Code civil*

Les dispositions applicables du *Code civil* portant sur les déclarations et les réticences sont ainsi conçues:

Des déclarations et réticences

2485. L'assuré est tenu de déclarer pleinement et franchement tout fait qui peut indiquer la nature et l'étendue du risque, empêcher de l'assumer, ou influencer sur le taux de la prime.

2486. L'assuré n'est pas tenu de déclarer des faits que l'assureur connaît, ou qu'il est censé connaître d'après leur caractère public et leur notoriété; il n'est pas non plus obligé de déclarer les faits qui sont couverts par la garantie expresse ou implicite, excepté en réponse aux questions que l'assureur peut lui faire.

2487. Les fausses représentations ou réticences par erreur ou de propos délibéré sur un fait de nature à diminuer l'appréciation du risque,

Of Representation and Concealment

2485. The insured is obliged to represent to the insurer fully and fairly every fact which shows the nature and extent of the risk, and which may prevent the undertaking of it, or affect the rate of premium.

2486. The insured is not obliged to represent facts known to the insurer or which from their public character and notoriety he is presumed to know; nor is he obliged to declare facts covered by warranty express or implied, except in answer to inquiries made by the insurer.

2487. Misrepresentation or concealment either by error or design, of a fact of a nature to diminish the appreciation of the risk or

ou à en changer l'objet, sont des causes de nullité. Le contrat peut, en ces cas, être annulé, lors même que la perte ne résulterait aucunement du fait mal représenté ou caché.

2488. Les fausses représentations ou réticences frauduleuses de la part de l'assureur ou de l'assuré sont dans tous les cas des causes de nullité du contrat que la partie qui est de bonne foi peut invoquer.

2489. L'obligation de l'assuré en ce qui concerne les déclarations est suffisamment remplie si le fait est en substance tel que représenté et s'il n'y a pas de réticence importante.

These provisions were replaced by the present arts. 2485 to 2488 *C.C.* which were adopted by *An Act respecting Insurance*, S.Q. 1974, c. 70, s. 2. The 1974 revisions do not, however, apply to this appeal.

IV—The Issues

The appellant's arguments are based on the proposition that the "public character and notoriety" exception provided by art. 2486 *C.C.* must be interpreted restrictively and in a manner compatible with the general rule set out in art. 2485 *C.C.* which requires "full and fair" disclosure by the insured of material facts. Thus, according to the appellant, because the word "notoriety" refers to facts generally known by all, only in rare circumstances will the insured be relieved of its duty to disclose material facts.

The particular material fact which the respondent is alleged to have failed to disclose is the "exceptionally high frequency" of pulmonary disease among workers in asbestos and asbestos-related industries. This information was contained in the Selikoff Reports which were in the respondent's possession, and it could not be said that this information was known to the public. In this respect, the appellant relies heavily on the finding of the trial judge concerning the materiality of the

change the object of it, is a cause of nullity. The contract may in such case be annulled although the loss has not in any degree arisen from the fact misrepresented or concealed.

2488. Fraudulent misrepresentation or concealment on the part either of the insurer or of the insured, is in all cases a cause of nullity of the contract in favour of the innocent party.

2489. The obligation of the insured, with respect to representation is satisfied when the fact is substantially as represented and there is no material concealment.

ou à en changer l'objet, sont des causes de nullité. Le contrat peut, en ces cas, être annulé, lors même que la perte ne résulterait aucunement du fait mal représenté ou caché.

2488. Les fausses représentations ou réticences frauduleuses de la part de l'assureur ou de l'assuré sont dans tous les cas des causes de nullité du contrat que la partie qui est de bonne foi peut invoquer.

2489. L'obligation de l'assuré en ce qui concerne les déclarations est suffisamment remplie si le fait est en substance tel que représenté et s'il n'y a pas de réticence importante.

Ces dispositions ont été remplacées par les art. 2485 à 2488 actuels du *Code civil* édictés par la *Loi sur les assurances*, L.Q. 1974, ch. 70, art. 2. La modification de 1974 ne s'applique cependant pas au présent pourvoi.

IV—Les questions en litige

L'appelante fonde son argumentation sur l'affirmation que l'exception relative au «caractère public et [à la] notoriété» prévue à l'art. 2486 *C.C.* doit s'interpréter restrictivement et conformément à la règle générale énoncée dans l'art. 2485 *C.C.* qui oblige l'assuré à déclarer «pleinement et franchement» tous les faits pertinents. Donc, selon l'appelante, parce que le mot «notoriété» s'applique à des faits généralement connus de tous, ce n'est que rarement que l'assuré sera dispensé de son obligation de révéler des faits pertinents.

Le fait précis et pertinent qu'on reproche à l'intimée d'avoir omis de déclarer est la «fréquence exceptionnellement élevée» des maladies pulmonaires chez les travailleurs de l'amiante et ceux des industries liées à l'amiante. Ce renseignement était mentionné dans les rapports Selikoff que l'intimée avait en sa possession et on ne pourrait dire qu'il était connu du public. Sur ce point, l'intimée insiste beaucoup sur la conclusion à laquelle le juge de première instance est arrivé au sujet du

facts as contained in the Selikoff Reports and on a definition of notoriety which relates to general or common knowledge.

Before the courts below, the respondent raised eight separate defences which are said to be independent one from the other. The respondent sets out these defences as follows:

- a) Respondent disclosed all material facts;
- b) Appellant was deemed to know of the alleged hazards of asbestos, and of the Selikoff reports, under the doctrine of public character and notoriety because of the enormous mass of publicly available material in the media and elsewhere stretching back for years;
- c) The Selikoff reports were common knowledge in the asbestos industry, and Appellant was deemed to know of the existence of the reports under the doctrine of presumed knowledge;
- d) Respondent gave Appellant sufficient information, and if it wished to have any more information it had only to make inquiries under the doctrine of constructive knowledge;
- e) The custom and usage of the insurance industry concerning the underwriting of policies such as the one in question bound Appellant, and the Policy was issued pursuant to the disclosure requirements of such custom and usage;
- f) Respondent warranted that its business operations concerned the mining, manufacture and sale of asbestos; the Selikoff reports were covered by the warranty, and as Appellant asked no questions concerning that warranty, Respondent was not obliged to make any further disclosures;
- g) Appellant's negligence and lack of professionalism in underwriting the Policy barred it from seeking to void the Policy on grounds of non-disclosure;
- h) At the time Appellant cancelled the Policy and later when Appellant took up the defence of a case against Respondent, Appellant knew that Respondent had been aware for about 20 years of the alleged hazards of asbestos. Appellant exercised its rights and performed its duties under the Policy without any reserve or disclaimer, thereby confirming the Policy.

caractère pertinent des faits mentionnés dans les rapports Selikoff et sur une définition de notoriété qui correspond à la commune renommée.

a Dans les cours d'instance inférieure, l'intimée a invoqué huit moyens de défense distincts qu'elle dit indépendants les uns des autres:

b [TRADUCTION]

- a*) L'Intimée a déclaré tous les faits pertinents;
- b*) L'Appelante est présumée connaître les risques attribués à l'amiante et les rapports Selikoff par application de la doctrine du caractère public et de la notoriété en raison de la très grande quantité de documents accessibles au public pour avoir été publiés dans les médias et ailleurs depuis de nombreuses années;
- c*) Les rapports Selikoff étaient de notoriété dans l'industrie de l'amiante et l'Appelante est présumée avoir connu l'existence de ces rapports en vertu de la théorie de la présomption de connaissance;
- d*) L'Intimée a fourni des renseignements suffisants à l'Appelante et si celle-ci voulait avoir plus de renseignements elle n'avait qu'à se renseigner par application de la théorie de la connaissance imputée;
- e*) Les usages et coutumes de l'industrie de l'assurance en matière de souscription de polices semblables à la police en cause en l'espèce lient l'Appelante, et la police d'assurance a été délivrée conformément aux conditions relatives aux déclarations qui prévalent en vertu de ces usages et coutumes;
- f*) L'Intimée a garanti que ses opérations commerciales avaient trait à l'extraction, à la fabrication et à la vente d'amiante; les rapports Selikoff étaient visés par la garantie et l'Appelante n'ayant pas posé de question au sujet de cette garantie, l'Intimée n'était tenue de faire aucune déclaration supplémentaire;
- g*) La négligence et le manque de professionnalisme de l'Appelante dans la souscription de la police l'empêchent de demander l'annulation de la police pour cause d'insuffisance des déclarations;
- h*) Au moment où l'Appelante a résilié la police et plus tard quand l'Appelante a assumé la défense d'une action dirigée contre l'Intimée, l'Appelante savait que l'Intimée connaissait depuis environ 20 ans les risques attribués à l'amiante. L'Appelante a exercé ses droits et rempli ses obligations conformément à la police sans réserve ni renonciation, confirmant de ce fait la police.

In my opinion, the defence based on the common law doctrine of presumed knowledge is similar in nature to the defence based on the notoriety of the facts alleged to have been concealed since they are both based on the presumed knowledge of the Insurer. I will therefore analyse these defences together.

Similarly, the defences based on the adequacy of the respondent's actual disclosure, the common law doctrine of constructive knowledge, the customary practices adopted by the insurance industry and the warranty as to the respondent's activities all deal with the issue of the Insured's duty to disclose and the Insurer's duty to inquire. These defences will therefore be analysed together.

The balance will be dealt with separately, namely the issue of the Insurer's negligence and the *uberrimae fidei* nature of the contract of insurance, and the issue of the Insurer's confirmation of the contract.

As I will explain later in these reasons, I agree with the courts below that the disclosure made by the Insured was not by itself sufficient to qualify as full and fair disclosure under art. 2485 C.C. The respondent must therefore rely to a considerable extent on art. 2486 C.C. and the considerations which I have grouped together under the general description of presumed knowledge. I turn now to that issue.

V—Defences Based on Presumed Knowledge of the Insurer

Public Character and Notoriety

Article 2486 C.C. sets out exceptions to the rule that the insured must disclose fully and fairly all facts which are material to the assessment of the risk and provides that the insurer is presumed to have knowledge of certain facts by reason of their public character and notoriety. The appellant argues that the effect of arts. 2485 and 2486 C.C. is to require the disclosure of all material facts unless they are notorious in the sense that they are known by the general public. According to the appellant, [TRANSLATION] “[p]ublic notoriety is

À mon avis, le moyen de défense fondé sur la théorie de common law de la présomption de connaissance est de nature semblable à celui fondé sur la notoriété de faits non déclarés puisque ces deux moyens s'appuient sur une présomption de connaissance de la part de l'Assureur. Je les analyserai donc ensemble.

De même, les moyens de défense fondés sur le caractère suffisant de la déclaration de l'intimée, sur la théorie de common law de la connaissance par imputation, sur les usages pratiqués par l'industrie de l'assurance et sur la garantie donnée relativement aux opérations de l'intimée portent tous sur la question de l'obligation de l'Assurée en matière de déclaration et sur celle de l'Assureur de se renseigner. J'analyserai donc ces moyens de défense ensemble.

Les autres moyens de défense seront abordés un par un, soit la question de la négligence de l'Assureur et la nature *uberrimae fidei* du contrat d'assurance et celle de la ratification du contrat par l'Assureur.

Comme je l'expliquerai, je partage l'avis des tribunaux d'instance inférieure que les déclarations faites par l'Assurée ne sont pas suffisantes en soi pour être qualifiées de «déclarations pleines et franches» au sens de l'art. 2485 C.c. L'intimée doit donc invoquer largement l'art. 2486 C.c. et s'appuyer sur des notions que j'ai regroupées sous la désignation de présomption de connaissance. J'examinerai maintenant cette question.

V—Les moyens de défense fondés sur la présomption de connaissance de la part de l'Assureur

Le caractère public et la notoriété

L'article 2486 C.c. établit une exception à la règle selon laquelle l'assuré doit déclarer pleinement et franchement les faits qui sont pertinents aux fins de l'évaluation du risque et dispose que l'assureur est présumé connaître certains faits en raison de leur caractère public et de leur notoriété. L'appelante soutient que les art. 2485 et 2486 C.c. ont comme conséquence d'imposer la déclaration de tous les faits pertinents à moins qu'ils ne soient notoires dans le sens de connus du grand public. Selon l'appelante «[l]a notoriété publique est donc

thus a concept which covers facts known to all, so that a person would only be unaware of them in exceptional cases” (emphasis added). Natural and political perils are cited as examples. The respondent counters with the assertion that the concept of public notoriety refers to facts which are both accessible to the public and within the ambit of what a reasonably competent underwriter should know. According to the respondent, the underwriter can be presumed to know the industry which it insures.

Although art. 2486 C.C. is clearly an exception to the general rule of full and fair disclosure of material facts, I disagree with the appellant’s argument that the expression “public character and notoriety” must necessarily be given a narrow meaning. The issue raised by this case is one of interpretation, and this Court must give to the words of the *Civil Code* their proper meaning. While exceptions are not generally intended to outgrow general rules, they need not be so weakened as to deprive them of their reasonable meaning.

It should be noted that art. 2486 C.C. does not link the notion of notoriety to the knowledge of the public at large. An insurer will be presumed to have knowledge of a fact if it has a “public character” and if it is “notorious”. In my opinion, there is no need to merge these two concepts so as to produce a criterion based on notoriety in the general public or public notoriety, despite the currency of the latter formulation. The distinct nature of these concepts is most clear in the French text which refers to “des faits que l’assureur . . . est censé connaître d’après leur caractère public et leur notoriété” (emphasis added).

Taken by itself, public character clearly refers to the availability or accessibility of information. There is no doubt that the Selikoff Reports and the other relevant evidence in this case were “public” in this sense, and the appellant does not challenge this factual conclusion. It is the more elusive concept of “notoriety” which presents difficulties in this appeal.

un concept qui vise des faits connus de tous, tels que ce ne serait qu’exceptionnellement qu’une personne les ignorerait» (je souligne). On mentionne les périls naturels et politiques à titre d’exemple. ^a L’intimée réplique en soutenant que le concept de notoriété publique englobe les faits qui sont accessibles au public et qui relèvent de ce qu’un souscripteur raisonnablement compétent devrait connaître. Selon l’intimée, il est possible de présumer ^b que le souscripteur connaît l’industrie qu’il assure.

Bien que l’art. 2486 C.c. soit manifestement une exception à la règle générale relative à la déclaration pleine et franche des faits pertinents, je suis en désaccord avec l’argument de l’appelante portant que l’expression «caractère public et [. . .] notoriété» doit nécessairement s’interpréter de façon ^d restrictive. La question soulevée par l’espèce est une question d’interprétation et notre Cour doit donner leur sens naturel aux mots du *Code civil*. Bien que les exceptions ne doivent pas, généralement, devenir plus importantes que les règles générales, ^e il n’est pas nécessaire de les restreindre au point de les vider de leur sens normal.

Il faut d’abord remarquer que l’art. 2486 C.c. n’associe pas la notion de notoriété à la connaissance d’un fait de la part du grand public. L’assureur sera présumé connaître un fait si celui-ci a un «caractère public» et s’il est «notoire». À mon avis, il n’est pas nécessaire de réunir ces deux notions de ^g manière à arriver à un critère fondé sur la notoriété dans le grand public ou la notoriété publique, malgré que cette dernière expression soit bien répandue. La différence entre ces notions ressort nettement de la version française du texte qui parle «des faits que l’assureur [. . .] est censé connaître d’après leur caractère public et leur notoriété» (je souligne).

En soi, le caractère public a manifestement trait ⁱ à la disponibilité ou à l’accessibilité des renseignements. Il n’y a pas de doute que les rapports Selikoff et les autres documents utiles en l’espèce étaient «publics» dans ce sens; l’appelante ne conteste pas cette conclusion de fait. C’est la notion ^j plus insaisissable de «notoriété» qui fait difficulté dans le présent pourvoi.

In my opinion, the proper interpretation of “notoriety” lies in the answer to the question “notorious to whom?” As noted above, the appellant’s position is that “notoriety” is determined with reference to the general public. The respondent in turn argues that “notoriety” is related to that which is common knowledge in a particular milieu, or, as here, a particular industry. With respect, I find myself unable to accept either of these interpretations, though my interpretation is closer to that of the respondent.

I have little difficulty concluding that the “notoriety” of art. 2486 C.C. must be interpreted with reference to the insurer. Article 2486 C.C. does not refer to notorious facts which the general public is presumed to know, nor does it refer to notorious facts which those in the industry in which the risk is being insured are presumed to know; it expressly states that the notoriety in question is that which “he [the insurer] is presumed to know”. I note that the *Vocabulaire Juridique* (1987) published by the Association Henri Capitant defines “notoriété” as something [TRANSLATION] “more or less widespread”, while “notoire” is said of a fact that is [TRANSLATION] “in the public knowledge of the group it concerns, which takes its legal effect . . . from its diffusion within that group” (p. 529) (emphasis added). In the context of insurance, it is the insured and the insurer who are most interested, and, with respect to notoriety, the latter is particularly concerned.

It is still possible to argue that that which is notorious to the insurer is identical to that which is notorious to the general public or, alternatively, to those in a particular industry. In my opinion, however, such arguments lack credibility. Instead, according to my view of this matter, the Court is required to focus on the insurer and to determine what it can or should be presumed to know. The *Civil Code* does not provide us with a clear answer to the question whether this determination must be made by reference to the insurer in a particular case or to the reasonably competent insurer insuring a similar risk.

The parties have discussed in considerable detail the pre-codification authorities which are said to

À mon avis, l’interprétation juste de «notoriété» demande qu’on s’interroge à l’égard de qui elle doit exister. Comme je viens de le mentionner, l’appelante soutient que la «notoriété» renvoie à la connaissance de la part du grand public. L’intimée soutient plutôt que la «notoriété» se définit par ce qui est connu dans un milieu particulier, en l’espèce, celui d’une industrie particulière. En toute déférence, je ne puis me résoudre à accepter l’une ou l’autre de ces interprétations, bien que mon interprétation soit plus proche de celle de l’intimée.

Je n’hésite pas à conclure que la «notoriété» dont parle l’art. 2486 C.c. doit s’interpréter par rapport à l’assureur. L’article 2486 C.c. ne vise pas des faits notoires que le grand public est présumé connaître, il ne vise pas non plus des faits notoires présumés connus par ceux qui appartiennent à l’industrie qui fait l’objet de l’assurance; il dit expressément que la notoriété en cause vise ce «qu’il [l’assureur] est censé connaître». Je signale que dans le *Vocabulaire juridique* (1987) publié par l’Association Henri Capitant, on définit «notoriété» comme une chose «plus ou moins répandue» alors que «notoire» se dit d’un fait qui a été porté «à la connaissance publique du milieu qu’il concerne et qui tire sa valeur juridique [...] de sa diffusion dans ce milieu» (p. 529) (je souligne). Dans le contexte des assurances, l’assuré et l’assureur sont les plus intéressés et, pour ce qui est de la notoriété, ce dernier est particulièrement concerné.

Il serait encore possible de soutenir que ce qui est notoire pour l’assureur correspond exactement soit à ce qui l’est pour le grand public, soit à ce qui l’est pour ceux qui appartiennent à une industrie particulière. J’estime cependant que ces arguments ne sont pas convaincants. À mon avis, notre Cour doit plutôt s’intéresser à l’assureur et se demander ce qu’il pourrait ou devrait être présumé connaître. Le *Code civil* ne nous fournit pas de réponse claire à la question de savoir s’il faut déterminer ce que l’assureur est présumé connaître en fonction de l’assureur dans une situation précise ou en fonction de l’assureur raisonnablement compétent qui assureraient contre un risque similaire.

Les parties ont analysé avec beaucoup de minutie les auteurs antérieurs à la codification qui,

provide some perspective on principles of insurance which were common to all commercial nations and later codified in the *Civil Code of Lower Canada*. I believe that these authorities support the conclusion, arrived at earlier, to the effect that notoriety in art. 2486 C.C. goes beyond the minimum content of public knowledge but stops short of all facts known to those in the milieu or industry of the insured risk. I believe that they also indicate that the usual standard is not the insurer in a particular case but rather a reasonably competent underwriter insuring similar risks, and it is this standard which would certainly have been adopted in the Code.

Pre-codification Authorities

A large number of the authorities presented by the parties were those referred to by the Commissioners who drafted the *Civil Code of Lower Canada*. These authorities are said to circumscribe the interpretations which can be attached to the provisions of the *Civil Code* concerning representation and concealment, i.e. arts. 2485 C.C. *et seq.* Many of the authorities are taken from foreign sources, reflecting what L'Heureux-Dubé J. in *Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 683, at p. 728, referred to as the Commissioners' "comparative law methodology". Indeed, the Commissioners did consult many commentators from foreign jurisdictions when they drafted the *Civil Code* provisions on insurance, as appears clearly from the following extract from the Codifiers Report:

The chief sources of authority upon which the articles have been framed, are: in the ancient law, the *Ordonnance de la Marine*—with Valin's commentary upon it—and the treatises of Emérigon and Pothier; in the English and American law, which almost always coincide, the works of Marshall, Arnould, Ellis, Phillips, Kent, Duer and Angell; and in the modern French law, Pardessus, Boulay-Paty, Boudousquié, Quenault and Alauzet. Much valuable aid has been derived from Bell's Commentaries on the laws of Scotland, and some useful

selon eux, éclairent les principes d'assurance communs à toutes les nations commerçantes que les codificateurs ont par la suite inscrits dans le *Code civil du Bas-Canada*. Je crois que ces auteurs confirment la conclusion, à laquelle je suis déjà arrivé, que la notoriété dont parle l'art. 2486 C.c. englobe plus que ce minimum qui est de la connaissance du grand public, mais qu'elle ne va pas jusqu'à s'appliquer à tous les faits connus dans le milieu ou l'industrie qui fait l'objet de l'assurance. Je crois que cette doctrine indique également que la norme n'est pas l'assureur dans une situation particulière, mais plutôt un souscripteur raisonnablement compétent qui assure contre des risques semblables et que c'est cette norme qui aurait été certainement consacrée dans le Code.

La doctrine antérieure à la codification

Parmi les textes de doctrine invoqués par les parties, beaucoup sont cités par les commissaires rédacteurs du *Code civil du Bas-Canada*. Cette doctrine, selon les parties, délimite l'interprétation à donner aux dispositions du *Code civil* au sujet des déclarations et réticences qu'on trouve aux art. 2485 et suiv. Plusieurs des auteurs cités sont étrangers, ce qui correspond à ce que le juge L'Heureux-Dubé a qualifié de «méthode comparative» des commissaires dans l'arrêt *Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 683, à la p. 728. De fait, les commissaires ont analysé la doctrine de différents ressorts étrangers avant de rédiger les dispositions du *Code civil* qui portent sur l'assurance, comme en fait foi l'extrait suivant du rapport des commissaires:

Les principales sources d'où sont tirées les autorités sur lesquelles les articles ont été rédigés sont, pour l'ancien droit: l'Ordonnance de la Marine avec les commentaires de Valin, et les traités d'Émérigon et de Pothier; pour le droit anglais et américain, qui coïncident presque toujours, les ouvrages de Marshall, Arnould, Ellis, Phillips, Kent, Duer et Angell; et pour le droit moderne français, Pardessus, Boulay-Paty, Boudousquié, Quenault et Alauzet. On s'est beaucoup aidé du commentaire de Bell sur les lois d'Écosse, et quelques

articles have been suggested by the Draft of a civil code for the State of New-York.

(*Civil Code of Lower Canada: Sixth and Seventh Reports and Supplementary Report* (1865), at p. 240.)

Further along, at p. 242, the Commissioners noted that the draft provisions on representation and concealment, later incorporated without changes into the *Civil Code*, contain "rules common to the law of insurance in all countries, although less rigor has prevailed in France than in England and the United States in the construction and enforcement of them".

The varied authorities taken from other jurisdictions that are cited by the Commissioners and discussed in some detail by the parties in this case cannot be conclusive as to the proper interpretation of the *Civil Code*. It is clear, however, that the Code acknowledges certain general principles. For example, the Code indicates clearly that it is the primary duty of the insured party to disclose all the facts that are material to the risk. Various restatements of this principle can be found in the authorities that were consulted by the Commissioners.

The classic exposition of the principle can be found in the old English case of *Carter v. Boehm* (1766), 3 Burr. 1905, 97 E.R. 1162, which was mentioned in J. Kent, *Commentaries on American Law* (6th ed. 1848), vol. III, at p. 285, S. Marshall, *A Treatise on the Law of Insurance* (3rd ed. 1823), vol. I, at pp. 474 and 478, and J. Arnould, *A Treatise on the Law of Marine Insurance and Average* (2nd ed. 1850), vol. I, at pp. 563 and 569, all of which were cited in the Commissioners' notes to what was to become arts. 2485 to 2489 C.C. The significance of this case has been argued at length by the parties, and, accordingly, I will examine it in some detail.

In *Carter v. Boehm*, Lord Mansfield made the following statement regarding the insured's duty of representation, at p. 1164:

Insurance is a contract upon speculation.

The special facts, upon which the contingent chance is to be computed, lie most commonly in the knowledge of the insured only; the under-writer trusts to his representation, and proceeds upon confidence that he does not keep back any circumstance in his knowledge, to mis-

articles ont été suggérés d'après le projet de code de l'État de New-York.

(*Code civil du Bas-Canada: Sixième et Septième Rapports et Rapport Supplémentaire* (1865), à la p. 241.)

Plus loin, à la p. 243, les commissaires signalent que le projet des articles relatifs aux déclarations et réticences, incorporés plus tard au *Code civil* sans modification, comportent «des règles sur l'assurance communes au droit de tous les pays, quoiqu'en France on les ait interprétées et mises en force moins rigoureusement qu'en Angleterre et aux États-Unis».

Les différents ouvrages de doctrine des autres ressorts que les commissaires ont cités et que les parties en l'espèce ont analysés en détail ne peuvent apporter de réponse définitive quant à l'interprétation à donner au *Code civil*. Il est manifeste cependant que le Code reconnaît certains principes généraux. Par exemple, le Code dit clairement que l'obligation de déclarer tous les faits pertinents au risque incombe d'abord à l'assuré. On peut trouver différentes formulations de ce principe dans la doctrine invoquée par les commissaires.

On trouve la formulation classique du principe dans l'ancien arrêt anglais *Carter v. Boehm* (1766), 3 Burr. 1905, 97 E.R. 1162, que mentionnent J. Kent dans *Commentaries on American Law* (6^e éd. 1848), vol. III, à la p. 285, S. Marshall, *A Treatise of the Law of Insurance* (3^e éd. 1823), vol. I, aux pp. 474 et 478, et J. Arnould, *A Treatise on the Law of Marine Insurance and Average* (2^e éd. 1850), vol. I, aux pp. 563 et 569, tous cités par les commissaires dans les notes relatives aux dispositions qui allaient devenir les art. 2485 à 2489 C.c. Les parties ont beaucoup débattu le sens de cet arrêt et, en conséquence, je l'analyserai ici assez longuement.

Dans l'arrêt *Carter v. Boehm*, lord Mansfield affirme ce qui suit au sujet du devoir de déclaration de l'assuré, à la p. 1164:

[TRADUCTION] L'assurance est un contrat spéculatif.

Les faits déterminés, en vertu desquels le risque est calculé, relèvent le plus souvent de la seule connaissance de l'assuré; le souscripteur se fie à ses déclarations et agit en présumant que l'assuré ne lui cache aucun fait qu'il connaît pour induire le souscripteur en erreur et

lead the under-writer into a belief that the circumstance does not exist, and to induce him to estimate the risque, as if it did not exist.

The keeping back [of] such circumstance is a fraud, and therefore the policy is void. Although the suppression should happen through mistake, without any fraudulent intention; yet still the under-writer is deceived, and the policy is void; because the risque run is really different from the risque understood and intended to be run, at the time of the agreement. [Emphasis added.]

I note that Lord Mansfield stressed the need for full disclosure of facts which are known only to the insured. The rules on representation in *Carter v. Boehm* have been cited with approval in this century in *Alliance Insurance Co. of Philadelphia v. Laurentian Colonies and Hotels Ltd.*, [1953] Que. Q.B. 241 (*per* McDougall J.A.).

It is the exception to this general rule which interests us, and the appellant claims that *Carter v. Boehm* is also useful authority in this respect. I choose to quote brief excerpts of the text which precedes the passage quoted by the appellant. Lord Mansfield stated at pp. 1164-65 that “[t]here are many matters, as to which the insured may be innocently silent—he need not mention what the under-writer knows . . . The insured need not mention what the under-writer ought to know; what he takes upon himself the knowledge of; or what he waves being informed of.” Lord Mansfield then provided examples of what the underwriter ought to know, and these, according to the appellant, constitute the whole public notoriety exception of art. 2486 C.C. The appellant makes this claim despite the fact that there is no such indication in the Code, and despite the fact that Lord Mansfield provided examples, rather than an exhaustive list of exceptions. Lord Mansfield stated, at p. 1165, that the underwriter “needs not to be told general topics of speculation: as for instance—”, and here the appellant begins to quote:

The under-writer is bound to know every cause which may occasion natural perils; as, the difficulty of the voyage—the kind of seasons—the probability of lightning, hurricanes, earthquakes, &c. He is bound to know

l’amener à croire que ce fait n’existe pas et à estimer le risque comme si ce fait n’existait pas.

La réticence à l’égard d’un tel fait constitue une fraude et, en conséquence, la police est nulle. Même si l’omission de le révéler survient par erreur, sans intention frauduleuse, le souscripteur est quand même induit en erreur et la police est nulle parce que le risque couvert est effectivement différent du risque envisagé et compris, lors de la formation du contrat. [Je souligne.]

Je fais observer que lord Mansfield insiste sur la nécessité de déclarer pleinement les faits connus de l’assuré seulement. Les règles relatives aux déclarations énoncées dans l’arrêt *Carter v. Boehm* ont été citées et suivies au XX^e siècle dans l’arrêt *Alliance Insurance Co. of Philadelphia v. Laurentian Colonies and Hotels Ltd.*, [1953] B.R. 241 (le juge McDougall).

C’est l’exception à cette règle générale qui nous intéresse et l’appelante soutient que l’arrêt *Carter v. Boehm* a valeur de jurisprudence utile à cet égard. Je citerai de brefs extraits de cet arrêt qui précèdent le passage invoqué par l’appelante. Lord Mansfield dit, aux pp. 1164 et 1165, que [TRADUCTION] «[i]l existe de nombreux sujets que l’assuré peut taire sans commettre de faute—il n’est pas tenu de déclarer ce que le souscripteur connaît [. . .] L’assuré n’est pas tenu de mentionner ce que le souscripteur devrait savoir; ce dont il assume lui-même de connaître; ou ce dont il dispense d’être informé.» Lord Mansfield continue en donnant des exemples de ce que le souscripteur doit savoir, et ceux-ci, de l’avis de l’appelante, constituent la totalité de ce qui est visé par l’exception relative à la notoriété énoncée à l’art. 2486 C.c. L’appelante le soutient même si le Code ne le dit pas expressément et même si lord Mansfield donne des exemples plutôt qu’une énumération exhaustive des exceptions. Lord Mansfield affirme, à la p. 1165, que [TRADUCTION] «il n’est pas nécessaire de déclarer au souscripteur les causes générales de spéculation, par exemple—», puis, le passage cité par l’appelante commence ici:

[TRADUCTION] Le souscripteur est tenu de connaître chacune des causes qui peuvent engendrer des périls naturels; comme les hasards du voyage—le genre de saisons—la probabilité de foudre, de tornades, de trem-

every cause which may occasion political perils; from the ruptures of States from war, and the various operations of it. He is bound to know the probability of safety, from the continuance or return of peace; from the imbecility of the enemy, through the weakness of their counsels, or their want of strength, &c. [Emphasis added.]

From this extract, the appellant argues that notorious facts are facts which are as well known as the existence of natural and political perils. This concept of notoriety leads to a very strict rule of full disclosure according to which the only facts which need not be disclosed are those known to all.

Lord Mansfield's decision in *Carter v. Boehm* was one of the earliest statements of the rules concerning representation and concealment in the formation of insurance contracts and, in particular, of the exceptions to the general rule that the insured must disclose all material facts. In my opinion, the appellant misapprehends this decision by concluding that a notoriety exception was to cover only natural and political perils, and generally matters known to all. In fact, *Carter v. Boehm* did not deal specifically with the concept of notoriety. It did, however, establish exceptions to the rule of full disclosure which go well beyond the natural and political perils stressed by the appellant.

In *Carter v. Boehm*, the insured had obtained insurance against the loss of Fort Marlborough, a manufacturing settlement which, despite its name, was not a military fortification which could repel an attack by European forces. It was merely designed to withstand attacks from the native tribes of Sumatra. The state and condition of the fort had not been disclosed to the insurer. The fort was taken by French troops, and it was subsequently alleged that failure to disclose the weakness and vulnerability of the fort constituted material concealment. Lord Mansfield dismissed this argument on the basis that the underwriter either knew or ought to have known about the state of the fort. First, Lord Mansfield accepted the contention that the general condition and state of Fort

blements de terre, etc. Il est tenu de connaître chacune des causes qui peuvent engendrer des périls politiques, depuis les querelles de guerre entre États et leurs conséquences. Il est tenu de connaître la probabilité de sûreté en raison du maintien ou du rétablissement de la paix, de l'ineptie de l'ennemi, de la faiblesse de ses conseillers ou de leur manque de force, etc. [Je souligne.]

À partir de ce passage, l'appelante soutient que les faits notoires sont des faits dont l'existence est aussi bien connue que celle des périls naturels et politiques. De cette notion de notoriété découle une règle très stricte quant à la déclaration complète des faits selon laquelle les seuls faits dont la déclaration n'est pas obligatoire sont les faits connus de tous.

La décision de lord Mansfield dans l'arrêt *Carter v. Boehm* constitue une des premières formulations des règles relatives aux déclarations et réticences lors de la formation de contrats d'assurance et, plus précisément, des exceptions à la règle générale selon laquelle l'assuré doit déclarer tous les faits pertinents. À mon avis, l'appelante comprend mal cet arrêt en concluant que l'exception pour cause de notoriété doit se limiter aux périls naturels et politiques et, de façon générale, aux sujets connus de tous. En réalité, l'arrêt *Carter v. Boehm* ne porte pas précisément sur la notion de notoriété. Il consacre cependant des exceptions à la règle relative à la déclaration complète qui visent autre chose que les périls naturels et politiques sur lesquels l'appelante insiste.

Dans l'affaire *Carter v. Boehm*, l'assuré s'était assuré contre la perte du fort Marlborough, une colonie industrielle qui, en dépit de son nom, n'était pas un fort de guerre qui pouvait résister à l'assaut de troupes européennes. Il avait été conçu seulement pour résister aux attaques des indigènes de Sumatra. L'état du fort n'avait pas été déclaré à l'assureur. Les troupes françaises ont capturé le fort. Plus tard, on a soutenu que l'omission de déclarer la faiblesse et la vulnérabilité du fort constituait une réticence sur un fait pertinent. Lord Mansfield a rejeté cet argument parce que le souscripteur connaissait ou aurait dû connaître l'état du fort. D'abord, lord Mansfield a accepté l'affirmation que l'état général du fort Marlborough était [TRADUCTION] «de manière générale

Marlborough was “in general well known, by most persons conversant or acquainted with Indian affairs, or the state of the Company’s factories or settlements; and could not be kept secret or concealed from persons who should endeavour by proper inquiry, to inform themselves” (p. 1166). Lord Mansfield dismissed the allegations of concealment because the insurer did not use the “various ways” by which he could inform himself (p. 1167). The final remarks in the case cautioned that if the insurer’s view had been allowed to prevail, the rule on concealment would have been “turned into an instrument of fraud” employable by the insurer to blame the insured for failure to disclose facts which were in fact readily available to the insurer (p. 1169).

In my opinion, Lord Mansfield’s decision in *Carter v. Boehm* is not as definitive as the appellant maintains regarding the proper interpretation of the notoriety exception codified in art. 2486 C.C. The case does, however, provide a useful example of the dynamics involved in the gathering of material information by the insurer and the insured. The *Civil Code* provisions on representation and concealment show a sensitivity to those dynamics. I will return to the codal solution after considering the appellant’s other arguments based on pre-codification authorities.

Having asserted that the notion of public notoriety is limited to natural and political perils, the appellant has to find a way to explain and incorporate other cases which are cited in the authorities referred to by the Commissioners and which appear to extend the notion to include “[g]eneral news stated in the newspapers and open to all” and “the ordinary marine intelligence appearing in the gazettes”. See Kent, *op. cit.*, at p. 285, W. Phillips, *Treatise on the Law of Insurance* (1834), vol. II, at p. 85, and *Green v. Merchants’ Insurance Co.*, 27 Mass. (10 Pick.) 402 (1830), cited in Kent, *op. cit.*, at p. 285. The appellant claims that these authorities do not permit the conclusion that an insurance underwriter is presumed to know all that is published in newspapers without regard to their origin, their temporal connection to the insurance

bien connu de la plupart des personnes familières ou au courant des affaires des Indes ou de l’état des exploitations et colonies de la Compagnie; que cet état n’aurait pu être caché à quiconque se serait donné la peine de se renseigner par une enquête adéquate» (p. 1166). Lord Mansfield a rejeté les allégations de réticence parce que l’assureur n’avait pas eu recours aux [TRADUCTION] «différents moyens» par lesquels il aurait pu se renseigner (p. 1167). La conclusion de l’arrêt indique que si la prétention de l’assureur avait été acceptée, la règle relative aux réticences aurait pu [TRADUCTION] «devenir un moyen frauduleux» que l’assureur aurait pu utiliser pour reprocher à l’assuré d’avoir omis de déclarer des faits que l’assureur avait facilement le moyen de connaître (p. 1169).

Selon moi, l’avis de lord Mansfield dans l’arrêt *Carter v. Boehm* n’est pas aussi déterminant que l’appelante le prétend sur l’interprétation à donner à l’exception fondée sur la notoriété codifiée à l’art. 2486 C.c. L’arrêt donne cependant un exemple utile des situations respectives de l’assureur et de l’assuré à l’égard de la cueillette de renseignements pertinents. Les dispositions du *Code civil* relatives aux déclarations et réticences se révèlent sensibles à ces circonstances. Je reviendrai à la solution du Code après avoir examiné les autres arguments de l’appelante fondés sur la doctrine antérieure à la codification.

Après avoir soutenu que la notion de notoriété publique se limite aux périls naturels et politiques, l’appelante doit trouver un moyen d’inclure et d’expliquer les autres arrêts mentionnés dans la doctrine citée par les commissaires et qui semblent étendre cette notion aux [TRADUCTION] «[n]ouvelles publiées dans les journaux et accessibles à tous» et aux [TRADUCTION] «renseignements maritimes courants publiés dans les journaux spécialisés». Voir Kent, *op. cit.*, à la p. 285, W. Phillips, *Treatise on the Law of Insurance* (1834), vol. II, à la p. 85, et *Green v. Merchants’ Insurance Co.*, 27 Mass. (10 Pick.) 402 (1830), cité dans Kent, *op. cit.*, à la p. 285. L’appelante soutient que cette doctrine ne permet pas de conclure qu’un souscripteur d’assurance est présumé connaître tout ce qui se publie dans les journaux, sans égard à leur

application and the specificity of the information found therein. Instead, the appellant extracts the principle that an insurance underwriter has no obligation to search in newspapers for general information which might eventually be relevant to a risk which has not yet been proposed. I draw a different conclusion from the pre-codification authorities cited by the appellant. Taken together, these authorities indicate that an insurer was expected to know facts which went beyond political and natural perils and generally matters known to all and included a certain amount of information regarding the activity which was being insured.

In *Green v. Merchants' Insurance Co.*, *supra*, a case which was cited in many of the authorities referred to by the Commissioners (see Arnould, *op. cit.*, at p. 568; J. Duer, *The Law and Practice of Marine Insurance* (1846), vol. II, at pp. 481 and 554; Kent, *op. cit.*, at p. 285) the court held that the underwriters were presumed to know the marine intelligence concerning the movement of ships which appeared in the papers. Shaw C.J. stated at pp. 406-7:

It may be very true, that underwriters are not, under all circumstances, to be presumed to be acquainted with all the intelligence contained in the papers taken at their office. But the general presumption is, that the agents of the office will examine, with some care, those items of *marine* intelligence which are expressly designed speedily to diffuse information upon a subject so immediately interesting to them, especially in relation to vessels belonging to their own port.

The appellant argues that this case involved actual knowledge on the part of the insurer, and there is some basis for that conclusion. However, it also seems clear to me that the court's decision was consistent with the general proposition that the insurer should exercise care in keeping abreast of affairs in the milieu it insures.

Other cases discussed by the appellant are not inconsistent with this principle. In *Moses v. Delaware Ins. Co.*, 17 Fed. Cas. 891 (C.C.D. Pa. 1806) (No. 9,872), the evidence indicated that there had

origine, ni à leur lien temporel avec la demande d'assurance, ni au caractère spécifique des renseignements publiés. L'appelante y voit plutôt le principe qu'un souscripteur d'assurance n'a pas d'obligation de scruter les journaux à la recherche de nouvelles générales qui peuvent éventuellement avoir un rapport avec un risque qui ne lui a pas encore été proposé. J'arrive à une conclusion différente d'après la doctrine antérieure à la codification invoquée par l'appelante. Dans son ensemble, cette doctrine démontre qu'on s'attendait à ce qu'un assureur connaisse les faits qui débordent les périls naturels et politiques et les matières de commune renommée et qu'il possède une certaine information au sujet de l'activité qui fait l'objet de l'assurance.

Dans l'arrêt *Green v. Merchants' Insurance Co.*, précité, que citent de nombreux auteurs mentionnés par les commissaires (voir Arnould, *op. cit.*, à la p. 568, J. Duer, *The Law and Practice of Marine Insurance* (1846), vol. II, aux pp. 481 et 554; Kent, *op. cit.*, à la p. 285), la cour a statué que les souscripteurs étaient présumés connaître les renseignements maritimes relatifs aux mouvements des navires qui paraissent dans les journaux. Le juge en chef Shaw dit, aux pp. 406 et 407:

[TRADUCTION] Il se peut très bien qu'il ne faille pas présumer, en toutes circonstances, que les souscripteurs connaissent tous les renseignements mentionnés dans les journaux que le bureau reçoit. Il faut présumer de façon générale que les agents du bureau consulteront avec une certaine diligence les renseignements *maritimes* qui visent expressément à diffuser des données sur un sujet qui les intéressent de façon aussi immédiate, surtout ceux qui concernent les navires qui mouillent à leur propre port.

L'appelante soutient que cet arrêt porte sur la connaissance véritable de la part de l'assureur, et cette prétention n'est pas dénuée de fondement. Cependant, il me semble clair que l'arrêt de la cour peut aussi signifier que l'assureur doit faire preuve de diligence pour se tenir au courant des affaires dans le milieu qu'il assure.

Les autres arrêts invoqués par l'appelante ne sont pas incompatibles avec ce principe. Dans l'arrêt *Moses v. Delaware Ins. Co.*, 17 Fed. Cas. 891 (C.C.D. Pa. 1806) (No. 9,872), la preuve révélait

been several storms off the Carolina coastline and that this fact was known to the insurer. The insurer was not, however, aware of a particularly violent storm which had done great damage in the port to which the insured's ship was destined. Only the insured himself had this information, having obtained it by means of a letter. The court held that the insured was bound to provide the information to the insurer. Washington J. stated the following rule, at p. 892:

The rule is that the insured must disclose every fact, material to the risk, within his own knowledge, which the insurer does not know, or is not bound to know. They were not bound to know of the particular storm mentioned in this letter; and there is no evidence which brings home to them, in any respect, a knowledge of it. [Emphasis added.]

This result seems normal and proper given that the insured in that case had received particular information in a letter and naturally the insurer could not have access to the same. Presumably, if the "particular information" had been more readily accessible to the insurer the decision of the court would have been different.

In *Alsop v. Commercial Ins. Co.*, 1 Fed. Cas. 564 (C.C.D. Mass. 1833) (No. 262), a question arose as to whether the insured had misrepresented or concealed a material fact, namely the arrival of the ship which was the object of the insurance policy. In considering the insurer's claim of misrepresentation or concealment, the court made the following observations, at p. 567:

That a misrepresentation or a concealment, to avoid the policy, must be of some fact, material to the risk, and important to guide the underwriter, not only as to the premium he should ask, but also whether he should underwrite at all. In regard to a concealment, there was this additional ingredient, that the fact must be of such a nature, as that the underwriters must be presumed to trust to the assured for information respecting it; and the concealment must be of facts not equally open to the knowledge of both parties, but peculiarly or exclusively within the knowledge of the assured. Facts of a public nature, such as the length of voyages, the course of trade and navigation, the chances of peace and war, the different effects of different seasons of the year on the risk, and other circumstances of a political or general

qu'il y avait eu plusieurs tempêtes le long des côtes de la Caroline et que ce fait était connu de l'assureur. L'assureur n'était pas cependant au courant de l'existence d'une tempête particulièrement violente qui avait fait beaucoup de dégâts au port vers lequel le navire assuré se dirigeait. Seul l'assuré lui-même possédait ces renseignements, les ayant obtenus par lettre. La cour a statué que l'assuré était tenu de déclarer ces renseignements à l'assureur. Le juge Washington énonce la règle suivante, à la p. 892:

[TRADUCTION] La règle veut que l'assuré déclare tous les faits pertinents au risque qu'il connaît et que l'assureur ne connaît pas ou n'est pas tenu de connaître. Il n'était pas tenu de connaître la tempête précisée mentionnée dans la lettre, il n'y a aucun élément de preuve qui puisse indiquer qu'il la connaissait. [Je souligne.]

Cette conséquence semble normale et dans l'ordre puisque l'assuré, en ce cas, avait obtenu des renseignements particuliers dans une lettre à laquelle, naturellement, l'assureur n'avait pas accès. Il faut présumer que si «les renseignements particuliers» avaient été facilement accessibles à l'assureur, la décision de la cour aurait été différente.

Dans l'arrêt *Alsop v. Commercial Ins. Co.*, 1 Fed. Cas. 564 (C.C.D. Mass. 1833) (No. 262), la question était de savoir s'il y avait eu fausse déclaration ou réticence de la part de l'assuré concernant un fait pertinent, c'est-à-dire l'arrivée du navire qui faisait l'objet de l'assurance. Dans l'analyse de la prétention de l'assureur qu'il y avait eu fausse déclaration ou réticence, la cour fait observer ce qui suit, à la p. 567:

[TRADUCTION] Pour que la fausse déclaration ou la réticence donne lieu à l'annulation de la police, il faut qu'elle porte sur un fait qui est pertinent au risque et qui est d'intérêt pour le souscripteur, non seulement pour établir la prime qu'il doit exiger, mais aussi pour savoir s'il doit même assurer contre le risque. Pour ce qui est des réticences, il faut un élément supplémentaire, c'est-à-dire que le fait soit de nature telle qu'il faut présumer que le souscripteur a fait confiance à l'assuré pour ce qui est de fournir les renseignements qui s'y rapportent; les réticences doivent porter sur des faits qui ne sont pas également accessibles aux deux parties, mais qui sont particulièrement ou exclusivement connus de l'assuré. Même s'ils sont pertinents au risque, les faits de notoriété comme la durée des voyages, les routes du

nature, however material they might be to the risk, were supposed to be equally within the reach of both parties; and therefore the assured, even if he had superior skill, was not bound to disclose any thing respecting them. The underwriters are not presumed to trust him in such matters, but to rely on their own means of information and judgment.

This case reveals once again the importance of notions such as public availability of information and the presumption that the underwriter will be assumed to have taken the necessary steps to obtain such information. As in *Carter v. Boehm*, the information which was at the underwriter's disposal went beyond political and natural perils and included matters relevant to the particular trade, milieu or industry. Put another way, the court considered the knowledge of and availability of information from the point of view not of the general public but of the underwriter. In the *Alsop* case, *supra*, at p. 567, the court stated that the information regarding arrivals and departures in the ports was available to the underwriter in the daily newspaper and that it was natural for the insured to assume that the underwriters were informed:

What could be more natural, then, for a person desirous of procuring insurance in Boston, than to presume the underwriters acquainted with arrivals at Boston, and the neighbouring ports, it being usual to publish such facts, and for the underwriters to take notice of them?

In my view, the appellant's conclusions based on the pre-codification authorities are not warranted. I can find no consensus in those authorities regarding a notoriety exception which is limited to natural and political perils, nor can I see that the exception must be measured according to that which is known to the general public.

The respondent sets out numerous pre-codification authorities which were consulted by the Commissioners and which support the conclusion that notoriety is judged from the point of view of an underwriter and that it generally takes in well-

commerce et de la navigation, les chances de paix et les risques de guerre, les conséquences des différentes saisons de l'année sur le risque et d'autres circonstances de nature générale ou politique, sont tenus pour également accessibles aux deux parties; alors même si l'assuré est plus habile, il n'est tenu de rien déclarer à leur sujet. Les souscripteurs ne sont pas présumés s'en remettre à lui dans de tels cas, mais se fier à leurs propres moyens de se renseigner et de juger.

Cet arrêt fait ressortir encore une fois l'importance des notions d'accessibilité des renseignements pour le public et de présomption que le souscripteur est censé avoir pris soin d'obtenir ces renseignements. Comme dans l'arrêt *Carter v. Boehm*, les renseignements accessibles au souscripteur allaient au-delà de ce qui concerne les périls naturels et politiques et englobaient des sujets pertinents relativement à un commerce, un milieu ou une industrie particulière. Autrement dit, la cour a jugé la connaissance et l'accessibilité des renseignements non en fonction du grand public mais en fonction du souscripteur. Comme dans l'affaire *Alsop*, précitée, à la p. 567, la cour a affirmé que les renseignements relatifs aux arrivées de navires au port et leurs départs de celui-ci étaient accessibles au souscripteur par les quotidiens et qu'il était naturel que l'assuré présume que les souscripteurs les connaissaient:

[TRADUCTION] Quoi de plus naturel, alors, pour une personne désireuse de souscrire de l'assurance à Boston de présumer que les souscripteurs connaissaient les arrivées de navires au port de Boston et dans les ports voisins, puisque ces renseignements étaient ordinairement publiés à la connaissance des souscripteurs.

À mon avis, les conclusions que l'appelante tire de la doctrine antérieure à la codification ne sont pas fondées. Je ne puis trouver de constante dans cette doctrine au sujet d'une exception fondée sur la notoriété qui la limiterait aux périls naturels et politiques, non plus y voir que l'exception doit être évaluée en fonction de ce qui est connu du grand public.

L'intimée cite une doctrine abondante datant d'avant la codification que les commissaires ont consultée et qui permet de conclure que la notoriété se juge du point de vue d'un souscripteur et

known facts which are open to or available to those who are particularly interested in them.

Marshall, *op. cit.*, at p. 270, stated:

Every underwriter may fairly be presumed to be fully conversant in the usual course of the trade, on which he becomes an insurer; and he will be bound by the usage of such trade, as much as if it were particularly inserted in the policy.

Marshall, *op. cit.*, at p. 473, expressed himself similarly in stating that “the underwriter is bound to take notice of the general usage of trade, even though it be not uniform; and therefore the insured need not communicate it”. Arnould, *op. cit.*, at p. 556, was also of the view that in addition to the political state of the world, the underwriter could be presumed to know something of the “standing mercantile regulations” in particular countries as well as “the risk and embarrassment affecting the course of trade contemplated by the insurance”. The most elaborate treatment of this subject can be found in Duer, *op. cit.*, at pp. 557-58:

The assured is not bound to make any communication, in the first instance, respecting facts which the underwriter ought to know, and of which, for this reason, the law imputes to him the actual knowledge. The presumption of law, in the cases comprehended by this rule, is conclusive and absolute. . . . The facts to be considered, are truly said to be such, as the underwriter *ought* to know, since they constitute that species of knowledge, which, in the exercise of ordinary diligence, he must acquire, as essential to an intelligent discharge of the appropriate duties of his business, or profession. As the assured has a right to believe, that the underwriter possesses this knowledge; it would be plainly unjust, to permit the latter to defeat the contract, by an avowal of his ignorance. The errors that, in such cases, may arise from his ignorance, are justly attributable to his own negligence, to the want of that ordinary care and diligence, that the nature of his employment requires; and not to any intentional deceit or violation of duty on the part of the assured.

Duer then elaborated on what the underwriter could be expected to know. He began with the political and natural perils that were intended to be covered by the policy, and here he cited the opinion of Lord Mansfield in *Carter v. Boehm* as authority. He then stated that there was a “third

qu'elle englobe les faits bien connus qui sont accessibles à ceux qui s'y intéressent.

Marshall, *op. cit.*, dit, à la p. 270:

[TRADUCTION] Il est permis de présumer que tout souscripteur connaît très bien les usages du commerce qu'il assure et que cette connaissance lui en sera imputée tout autant que si ceux-ci étaient expressément inscrits dans la police.

b Marshall, *op. cit.*, exprime la même idée, à la p. 473, en disant que [TRADUCTION] «le souscripteur est tenu de connaître les usages du commerce, même s'ils ne sont pas uniformes et, en conséquence, l'assuré n'est pas tenu de les lui déclarer». Arnould, *op. cit.*, est aussi d'avis, à la p. 556, qu'il est possible de présumer qu'en plus de connaître l'état politique du monde, le souscripteur connaît jusqu'à un certain point, [TRADUCTION] «les règles qui régissent le commerce» dans certains pays de même que [TRADUCTION] «les risques et les aléas qui se rapportent au commerce visé par l'assurance». Le traitement le plus complet de ce sujet se trouve dans Duer, *op. cit.*, aux pp. 557 et 558:

[TRADUCTION] L'assuré n'est pas tenu de déclarer, dans une première étape, les faits que le souscripteur devrait connaître et dont la loi, pour cette raison, lui impute la connaissance. La présomption de droit, dans les cas visés par cette règle, est définitive et irréfutable. [...] Les faits en cause sont tenus pour tels que le souscripteur *est* censé les connaître puisqu'ils constituent la sorte de connaissance qu'il est tenu d'acquérir avec une diligence raisonnable vu qu'ils sont essentiels à l'exécution éclairée des obligations de son état ou profession. Puisque l'assuré a le droit de croire que le souscripteur possède cette connaissance, il serait tout simplement injuste de permettre à celui-ci d'annuler le contrat en invoquant sa propre ignorance. Les erreurs qui peuvent ainsi se produire à cause de son ignorance sont, en justice, attribuables à sa négligence, à l'absence de diligence et de précaution normale que la nature de son emploi exige et non à une fraude intentionnelle ou à une faute de la part de l'assuré.

Duer explique ensuite ce qu'un souscripteur est censé connaître. Il commence par mentionner les périls naturels et politiques inclus dans la couverture de la police et il invoque l'avis de lord Mansfield dans l'arrêt *Carter v. Boehm* comme jurisprudence. Il dit alors qu'il existe une troisième

class”, which grouped together some of the matters identified in the authorities discussed above (at p. 562):

There is a third class of cases, not exclusively referable to either of the preceding [i.e. political and natural perils], in which the facts, as general, permanent, and notorious, are equally presumed to be known to the underwriter. I refer to the usages of trade . . .

Though the authorities referred to above were consulted by the Commissioners and presumably formed part of the “rules common to the law of insurance in all countries”, the appellant is correct in pointing out that the Commissioners referred specifically to only two authorities—Kent and Phillips—in the notes to what eventually became art. 2486 C.C. If one consults the pages to which the Commissioners referred, one finds statements similar to those quoted above regarding the presumption as to what underwriters could be expected to know. In particular, Kent stated, at pp. 285-86:

The underwriter is bound to know the nature and general course of the trade and of the voyage, and he assumes that kind of knowledge at his peril. The general rule is, that all facts material to the risk, and known to the one party and not to the other, must be disclosed when the policy is to be effected; and they must be fully and fairly disclosed. But if the subject on which disclosures would otherwise be requisite, be covered by a warranty, either express or implied, in that case it need not become a matter of representation. It is likewise sufficient in the case of a representation, that it be equitably and substantially complied with . . . [Emphasis added.]

The appellant does not discuss Phillips. Phillips’ comments were similar to those of Kent, although the former provided more detailed examples of the facts which an underwriter might be expected to know. Phillips began with the general statement that “[t]he underwriter is presumed to know the particular usages of the trade and the local situation and circumstances of the ports comprehended within the voyage” (Phillips, *op. cit.*, vol. I, 1823, p. 88). He cited, by way of example, the case of *De Longuemere v. N.Y. Fire Ins. Co.*, 10 Johns. 120 (N.Y. 1813), where an underwriter was expected to know that the port of Sisal did not have a harbour, and this despite the fact that “trade was

catégorie qui regroupe certains des sujets mentionnés dans la doctrine mentionnée plus tôt (à la p. 562):

[TRADUCTION] Il existe une troisième catégorie de cas, qui ne correspond pas exactement aux deux catégories précédentes [c’est-à-dire les périls naturels et politiques], pour laquelle les faits, parce qu’ils sont universels, permanents et notoires, sont présumés connus du souscripteur. Je veux parler des usages du commerce . . .

Bien que les commissaires aient pris connaissance de la doctrine mentionnée plus tôt et que celle-ci ait fait partie des «règles sur l’assurance communes au droit de tous les pays», l’appelante a raison de signaler que les commissaires ne mentionnent expressément que deux auteurs—Kent et Phillips—dans les notes de ce qui est devenu finalement l’art. 2486 C.c. Si on lit les pages que les commissaires ont mentionnées, on trouve des énoncés semblables à ceux que j’ai cités au sujet de ce que le souscripteur est présumé connaître. Plus précisément, Kent dit aux pp. 285 et 286:

[TRADUCTION] Le souscripteur est tenu de connaître la nature et le déroulement général du commerce et du voyage, et il prend à charge ce genre de connaissance à ses risques. En vertu de la règle générale, tous les faits pertinents au risque qui sont connus d’une partie et non de l’autre doivent être déclarés au moment de souscrire la police; ils doivent être déclarés pleinement et franchement. Mais si le sujet dont la déclaration serait autrement obligatoire fait l’objet d’une garantie expresse ou présumée, alors il n’est plus nécessaire de le déclarer. De même il suffit, pour une déclaration, qu’elle représente le fait de façon équitable et en substance . . . [Je souligne.]

L’appelante n’a pas abordé le renvoi à Phillips. Les commentaires que Phillips fait ressemblent à ceux de Kent, bien qu’il donne des exemples plus précis des faits que le souscripteur pourrait être présumé connaître. Phillips commence par l’énoncé général que [TRADUCTION] «[l]e souscripteur est présumé connaître les usages particuliers du commerce et la situation et les particularités des ports compris dans le voyage» (Phillips, *op. cit.*, vol. I, 1823, p. 88). Il donne, à titre d’exemple, l’affaire *De Longuemere v. N.Y. Fire Ins. Co.*, 10 Johns. 120 (N.Y. 1813), dans laquelle un souscripteur était censé savoir que le port de Sisal ne possédait pas de havre, et cela même si [TRADUCTION]

recent at the time of making the insurance” (p. 88). Phillips quoted the judge in that case who stated that “the assured was not bound to communicate to the underwriters his knowledge of Sisal. This was a matter of general notoriety, equally open to the knowledge of both parties, and which both must be presumed equally to know” (p. 88). Phillips also cited a case where the underwriter was “bound . . . to take notice of the usage” in a foreign port involving the practice of loading ships outside the port bar, and yet another where the underwriter should have inquired as to the usual mode of landing goods in Jamaican ports. The most striking example in Phillips is the case of a vessel, insured for one voyage, which made an intermediate voyage about which the insurer was not informed. This was apparently the practice which prevailed in Newfoundland voyages, and Phillips quoted passages from two cases where it was decided that the insured was not bound to state this to the underwriters (at p. 89):

Lord Ellenborough said, ‘The underwriter must refer himself to the usage of the trade, which he is bound to know;’ ‘Is it notorious that ships in this trade upon their arrival at Newfoundland, are either employed in *banking*, or take an intermediate voyage? If so, it must be presumed to be equally in the knowledge of both parties.’ [Citations omitted.]

The Test in Art. 2486 C.C.

The authorities consulted by the Commissioners point to an interpretation of notoriety which does not sit easily with the definition proposed by the appellant. Questions of notoriety were dealt with from the point of view of the underwriter and the insured, not merely from the point of view of the general public, even a well-informed public. Knowledge regarding the construction of forts in Sumatra, the custom of the trade in far away ports such as Sisal, Jamaica and Newfoundland, and even the marine intelligence as found in the specialised and daily papers were not matters considered in terms of what the well-informed member of the public would know. These matters were specially relevant to the particular insured and its underwriter, and, in my opinion, it is from

«cette destination était nouvelle au moment de contracter l’assurance» (p. 88). Phillips cite les paroles du juge dans cette affaire-là qui dit [TRANSDUCTION] «l’assuré n’était pas tenu de déclarer aux souscripteurs ce qu’il savait au sujet de Sisal. Ce sujet était de notoriété générale et également accessible aux deux parties, qui devaient, toutes les deux, être présumées le connaître» (p. 88). Phillips cite aussi une affaire où le souscripteur était [TRANSDUCTION] «tenu [. . .] de prendre connaissance de l’usage pratiqué» dans un port étranger qui consistait à charger les navires au-dessus de la barre de bâbord, et une autre affaire encore dans laquelle le souscripteur aurait dû se renseigner sur la façon ordinaire de charger les marchandises dans les ports de la Jamaïque. L’exemple le plus frappant que donne Phillips est celui d’un navire, assuré pour un voyage, qui a effectué un voyage intermédiaire dont l’assureur n’était pas avisé. Apparemment, cette pratique avait cours dans les voyages à Terre-Neuve et Phillips cite deux affaires où il a été décidé que l’assuré n’était pas tenu de signaler ce fait aux souscripteurs (à la p. 89):

[TRANSDUCTION] Lord Ellenborough dit: «Le souscripteur doit se renseigner au sujet des usages du commerce, qu’il doit connaître;» «Il est notoire qu’à leur arrivée à Terre-Neuve, les navires dans ce service sont utilisés soit pour la pêche sur les bancs soit pour un voyage intermédiaire. Si c’est vrai, il faut présumer que les deux parties le savaient.» [Renvois omis.]

Le critère de l’art. 2486 C.c.

La doctrine consultée par les commissaires donne une interprétation de la notoriété qui s’inscrit mal dans le cadre de la définition que l’appellante propose. Les questions relatives à la notoriété ont été traitées selon la perspective de l’assureur et celle de l’assuré, et non simplement en fonction du grand public, voire d’un public bien informé. La connaissance concernant la construction des forts à Sumatra, la coutume en matière de commerce dans des ports éloignés comme Sisal, la Jamaïque et Terre-Neuve et même les renseignements maritimes qui se trouvent dans les journaux spécialisés et dans les quotidiens n’étaient pas des questions examinées en fonction des connaissances d’un membre bien informé du public. Ces questions étaient particulièrement significatives à l’égard de

that point of view that “notoriety” in art. 2486 *C.C.* is to be considered.

The matter of public availability was also viewed in this narrower context. As the authorities indicate, the equal availability of facts to the insured and to the underwriter justified the rule that the latter be expected to know such facts. Private or more obscure facts required different treatment. Without full and fair disclosure by the insured of these facts, even the diligent underwriter would be inadequately informed of facts material to the risk. The appellant seems to suggest that the *Civil Code* provisions on insurance require that both parties have actual knowledge of material facts, and that the public notoriety exception simply states that matters which are known by all are also considered known to the insurer. This does not, in my view, give an accurate picture of “public character and notoriety”.

The pre-codification authorities indicate that it is not a general principle of insurance that both insured and insurer must possess equal actual knowledge. On the contrary, it appears that if the insurer does not keep abreast of facts which are available and customary or well known in the field which it insures, then it ignores these facts at its peril, and the law does not require the insured to make up for the insurer’s lack of diligence. Of course, the insurer is not actually engaged in the trade or activity which it insures, and there is a natural limit to that which should be well known to the insurer. In my view, art. 2486 *C.C.* represents an attempt to define that limit. It appears to me to be quite clear that this limit includes but extends beyond that which is notorious to the general public or even to the well-informed individual. However, it stops short of information which is perhaps notorious to those within the trade, industry or activity which is being insured but not normally accessible or available to those who operate on the periphery.

l’assuré particulier et de son souscripteur, et à mon avis, c’est dans ce cadre que la «notoriété» que prévoit l’art. 2486 *C.c.* doit être examinée.

a La question de l’accessibilité des renseignements pour le public a également été examinée dans ce contexte plus restreint. Comme l’indique la doctrine, l’accès égal aux faits par l’assuré et l’assureur justifiait la règle selon laquelle on devrait s’attendre à ce que ce dernier connaisse ces faits. Des faits privés ou plus cachés exigeaient un traitement différent. Sans déclaration pleine et franche de ces faits par l’assuré, même un assureur diligent ne serait pas adéquatement informé des faits pertinents au risque. L’appelante semble dire que les dispositions du *Code civil* en matière d’assurance exigent que les deux parties aient une connaissance réelle des faits pertinents, et que l’exception de notoriété publique indique simplement que les questions qui sont connues de tous sont également considérées comme aussi connues de l’assureur. À mon avis, cela ne donne pas une idée exacte de ce que sont le «caractère public» et la «notoriété».

La doctrine antérieure à la codification indique qu’il n’existe pas de principe général en matière d’assurance qui obligerait l’assuré et l’assureur à avoir une connaissance réelle égale des faits. Au contraire, il ressort que si l’assureur ne s’informe pas de faits qui sont accessibles et conformes à l’usage ou bien connus dans le domaine qu’il assure, il ignore ces faits à ses propres risques et le droit n’exige pas que l’assuré compense l’absence de diligence de l’assureur. Évidemment, l’assureur n’exploite pas effectivement le commerce ou l’entreprise qu’il assure et il existe une limite naturelle à ce qu’il doit bien connaître. À mon avis, l’art. 2486 *C.c.* représente une tentative de définir cette limite. Il me paraît assez clair que cette limite englobe ce qui est bien connu du grand public ou même d’une personne bien informée, mais qu’elle va plus loin que cela. Toutefois, elle ne vise pas les renseignements qui sont peut-être bien connus des initiés du commerce, de l’industrie ou de l’activité qui fait l’objet de l’assurance, mais qui ne sont normalement pas accessibles ou disponibles pour ceux qui travaillent à la périphérie de cette activité.

It is difficult to define the limits of the art. 2486 C.C. exception with great precision, and I do not think that there is any need to do so. The “public character and notoriety” of art. 2486 C.C. provides a flexible test which can apply to different types of risks and which can also keep step with the evolution of the insurance business.

How, then, is the broad, adaptable test in art. 2486 C.C. to function? It seems clear that the insured need not say what everybody knows but that it must disclose material facts which are only known by the insured itself. There is a continuum between those two types of facts and a point at which disclosure by the insured becomes unnecessary. This Court is called upon to interpret the test set out in *Civil Code* art. 2486 and to determine whether the information contained in the Selikoff Reports falls beyond the point where disclosure by the insured is no longer necessary.

In my opinion, the “notoriety” in art. 2486 C.C. provides a standard by which to measure the level of knowledge which should exist between interested parties. The provisions governing insurance contracts in the *Civil Code* are clearly intended to regulate the contractual relationship between the insurer and the insured. A fact may very well be notorious amongst insurers who manage particular risks in any given industry without achieving such a degree of notoriety in the general population. The interpretation proposed by the appellant is certainly incongruous because it would cause facts which should be known by a competent insurer to be excluded from the sphere of presumptive knowledge prescribed by art. 2486 C.C. I cannot agree with this interpretation.

In my opinion, art. 2486 C.C. was intended to alleviate the evidentiary problems which would be caused by a requirement that the insured prove that the insurer had actual knowledge of a fact that the insured failed to disclose. Article 2486 C.C. requires an evaluation of what an insurer can be presumed to know about the risk covered by the policy. This article must also be interpreted in light of the principle that the contract of insurance is an *uberrimae fidei* contract. The expression

Il est difficile de définir les limites de l'exception que prévoit l'art. 2486 C.c. avec une grande précision et je ne crois pas qu'il soit nécessaire de le faire. L'expression «caractère public et [...] notoriété» de l'art. 2486 C.c. fournit un critère souple qui peut s'appliquer à différents genres de risques et qui peut également s'adapter à l'évolution du commerce de l'assurance.

Alors, de quelle manière le critère large et souple de l'art. 2486 C.c. s'appliquera-t-il? Il semble manifeste que l'assuré n'est pas tenu de déclarer ce que tout le monde connaît, mais il doit déclarer les faits pertinents qu'il est seul à connaître. Il y a un continuum entre ces deux catégories de faits et il existe un point où la déclaration par l'assuré devient inutile. On demande à notre Cour d'interpréter le critère énoncé dans l'art. 2486 du *Code civil* et de déterminer si les renseignements contenus dans les rapports Selikoff se situent au-delà du point où la déclaration par l'assuré n'est plus nécessaire.

À mon avis, l'expression «notoriété» dans l'art. 2486 C.c. prévoit une norme qui permet de mesurer le niveau de connaissance qui devrait exister entre les parties intéressées. Les dispositions du *Code civil* relatives aux contrats d'assurance visent manifestement à régir les rapports contractuels de l'assureur et de l'assuré. Un fait peut très bien être notoire chez les assureurs qui s'occupent de risques précis dans une industrie particulière, sans atteindre un tel degré de notoriété dans le grand public. L'interprétation que l'appelante propose est à tout le moins étrange puisqu'elle a comme conséquence d'exclure de l'objet de la présomption édictée à l'art. 2486 C.c. les faits qu'un assureur compétent devrait connaître. Je ne puis accepter cette interprétation.

À mon avis, l'art. 2486 C.c. était destiné à pallier les problèmes de preuve qu'aurait entraîné l'obligation pour l'assuré de faire la preuve que l'assureur connaissait effectivement un fait non déclaré par l'assuré. L'article 2486 C.c. exige une évaluation de ce qu'un assureur est présumé connaître au sujet du risque couvert par la police. Cet article doit également s'interpréter en fonction du principe que le contrat d'assurance est un contrat qui repose sur la bonne foi la plus totale. L'expres-

“public character and notoriety” was certainly not intended to allow insurers to complain about non-disclosure of a widely known fact where the insurer underwrites the risk blindly or without adequate knowledge of the industry.

On the other hand, it would be unreasonable to require an insurer to have knowledge of every technical aspect of an industry notwithstanding the notoriety of such facts in the industry itself. Article 2486 *C.C.* is intended to reach a proper balance between the insured’s duty to disclose all relevant facts and the insurer’s duty to act in good faith in acquiring the level of knowledge which can be reasonably expected of an insurer.

In my opinion, the relevant standard by which the notoriety of the undisclosed fact must be assessed is that of the reasonably competent underwriter insuring similar risks in the industry covered by the policy. Thus, art. 2486 *C.C.* protects the insured against the ignorance of an insurer who enters a new market without the most basic, publicly available and generally known information about the risks covered by the policy.

In the present case, this Court must determine whether the nature and severity of the risks associated with the use of asbestos and revealed in the Selikoff Reports should have been known, as a result of their notoriety, to a reasonably competent underwriter covering product liability risks in the asbestos industry. Such an underwriter, would of course, pay more attention to any public information concerning asbestos-related diseases than would the ordinary citizen reading or hearing the same news. It is important to note that an insurer can only be presumed to know facts as a result of their public character and notoriety and not as a result of their availability through a process of detailed research or in-depth investigation.

However, the respondent argues that the Insurer is expected to be aware of much more than what is prescribed by art. 2486 *C.C.* because the common law doctrine of presumed knowledge dictates that

sion «caractère public et [...] notoriété» n’était certainement pas destinée à permettre aux assureurs d’invoquer l’absence de déclaration d’un fait bien connu lorsque l’assureur assume le risque les yeux fermés ou sans connaissance adéquate de l’industrie en cause.

Par ailleurs, il serait déraisonnable d’exiger d’un assureur qu’il connaisse tous les aspects techniques d’une industrie malgré la notoriété de ces faits dans l’industrie elle-même. L’article 2486 *C.c.* visait un juste équilibre entre l’obligation de l’assuré de révéler tous les faits pertinents et celle de l’assureur d’agir de bonne foi en acquérant le niveau de connaissance qu’on peut raisonnablement espérer trouver chez un assureur.

À mon avis, la norme applicable pour juger de la notoriété d’un fait non déclaré est celle de l’assureur raisonnablement compétent qui assure contre des risques similaires dans l’industrie visée par la police. Par conséquent, l’art. 2486 *C.c.* protège l’assuré contre l’ignorance d’un assureur qui s’engage dans un nouveau marché sans être au courant des renseignements les plus fondamentaux, accessibles au public et généralement connus, au sujet des risques couverts par la police.

En l’espèce, notre Cour doit déterminer si un assureur raisonnablement compétent, qui assure contre les risques de responsabilité découlant du produit dans l’industrie de l’amiante, aurait dû connaître, en raison de leur notoriété, la nature et la gravité des risques associés à l’utilisation de l’amiante et révélés dans les rapports Selikoff. Un tel souscripteur apporterait évidemment plus d’attention aux renseignements diffusés dans le public concernant les maladies liées à l’amiante que ne le ferait le citoyen moyen qui lit ou entend ces nouvelles. Il est important de souligner qu’on peut seulement présumer qu’un assureur connaît les faits en raison de leur caractère public et de leur notoriété, et non en se fondant sur une disponibilité acquise par un processus de recherche détaillée ou d’enquête approfondie.

Toutefois, l’intimée soutient que l’Assureur est tenu d’être au courant de beaucoup plus de renseignements que ce qui est prescrit par l’art. 2486 *C.c.* parce que la théorie de common law de la

“the underwriter is presumed to know the industry he insures”. The respondent claims that this presumption is irrebuttable, *juris de jure*. As noted earlier, Boudreault J. rejected this argument entirely. Rothman J.A. preferred to express no firm opinion on the matter.

The respondent argues that the *Civil Code* is not exhaustive of Quebec civil law and that if the Commissioners had intended to exclude “such an ancient, universal and fundamental rule as that of presumed knowledge” then they would have said so clearly. This rule or doctrine is said to be recognized in many of the authorities that were consulted by the Commissioners and in the only case on the duty to disclose that was cited by them (*Casey v. Goldsmid* (1852), 2 L.C.R. 200 (Sup. Ct.), rev’d (1854), 4 L.C.R. 107 (Q.B., Appeal Side)).

In *Casey*, the plaintiff brought an action against the defendant insurance company claiming indemnification for losses sustained as a result of a fire. The defendants refused to indemnify, claiming that the premises insured were improperly and insufficiently described in the insurance policy, and that the policy was therefore null. In the Superior Court, Duval J. rejected the plaintiff’s action, stating that the insured must “communicate all facts that are material to the risk, and which are not known, or presumed to be known to the insurers” (p. 207) (emphasis added). The decision turned on the failure to disclose, and there was no further mention of presumed knowledge. Meredith J. agreed and spoke in similar terms regarding the insured’s duty “to disclose all material facts known to him, and of which the insurers may be presumed to be ignorant” (p. 209). Arnould, Boudousquié and Quenault, all authors referred to by the Commissioners, were cited by Meredith J., but only on the question of how to decide which facts are material. Later in the judgment, Meredith J. indicated that the facts which the plaintiff failed to disclose “must have been known to him, and cannot be supposed to have been known to the Defendants” (p. 210). Meredith J. noted that the consequences of failure to dis-

présomption de connaissance porte que [TRADUCTION] «l’assureur est présumé connaître l’industrie qu’il assure». L’intimée soutient que cette présomption est irréfragable. Comme je l’ai mentionné précédemment, le juge Boudreault a complètement rejeté cet argument. Le juge Rothman a préféré ne pas exprimer d’opinion ferme à ce sujet.

L’intimée soutient que le *Code civil* ne contient pas l’intégralité du droit civil du Québec et que si les commissaires avaient eu l’intention d’exclure [TRADUCTION] «une règle aussi ancienne, universelle et fondamentale que celle de la présomption de connaissance», alors ils l’auraient dit expressément. On a soutenu que cette règle ou théorie était consacrée dans un grand nombre d’ouvrages de doctrine consultés par les commissaires et dans le seul arrêt sur l’obligation de déclarer qu’ils ont cité (*Casey v. Goldsmid* (1852), 2 L.C.R. 200 (C.S.), inf. (1854), 4 L.C.R. 107 (B.R., Division d’appel)).

Dans l’arrêt *Casey*, le demandeur a intenté contre la compagnie d’assurances défenderesse une action en indemnisation pour des pertes subies par suite d’un incendie. Les défendeurs ont refusé d’indemniser, en soutenant que les locaux assurés avaient été insuffisamment et incorrectement décrits dans la police d’assurance et que la police était par conséquent nulle. En Cour supérieure, le juge Duval a rejeté l’action du demandeur, en disant que l’assuré doit [TRADUCTION] «faire part de tous les faits pertinents au risque qui ne sont pas connus ou présûmés connus des assureurs» (p. 207) (je souligne). La décision était fondée sur l’omission de déclarer des faits, mais elle ne comporte aucune autre mention de la présomption de connaissance. Le juge Meredith l’a confirmée et s’est exprimé en termes semblables à propos de l’obligation de l’assuré [TRADUCTION] «de déclarer tous les faits pertinents dont il a connaissance et que l’assureur peut être censé ne pas connaître» (p. 209). Le juge Meredith cite Arnould, Boudousquié et Quenault, tous des auteurs mentionnés par les commissaires, mais seulement sur la question de déterminer quels faits sont pertinents. Plus loin dans l’arrêt, le juge Meredith indique que les faits que le demandeur a omis de déclarer [TRADUCTION] «devaient être connus de lui, mais on ne

close material facts are the same “whether the suppression of the truth arise[s] *from fraud*, or merely from negligence, mistake or accident” (p. 210). He noted that the law of France and the law of England agree on this point and cited Arnould, Alauzet, Phillips and Quenault, all of whom were later cited by the Commissioners as authority for this same point. The issue of presumed knowledge was not discussed in any detail nor was any authority mentioned which related to the doctrine. In the Court of Appeal, the decision was reversed, the court holding that there had not been an inaccurate description of the insured premises. Nothing was said regarding the doctrine of presumed knowledge. I conclude that the respondent cannot rely on this case as proof that a legal doctrine of the insurer’s presumed knowledge existed in Quebec prior to the codification.

I have also consulted the commentaries and cases which are referred to by the respondent, and I can find no distinct rule or doctrine of presumed knowledge which is as far-reaching as the respondent claims and which can be said to have survived intact despite the codification of a rule based on “public character and notoriety” in art. 2486 *C.C.* In any event, the final provisions of the *Civil Code* indicate that the laws as they stood prior to the codification are replaced by an express provision on the particular matter to which such laws related (art. 2613 *C.C.*). As I have stated above, I read art. 2486 *C.C.* as providing a flexible solution to the problem of presumed knowledge based on the test of the reasonably competent underwriter insuring risks in the industry covered by the policy. Any notion such as presumed knowledge exists only in so far as it has been incorporated into this test.

Accordingly, the insurer will not be presumed always to know a fixed level of information regarding any and all industries which it might insure. The insurer will be presumed to know only those

peut pas supposer qu’ils étaient connus des défendeurs» (p. 210). Le juge Meredith fait remarquer que les conséquences de l’omission de déclarer des faits pertinents sont les mêmes [TRADUCTION] «que la dissimulation de la vérité découle *de la fraude*, de la simple négligence, d’une erreur ou d’un accident» (p. 210). Il fait remarquer que le droit, en France et en Angleterre, concorde sur ce point et cite Arnould, Alauzet, Phillips et Quenault, que les commissaires ont tous cités par la suite à titre d’autorités sur ce même point. La question de la présomption de connaissance n’a pas été abordée avec quelque précision et on n’a invoqué aucune source à l’appui de cette théorie. La Cour d’appel a infirmé cette décision, la cour ayant statué qu’il n’y avait pas eu d’imprécision dans la description des locaux assurés. Il n’y a eu aucune mention de la théorie de la présomption de connaissance. Je conclus que l’intimée ne peut se fonder sur cet arrêt comme preuve qu’il existait au Québec, avant la codification, une théorie juridique de la présomption de connaissance par l’assureur.

J’ai également consulté la doctrine et la jurisprudence mentionnées par l’intimée et je ne puis trouver de règle ou théorie distincte de la présomption de connaissance qui aurait une aussi grande portée que le prétend l’intimée et qui aurait été conservée intacte malgré la codification de la règle fondée sur «le caractère public» et «la notoriété» dans l’art. 2486 *C.c.* De toute façon, les dispositions finales du *Code civil* indiquent que les lois qui étaient en vigueur avant la codification sont abrogées par une disposition expresse sur le sujet particulier de telles lois (art. 2613 *C.c.*). Comme je l’ai mentionné précédemment, j’interprète l’art. 2486 *C.c.* comme s’il prévoyait une solution souple au problème de la connaissance par présomption en vertu du critère du souscripteur raisonnablement compétent qui assure contre des risques dans l’industrie visée par la police. Toute notion de présomption de connaissance n’existe que dans la mesure où elle est incorporée à ce critère.

Par conséquent, l’assureur ne sera pas toujours présumé connaître au même degré les renseignements concernant toutes les industries qu’il peut assurer. L’assureur sera présumé connaître seule-

facts which are publicly available and which would be notorious to the reasonably competent underwriter insuring similar risks in that industry. It may be that in an industry which is relatively new and secretive, such as the nuclear industry in the early years of its existence, a reasonably competent underwriter would be presumed to know little, and the insured will not be entitled to assume that the underwriter knows facts which may be commonly known in the industry but hidden from those outside. As insurers become more familiar with the industry and as information becomes publicly available, the insured will be able to assume that the underwriter is already aware of certain facts which are material to the risk, specifically those facts which would be notorious to the reasonably competent insurer.

In the maritime insurance field of the nineteenth century, we have seen that courts expected that the insurer would be aware of certain facts which were notorious to those in the activity of shipping and trade. The insuring of shipping interests had by then gone on for over a century, and the information regarding the risks involved could be obtained by well-known means. A marine insurer ignored such information at its peril. In my opinion, the same would be true of an insurer of asbestos industry risks who ignored information which was publicly available and well known to insurers in that industry.

There are two other subsidiary points which I propose to deal with before discussing how art. 2486 *C.C.* applies to the facts in this case.

The appellant raises a question as to the type of facts which can be considered notorious for the purpose of art. 2486 *C.C.* The appellant argues that even if certain information is notorious, the insured is not relieved of its duty to disclose information of a similar nature which is more detailed and therefore more relevant. I note first that the appellant has in mind a test of notoriety which extends no further than facts which are known by all. It seems obvious that such a limited definition would give rise to a great number of cases in which

ment les faits auxquels le public a accès et ceux qui seraient connus d'un souscripteur raisonnablement compétent qui assure contre des risques semblables dans cette industrie. Il se peut qu'à l'égard d'une industrie qui est relativement nouvelle et secrète, comme l'était l'industrie nucléaire dans les premières années de son existence, un souscripteur raisonnablement compétent soit présumé n'avoir que peu de connaissances, et que l'assuré ne puisse présumer que le souscripteur connaît des faits qui peuvent être couramment connus dans l'industrie, mais cachés à ceux qui n'en font pas partie. Quand les assureurs viennent à mieux connaître une industrie et quand les renseignements deviennent plus accessibles au public, les assurés peuvent présumer que le souscripteur est déjà au courant de certains faits pertinents à l'appréciation du risque, plus précisément les faits qui devraient être notoires pour un assureur raisonnablement compétent.

Nous avons vu que, dans le domaine de l'assurance maritime, au XIX^e siècle, les tribunaux s'attendaient à ce que l'assureur soit au courant de certains faits qui étaient notoires pour ceux qui s'occupaient d'expédition par eau et de commerce. L'assurance des intérêts en matière d'expédition par eau existait alors depuis plus d'un siècle et il existait des moyens connus de se renseigner au sujet des risques encourus. Un assureur maritime ignorait de tels renseignements à ses propres risques. À mon avis, il en est de même pour un assureur des risques de l'industrie de l'amiante qui ignore des renseignements accessibles au public et bien connus des assureurs de cette industrie.

Il y a deux autres questions accessoires que je me propose de traiter avant d'analyser l'application de l'art. 2486 *C.c.* aux faits de l'espèce.

L'appelante soulève un point au sujet de la catégorie de faits qui peuvent être considérés comme notoires aux fins de l'art. 2486 *C.c.* Elle soutient que même si certains renseignements sont notoires, l'assuré n'est pas déchargé de son obligation de déclarer le renseignement de même nature qui est plus détaillé et par conséquent plus pertinent. Je souligne tout d'abord que l'appelante a à l'esprit un critère de notoriété qui n'inclut que des faits qui sont connus de tous. Il semble évident qu'une définition aussi restrictive donnerait lieu à

the factual picture as depicted by (public) notoriety would be less detailed than that which could be provided by an insured. When, instead, notoriety is considered from the point of view of the reasonably competent underwriter, a situation of differing degrees of detail will arise less frequently. If a fact is publicly available and material to the types of risks that the insurer habitually covers or intends to cover in the future, then the information will no doubt be retained in whole and in the detail which is there provided, or, failing that, the source of the information will be noted.

In the present case, the appellant complains that it was unaware of the severity of the risks associated with the use of asbestos and that the detailed information in the Selikoff Reports was not notorious. In my opinion, art. 2486 C.C., properly interpreted, does not require that all of the statistics in the reports be widely known; it merely requires that the health hazard, and to a certain extent its severity, be well known to reasonably competent underwriters insuring similar risks. I hasten to point out that the trial judge did not consider all the detailed contents of the Selikoff Reports to be material. It was the "serious dangers of handling asbestos" (p. 726) that were said to be relevant. Once it can be said that the reasonably competent underwriter would have been aware that the handling of asbestos and asbestos products involves a serious danger, then it is up to the Insurer to consult, if it wishes, the publicly available information in order to find the exact statistics on the actual severity of the risk.

The appellant argues nonetheless that the insured must represent all facts which are not revealed in the picture depicted by public notoriety, interpreted, in the appellant's terms, as that which is known to all. I agree with the respondent that this argument would effectively eliminate any defence based on the notoriety of the facts which were not disclosed by the insured because it would, in this case, require that the Selikoff Reports be published in their entirety in the media. The noto-

un grand nombre de cas où l'ensemble des faits définis par la notoriété (publique) comporterait moins de détails que celui que l'assuré aurait pu fournir. Par contre, si la notoriété se définit en fonction d'un souscripteur raisonnablement compétent, il arrivera moins souvent que le niveau de détails soit différent. Si un fait est accessible au public et pertinent pour l'appréciation du genre de risque que l'assureur couvre habituellement ou qu'il a l'intention de couvrir à l'avenir, alors les renseignements seront évidemment retenus au complet et dans tous les détails alors fournis, sinon on en notera la source.

En l'espèce, l'appelante soutient qu'elle n'était pas au courant de la gravité des risques liés à l'utilisation de l'amiante et que les renseignements détaillés contenus dans les rapports Selikoff n'étaient pas notoires. À mon avis, l'art. 2486 C.c., convenablement interprété, n'exige pas que toutes les statistiques des rapports soient largement connues, il exige simplement que les risques pour la santé et, dans une certaine mesure, leur gravité, soient bien connus des souscripteurs raisonnablement compétents qui assurent contre des risques similaires. Je m'empresse de souligner que le juge de première instance n'a pas considéré tout le contenu détaillé des rapports Selikoff comme pertinent. Ce sont, a-t-il dit, [TRADUCTION] «les graves dangers découlant de la manipulation de l'amiante» (p. 726) qui sont pertinents. Lorsqu'on peut dire qu'un souscripteur raisonnablement compétent aurait su que la manipulation de l'amiante et des produits de l'amiante comportait un danger grave, alors il incombe à l'assureur de consulter, s'il le souhaite, les renseignements accessibles au public pour trouver les statistiques exactes sur la gravité réelle du risque.

L'appelante soutient néanmoins que l'assuré doit présenter tous les faits qui ne ressortent pas de l'image que reflète la notoriété publique, interprétée, selon la définition qu'en donne l'appelante, comme signifiant ce qui est connu de tous. Je conviens avec l'intimée que cet argument écarterait en fait tout moyen de défense fondé sur la notoriété des faits qui n'ont pas été déclarés par l'assuré parce qu'en l'espèce il exigerait que les rapports Selikoff aient été publiés au complet dans

riety of technical information would almost never be achieved if this type of information had to be widely known in its every detail.

I find that the section of the *Civil Code* on representation and concealment contains an indication of how the question of detailed or technical information should be treated. Article 2489 *C.C.* is particularly relevant, and it will be helpful to reproduce it here:

2489. The obligation of the insured, with respect to representation is satisfied when the fact is substantially as represented and there is no material concealment.

This provision describes the precision with which an insured will be expected to represent a fact. The description used by the insured must be substantially accurate and without material concealment. In my opinion, it is entirely appropriate to apply the same standard to the notoriety exception. There is no reason to assume that the insured's duty to disclose in relation to this exception is set at a higher level of precision than it is generally. I conclude that the insured will be relieved of its duty to disclose where material facts are substantially as depicted by virtue of public character and notoriety. Accordingly, an insurer cannot fault the insured for failing to disclose all the detailed information in its possession where the picture open and well known to a reasonably competent insurer substantially represents the facts.

If the Selikoff Reports were themselves notorious or if the facts regarding the serious dangers of asbestos were substantially as depicted by that which was publicly available and notorious to the reasonably competent underwriter, then the Insurer will have no basis for annulling the insurance policy.

Another subsidiary issue must be dealt with at this stage as it formed an important part of the trial judge's reasons. Boudreault J. ruled that notoriety in this case could not be gleaned from foreign media material. I respectfully disagree with that ruling and adopt the approach taken by the Court

les médias. Il ne pourrait presque jamais y avoir de notoriété des renseignements techniques si ce genre de renseignements devaient être largement connus dans tous leurs détails.

^a Je suis d'avis que la section du *Code civil* qui traite des déclarations et des réticences comporte une indication sur la manière dont il faut traiter la question des renseignements détaillés ou techniques. L'article 2489 *C.c.* est particulièrement pertinent et il sera utile de le reproduire ici:

2489. L'obligation de l'assuré en ce qui concerne les déclarations est suffisamment remplie si le fait est en substance tel que représenté et s'il n'y a pas de réticence importante.

^d Cette disposition décrit la précision avec laquelle on s'attend à ce qu'un assuré déclare un fait. La description utilisée par l'assuré doit être fidèle en substance et sans réticence importante. À mon avis, il convient tout à fait d'appliquer la même norme à l'exception de la notoriété. Il n'y a aucune raison de présumer que l'obligation de déclaration de l'assuré à l'égard de cette exception appelle un degré de précision plus grand qu'elle ne le fait en général. Je conclus que l'assuré est dégagé de son obligation de déclaration lorsque les faits pertinents correspondent, en substance, à ce qu'il en paraît selon ce qui est de caractère public et notoire. Par conséquent, un assureur ne peut imputer de faute à l'assuré parce qu'il n'a pas déclaré tous les détails qu'il avait en sa possession lorsque l'image accessible à un assureur raisonnablement compétent et bien connue de lui est, en substance, conforme aux faits.

^e Si les rapports Selikoff étaient eux-mêmes de notoriété publique ou si les faits relatifs aux graves dangers de l'amiante étaient, en substance, conformes à ce qui était accessible au public et notoires pour un assureur raisonnablement compétent, alors l'Assureur n'a pas de motif d'annuler la police d'assurance.

^f À ce stade, il convient de traiter également d'une autre question accessoire car elle constitue une partie importante des motifs du juge de première instance. Le juge Boudreault a conclu que la notoriété en l'espèce ne pouvait découler de documents publiés dans la presse étrangère. En toute

of Appeal. There are numerous reasons in this case which justify a preliminary assumption that the reasonably competent insurer would be very interested in foreign, especially American, newspapers, magazines, reports and manuals. The Policy provided for world-wide coverage for suits brought in Canada and continental United States. The Insured was a subsidiary of a U.S. company, and the great majority of its production was for the U.S. market. All of this would have been apparent from a cursory reading of the Policy and the Annual Report, the latter document being that of the U.S. parent of the Insured. Furthermore, it is not surprising that the type of insurer which is capable of taking on such large risks as that of asbestos mining and manufacturing with world-wide distribution is also an insurer with international connections or offices. The Insurer in the present case had offices in Canada and the United States.

I agree with the trial judge that the Court cannot assume that the Insurer has read and noted all of the "staggering" quantity of reading material which was put in evidence by the Insured. Rather, the Court must judge whether and to what extent the material is evidence of that which would have been notorious to a reasonably competent underwriter, and whether such material as was relevant would have rendered the Selikoff Reports notorious or provided a reasonably clear picture of the nature and severity of asbestos-related health risks.

With these considerations in mind, it will now be possible to consider the materials which have been placed in evidence and to assess the extent to which these contain facts which should have been notorious to the reasonably competent underwriter underwriting similar risks in the same industry in 1970 when the Policy was first formed.

As noted earlier, the trial judge based his assessment of "public notoriety" on the basis of a test

déférence, je ne puis souscrire à cette conclusion et je fais mienne la position adoptée par la Cour d'appel. Il existe de nombreux motifs en l'espèce qui justifient une conclusion préliminaire selon laquelle un assureur raisonnablement compétent s'intéresserait de très près aux journaux, aux revues, aux rapports et aux manuels étrangers, particulièrement ceux des États-Unis. La couverture de la police s'étendait au monde entier à l'égard des poursuites engagées au Canada et dans la zone continentale des États-Unis. L'Assurée était une filiale d'une société américaine et la grande majorité de sa production était destinée au marché des États-Unis. Tout ceci ressort d'une lecture superficielle de la police et du rapport annuel, ce dernier document étant celui de la société-mère de l'assurée aux États-Unis. De plus, il n'est pas étonnant que le genre d'assureur qui est en mesure d'assumer d'aussi grands risques que ceux d'opérations minières et manufacturières d'amiante réparties dans le monde entier est également un assureur disposant de liaisons et de bureaux internationaux. L'Assureur en l'espèce avait des bureaux au Canada et aux États-Unis.

Je fais mienne l'opinion du juge de première instance selon laquelle la Cour ne peut présumer que l'Assureur avait lu et examiné la quantité «stupéfiante» de documents présenté en preuve par l'Assurée. Notre Cour doit plutôt déterminer si et dans quelle mesure ces documents prouvent ce qui aurait dû être notoire pour un souscripteur raisonnablement compétent et si ces documents, dans la mesure où ils sont pertinents, font voir que les rapports Selikoff étaient de notoriété publique ou s'ils fournissent une image raisonnablement claire de la nature et de la gravité des problèmes de santé reliés à l'amiante.

En tenant compte de ces considérations, je peux maintenant examiner les documents qui ont été produits en preuve et évaluer dans quelle mesure ils contiennent des faits qui auraient dû être connus d'un assureur raisonnablement compétent assurant contre des risques similaires dans la même industrie en 1970 lorsque la police a été délivrée pour la première fois.

Comme je l'ai mentionné précédemment, le juge de première instance a fondé son évaluation de la

which limited the exception to matters which were publicly available and notorious to the general public. Rothman J.A. did not expressly reject this test although his analysis seems clearly to have been based on the idea that a minimum of diligence and professionalism should be expected of the insurer. He stated that facts which were well known within the industry were not notorious by that reason alone. The notoriety had to extend beyond the industry so as to be the type of information which could be well known to insurance underwriters as well. Rothman J.A. felt that all of the North American materials were potentially relevant, and in the end he concluded that the material in the Selikoff Reports was sufficiently public and notorious that an insurance underwriter ought to have known of its existence. If any precisions or details contained in the Reports had been required, the most superficial research would have brought forward such information. I am generally in agreement with the approach taken by Rothman J.A., and I have already set out my reasons for applying a test of notoriety from the point of view of the reasonably competent underwriter rather than the well-informed member of the general public. I turn now to the application of test to the facts of this case.

Application of the Test in Art. 2486 C.C. to the Facts

What would have been notorious to the reasonably competent underwriter insuring risks in the asbestos industry in 1970? The record indicates that none of the employees of the appellant who were called to testify at trial were at all aware of the health dangers associated with exposure to asbestos in 1970. The trial judge summarized this testimony at pp. 726-27 of his judgment:

All plaintiff's employees involved in the underwriting of the risk testified that in 1970 and in 1973 they knew little about the asbestos industry and even less about the existence and extent of any asbestos-related health-hazards. While the Court is dismayed by these employees' lack of attempts to fill in the gaps of their ignorance particularly considering the large coverage requested, it

«notoriété publique» sur un critère qui limitait l'exception à des sujets qui étaient accessibles au public et notoires pour le grand public. Le juge Rothman n'a pas expressément rejeté ce critère bien que son analyse semble clairement avoir été fondée sur l'idée que l'on doit s'attendre à un minimum de diligence et de professionnalisme de la part de l'assureur. Il a dit que des faits qui étaient bien connus de l'industrie n'étaient pas de notoriété publique pour cette seule raison. La notoriété devait s'étendre au-delà de l'industrie pour constituer le genre de renseignements que les souscripteurs d'assurance étaient susceptibles de bien connaître. Le juge Rothman était d'avis que tous les documents d'origine nord-américaine étaient susceptibles d'être pertinents et a, en fin de compte, conclu que le contenu des rapports Selikoff était suffisamment public et notoire pour qu'un souscripteur d'assurance doive en connaître l'existence. S'il était nécessaire d'obtenir des précisions ou des détails que les rapports comportaient, on pouvait les trouver par une recherche des plus superficielles. Dans l'ensemble je suis d'accord avec la démarche suivie par le juge Rothman et j'ai déjà énoncé les motifs qui m'amènent à appliquer un critère de notoriété en fonction du souscripteur raisonnablement compétent plutôt qu'en fonction d'un membre bien informé du grand public. J'examinerai maintenant l'application de ce critère aux faits de l'espèce.

Application du critère de l'art. 2486 C.c. aux faits

Qu'est-ce qui aurait été de notoriété publique pour le souscripteur raisonnablement compétent qui assurait contre des risques dans l'industrie de l'amiante en 1970? Le dossier indique qu'en 1970 aucun des employés de l'appelante qui ont été cités comme témoins à l'audience n'était au courant des risques pour la santé liés à l'exposition à l'amiante. Le juge de première instance a résumé ces témoignages aux pp. 726 et 727 de ses motifs:

[TRADUCTION] Tous les employés de la demanderesse qui avaient participé à la souscription du risque ont déposé qu'en 1970 et en 1973 ils savaient peu de choses de l'industrie de l'amiante et encore moins de l'existence et de l'étendue d'un risque pour la santé lié à l'amiante. Bien que la Cour soit consternée par le fait que ces employés n'aient pas tenté de combler les lacunes dues à

has no real reason to not accept their testimony in this regard.

Earlier in the judgment, Boudreault J. attributed even less knowledge to the appellant's underwriting team: "they all testified that they knew very little about asbestos and nothing whatsoever about asbestosis" (p. 726). The appellant's independent expert witnesses also stated that they had no knowledge of asbestos-related health risks in 1970.

The experts called by the respondent provided a different picture. The medical experts and officials within the asbestos industry could be expected to have specific knowledge regarding such health risks, but the insurance experts also professed to have had some knowledge of asbestos and asbestosis in 1970. One expert stated that he had first heard of asbestosis in the 1930s.

After reviewing the evidence, I find it difficult to believe that a reasonably competent insurer in the asbestos industry in 1970 would not have been aware of the type of risks alluded to in the Selikoff Reports. It seems clear from the journals, newspapers, magazines and manuals which are discussed in detail in the courts below that asbestos-related health risks had spread well beyond the boundaries of industry knowledge and were in wide public circulation. As stated earlier, the reasonably competent underwriter cannot be expected to know matters which are known only by those inside the industry. Naturally, even when information has moved into the public sphere it does not immediately acquire the status of notoriety even amongst competent underwriters in that industry. However, notoriety in that group will normally be reached well before it has been achieved in the public as a whole.

Boudreault J. was only concerned with notoriety in the public at large. Writing in 1985 he could say that by then the health hazards relating to

leur ignorance malgré l'ampleur de la couverture demandée, elle n'a aucune raison valable de ne pas admettre leur témoignage à cet égard.

^a Précédemment, dans ses motifs, le juge Boudreault impute à l'équipe de souscripteurs de l'appelante encore moins de connaissance: [TRADUCTION] «ils ont tous déposé qu'ils savaient très peu de choses au sujet de l'amiante et rien du tout concernant l'amiantose» (p. 726). Les témoins experts indépendants de l'appelante ont également dit ignorer l'existence de risques de santé liés à l'amiante en 1970.

^b Les experts cités par l'intimée ont brossé un tableau différent. On pouvait s'attendre à ce que les experts médicaux et les cadres de l'industrie de l'amiante aient une connaissance précise de tels risques pour la santé, mais les experts en matière d'assurance ont prétendu également posséder en 1970 une certaine connaissance de l'amiante et de l'amiantose. Un expert a dit qu'il avait entendu parler de l'amiantose pour la première fois dans les années 30.

^c Compte tenu de la preuve, j'ai du mal à croire qu'un assureur raisonnablement compétent dans l'industrie de l'amiante en 1970 n'aurait pas été au courant du genre de risques mentionnés dans les rapports Selikoff. Il paraît évident d'après les revues, les journaux, les magazines et les manuels dont il a été discuté en détail devant les tribunaux d'instance inférieure, que les risques pour la santé liés à l'amiante étaient connus non seulement dans l'industrie mais aussi parmi un large secteur du public. Comme je l'ai dit précédemment, on ne peut s'attendre qu'un souscripteur raisonnablement compétent soit au courant de faits qui ne sont connus que par les personnes à l'intérieur de l'industrie. Naturellement, même lorsque les renseignements sont entrés dans le domaine public ils ne deviennent pas immédiatement notoires même parmi les souscripteurs compétents dans cette industrie. Toutefois, ils seront normalement notoires pour ce groupe bien avant qu'ils ne le soient pour l'ensemble du public.

^d Le juge Boudreault s'est attaché à la seule question de la notoriété au sein du grand public. Écrivant en 1985, il pouvait dire qu'à ce moment-là, les

asbestos were notorious even to the general public (at p. 729):

Today, very few residents of this province and probably of this continent would not be aware of the existence of some health hazard related to asbestos and such existence would, in all probability, fall within the exception of article 2486 C.C. Of course, the question must not be asked as of today, but as of the inception of the policy and as of its later renewal.

Returning to 1970, then, the trial judge felt obliged to conclude that public notoriety, as he defined it, did not exist.

I have noted a number of problems that I have with the test as set out by the trial judge and with the way he applied it. The relevant group is not the public but the reasonably competent underwriter providing insurance in the industry. Accordingly, the sources of information which are relevant in determining what such an insurer would have known are those which are relevant to the types of risks which were insured. As stated earlier, there are very good reasons why the reasonably competent underwriter would be very interested in American as well as Canadian media materials.

Taking this larger pool of information into consideration and applying the test of the reasonably competent insurer in the industry, I must agree with a unanimous Court of Appeal. I adopt the conclusions of Rothman J.A. on this point, at pp. 2656-58:

With great respect, I do not agree that the facts involved in asbestos-related health risks were not of a kind that the insurer should be presumed to have known.

Quite apart from the many studies and reports on asbestos-related health hazards published in various medical and scientific journals prior to the issuance of the policy, there were numerous articles published in newspapers across Canada and in the United States dealing with asbestos-related health hazards, including those mentioned in the Selikoff reports. Many of these were published prior to the issuance of the policy in 1970 and its renewal in 1973 . . .

risques pour la santé liés à l'amiante étaient notoires même pour le grand public (à la p. 729):

[TRADUCTION] Aujourd'hui, très peu d'habitants de cette province, voire de ce continent, ignorent l'existence d'un certain risque pour la santé lié à l'amiante et ce risque relève selon toute vraisemblance de l'exception de l'article 2486 C.c. Évidemment, la question ne se pose pas en fonction d'aujourd'hui mais en fonction du moment de l'entrée en vigueur de la police et de son renouvellement ultérieur.

Revenant donc à 1970, le juge de première instance s'est senti obligé de conclure qu'il n'y avait pas de notoriété publique selon sa définition de cette expression.

J'ai souligné plusieurs difficultés que j'éprouve à l'égard du critère énoncé par le juge de première instance et à l'égard de la manière dont il l'a appliqué. Le groupe pertinent n'est pas le public mais bien celui de l'assureur raisonnablement compétent qui fournit de l'assurance dans l'industrie en question. Par ailleurs, les sources de renseignements qui sont pertinentes pour déterminer ce qu'aurait su un tel assureur sont celles qui sont pertinentes relativement aux genres de risques couverts. Comme je l'ai dit précédemment, il y a de très bonnes raisons pour lesquelles l'assureur raisonnablement compétent serait très intéressé par les renseignements provenant des médias américains et canadiens.

Tenant compte de ce réservoir plus important de renseignements et appliquant le critère de l'assureur raisonnablement compétent dans l'industrie, je dois me ranger à l'avis unanime de la Cour d'appel. J'adopte les conclusions du juge Rothman sur ce point, aux pp. 2656 à 2658:

[TRADUCTION] Avec beaucoup d'égards, je ne suis pas d'accord que les faits dont il s'agissait dans le cas de risques de santé liés à l'amiante n'étaient pas d'un genre que l'assureur devrait être présumé avoir connu.

Outre les nombreux rapports et études sur les risques pour la santé liés à l'amiante publiés dans divers journaux médicaux et scientifiques avant la souscription de la police, il y avait de nombreux articles publiés dans les journaux au Canada et aux États-Unis qui traitaient des risques de santé liés à l'amiante, y compris ceux mentionnés dans les rapports Selikoff. Un grand nombre de ceux-ci ont été publiés avant la souscription de la police en 1970 et son renouvellement en 1973 . . .

Nor, with respect for the opinion of the trial judge, do I believe we can ignore the articles published in American newspapers and magazines when assessing the public character and notoriety of the facts in question. There may well be a question of weight or appreciation of the likely impact of those publications on an insurer in Canada, but the evidence would certainly be relevant and admissible.

In this case, some of the articles in question were not published in obscure publications. These were prominent articles in the *New York Times*, the *Wall Street Journal*, *The New Yorker Magazine*, *The Washington Post* and others.

On October 12, 1968, for example, *The New Yorker* carried a lengthy article by Paul Brodeur describing in some detail the work of Dr. Selikoff and his associates and the very high frequency of asbestosis among asbestos insulation workers. A new [*sic*] story appeared in the *New York Times* on the cancer risks as early as October 7, 1964, again quoting Dr. Selikoff. Canadians, and Canadian insurers in particular, are not isolated from the mainstream of news and knowledge in North America and, in my respectful opinion, these American articles were relevant to the issue of the public character of asbestos fibre hazards, at the very least as a complement to the Canadian material that was put in evidence.

These articles in the media were not all concerned with the high frequency of asbestosis mentioned in the Selikoff reports. Many were concerned with lung cancer and other diseases. And not all suggested that the health hazards of asbestos were serious. But taken together, they indicate that there was widespread public discussion of asbestos-related health hazards and considerable indication of very high frequency of lung disease among insulation and other workers exposed to asbestos fibres over long periods.

It is doubtless true that the public in general and insurance underwriters in particular are more aware of the health risks of asbestos fibres today than they were in 1970 when the policy was issued or in 1973 when it was renewed.

But, with respect, even then, these risks and the Selikoff reports were common knowledge in the asbestos industry. Beyond the asbestos industry, the risks, and the Selikoff reports themselves, had been widely and

Je ne crois pas non plus, avec égards pour l'opinion du juge de première instance, que l'on puisse faire abstraction des articles publiés dans les journaux et magazines américains lorsqu'on évalue le caractère public et la notoriété des faits en question. Il pourrait très bien se poser une question d'évaluation ou d'appréciation de l'effet possible de ces publications sur un assureur au Canada, mais les éléments de preuve seraient certainement pertinents et admissibles.

Certains des articles en question en l'espèce n'ont pas été publiés dans des publications peu connues. Il s'agit en effet d'articles importants parus dans le *New York Times*, le *Wall Street Journal*, *The New Yorker Magazine*, *The Washington Post* et autres.

Par exemple, le 12 octobre 1968, *The New Yorker* a publié un long article de Paul Brodeur qui décrivait avec passablement de détails le travail du docteur Selikoff et l'incidence très élevée de l'amiantose chez les travailleurs de l'isolation à l'amiante. Une nouvelle parue le 7 octobre 1964 dans le *New York Times* parlait déjà des risques de cancer en citant également le docteur Selikoff. Or, les Canadiens, et les assureurs canadiens en particulier, ne vivent pas à l'écart du courant de l'actualité et du savoir en Amérique du Nord et, à mon humble avis, ces articles américains étaient pertinents en ce qui a trait à la question du caractère public des dangers de la fibre d'amiante et, à tout le moins, à titre de complément aux documents canadiens présentés en preuve.

Ces articles dans les médias ne portaient pas tous sur l'incidence élevée d'amiantose mentionnée dans les rapports Selikoff. Un grand nombre traitait du cancer du poumon et d'autres maladies. De plus, ils ne prétendaient pas tous que les risques pour la santé liés à l'amiante étaient graves. Mais, dans l'ensemble, il en ressort que les risques pour la santé liés à l'amiante ont été largement et publiquement discutés et qu'il existait de nombreuses indications d'une fréquence très élevée de maladies pulmonaires chez les travailleurs dans le domaine de l'isolation et d'autres travailleurs exposés aux fibres d'amiante pendant de longues périodes.

Il est sans doute vrai que le public en général, et les souscripteurs d'assurance en particulier, sont plus au courant des risques pour la santé que présentent les fibres d'amiante aujourd'hui qu'ils ne l'étaient en 1970 lorsque la police a été délivrée ou lors de son renouvellement en 1973.

Toutefois, en toute déférence, même à cette époque, ces risques et les rapports Selikoff étaient bien connus dans l'industrie de l'amiante. En dehors de l'industrie de l'amiante, les risques et les rapports Selikoff eux-mêmes

publicly discussed in the media. Given the public discussion at the time, insurance underwriters ought to have been alerted to the health risks of asbestos fibres. They may not have been aware of the precise statistical data contained in the Selikoff reports, but they certainly ought to have known that serious asbestos-related health risks had been reported.

The Selikoff reports were not confidential or private reports prepared on behalf of [f] Johns-Manville or any of the asbestos producers. They were publicly available reports published by a research team at a major U.S. teaching hospital. They were easy to obtain by anyone interested and just as easy to read and understand.

Did all of this lend a "public character" and "notoriety", within the meaning of *Article 2486 C.C.*, to the asbestos-related health risks that existed in 1970 and 1973? In my respectful opinion, it did.

As a starting point, I do not think one can ignore the fact that the health risks were common knowledge in the asbestos industry itself, an industry of some importance in Quebec. An insurance underwriter may not be presumed to know all of the technical intricacies of all the trades and industries he insures, but surely he ought to know something of a serious health risk that was reported in the public media as well. As Professor Louis Baudouin observes: a minimum of diligence and professionalism should be expected of the insurer (L. Baudouin, "Réflexions sur l'article 2487 C.C.", (1960) 20 *R. du B.* 330).

I acknowledge that what is common knowledge in any given trade or industry is not, on that account alone, always notorious and it may not always have a public character. But here, knowledge of the asbestos-related health risks went far beyond the asbestos industry.

The risks of asbestosis were prominently reported in scores on newspaper and magazine articles across Canada and the United States prior to the issuance and the renewal of the policy. The Selikoff findings were widely reported. While it is true, as the trial judge suggests, that these reports may not have appeared with great frequency in the same city, that, in my respectful view, does not diminish the public character or notoriety

avaient été largement et publiquement discutés dans les médias. Étant donné la discussion publique à l'époque, les souscripteurs d'assurance devaient être avertis des risques pour la santé présentés par les fibres d'amiante. Ils pouvaient ignorer les données statistiques précises contenues dans les rapports Selikoff, mais ils devaient certainement avoir su qu'on avait fait état de risques graves pour la santé liés à l'amiante.

Les rapports Selikoff n'étaient pas des rapports confidentiels ou privés préparés pour le compte de Johns-Manville ou d'un autre producteur d'amiante. Il s'agissait de rapports accessibles au public qui avaient été publiés par une équipe de recherche d'un grand hôpital universitaire américain. Ils étaient faciles à obtenir par quiconque s'y intéressait et tout aussi faciles à lire et à comprendre.

Est-ce que tout ce qui précède permet d'attribuer un «caractère public» et une «notoriété» au sens de l'*article 2486 C.c.* aux risques pour la santé liés à l'amiante qui existaient en 1970 et en 1973? À mon humble avis, c'est le cas.

Tout d'abord, je ne crois pas que l'on puisse faire abstraction du fait que les risques pour la santé étaient bien connus dans l'industrie de l'amiante elle-même, industrie assez importante au Québec. On ne peut présumer qu'un souscripteur d'assurance connaît toutes les complexités techniques de tous les domaines et de toutes les industries qu'il assure, mais il doit sûrement avoir une certaine connaissance d'un risque grave pour la santé qui était bien connu dans une industrie importante et dont on avait en outre largement fait état dans les médias. Comme le fait remarquer le professeur Louis Baudouin, on doit s'attendre à un minimum de diligence et de professionnalisme de la part de l'assureur (L. Baudouin, «Réflexions sur l'article 2487 C.c.», (1960) 20 *R. du B.* 330).

Je reconnais que ce qui est bien connu dans un domaine ou dans une industrie n'est pas, de ce seul fait, toujours notoire et il se peut qu'il n'ait pas toujours un caractère public. En l'espèce toutefois, la connaissance des risques pour la santé liés à l'amiante dépassait largement l'industrie de l'amiante.

On a beaucoup parlé des risques d'amiantose dans un grand nombre d'articles de journaux et de magazines au Canada et aux États-Unis avant la souscription et le renouvellement de la police. Les conclusions du rapport Selikoff ont été largement publiées. Bien qu'il soit vrai, comme le laisse entendre le juge de première instance, que ces rapports puissent ne pas avoir paru avec une grande fréquence dans la même ville, ce fait, à mon

of the facts reported. How many newspaper and magazine articles does it take to lend a "public character" and "notoriety" to the fact that a product presents serious health risks? Surely, in some circumstances, even one prominent report might suffice.

Apart from newspaper and magazine articles, moreover, the risks of asbestosis were mentioned in publications as diverse as the *Encyclopedia Britannica*, 1963 edition, and *Business Insurance*, January 3, 1972, to say nothing of the hundreds of articles in scientific journals that were available to anyone seriously interested in the technical aspects of these health problems. Asbestosis was included as an industrial disease in the *Workmen's Compensation Act* as early as 1943.

I conclude, therefore, along with the Court of Appeal, that the Insured was not bound to disclose the Selikoff Reports to the Insurer because the latter was presumed to know the same or substantially the same information by virtue of its public character and notoriety. It is also clear in this case that the Insurer fell well short of the standard that could be expected of a reasonably competent underwriter insuring the asbestos industry.

The case can be decided on this point alone. I propose, however, to deal with the other defences raised by the Insured in this case, and to address the larger questions of adequate disclosure and the good faith nature of the insurance contract. I will then conclude with a consideration of the argument based on *fin de non-recevoir*.

VI—Adequacy of Disclosure Made by the Insured and the Insurer's Duty to Inquire

In this section I will deal with the defences based on the adequacy of the respondent's actual disclosure, on the customary practices adopted by the insurance industry, on the common law doctrine of constructive knowledge and on the warranty regarding the insured's business operations.

humble avis, ne diminue pas le caractère public ni la notoriété des faits rapportés. Combien faut-il d'articles de journaux ou de revues pour prêter un «caractère public» et une «notoriété» au fait qu'un produit crée des risques graves pour la santé? Dans certaines circonstances, même un seul rapport important pourrait certainement suffir.

Qui plus est, outre les articles de journaux et de revues, le risque d'amiantose était mentionné dans des publications aussi diverses qu'*Encyclopedia Britannica*, édition de 1963, et *Business Insurance*, 3 janvier 1972, sans parler des centaines d'articles parus dans des revues scientifiques auxquelles pouvait avoir accès quiconque s'intéressait sérieusement aux aspects techniques de ces problèmes de santé. Déjà en 1943, l'amiantose était inscrite à titre de maladie industrielle dans la *Loi des accidents du travail*.

Je conclus en conséquence, comme l'a fait la Cour d'appel, que l'Assurée n'était pas tenue de communiquer les rapports Selikoff à l'Assureur parce que ce dernier était présumé posséder les mêmes ou essentiellement les mêmes renseignements en raison de leur caractère public et de leur notoriété. Il est également évident en l'espèce que l'Assureur était bien loin de la norme du souscripteur raisonnablement compétent qui assurerait l'industrie de l'amiante.

L'affaire peut être décidée en fonction de ce seul motif. Je me propose toutefois de traiter des autres moyens de défense soulevés par l'Assurée en l'espèce et d'examiner les questions plus générales de la déclaration adéquate et de la présomption de bonne foi inhérente au contrat d'assurance. Je terminerai en étudiant l'argument fondé sur la fin de non-recevoir.

VI—Caractère adéquat de la déclaration faite par l'Assurée et l'obligation de l'Assureur de se renseigner

Dans cette section je traiterai des moyens de défense fondés sur le caractère adéquat de la déclaration faite par l'intimée, sur l'usage dans l'industrie de l'assurance, sur la théorie de common law de la connaissance par imputation et sur la garantie relative aux activités commerciales de l'assurée.

Adequacy of Disclosure

The trial judge found that the information regarding the serious dangers associated with asbestos was material to the assessment of the risk, and the Court of Appeal agreed on this point. Unless an exception could be said to apply, it followed from art. 2485 C.C. that this type of information should normally have been disclosed to the Insurer. While it cannot be disputed that reference was made in the Johns-Manville Annual Report to the Selikoff research, I agree with the lower courts' conclusion that such references fall short of substantially full and fair disclosure of the serious risks associated with asbestos. The argument based on the adequacy of the disclosure could not succeed, then, unless the respondent could show that a lesser standard of disclosure applied in this case, either as a result of the art. 2486 C.C. exception already examined, or in accordance with a legally recognizable custom.

Customary Practices in Insurance

It is quite clear from the evidence presented at trial that the disclosure actually made by the Insured met the usual standards applicable to a Comprehensive General Liability Policy ("CGL Policy") in the early 1970s. The Insured did not make a written application and was not requested to do so by the Insurer. Instead, the Insurer received a placement slip which set forth a general description of the Insured's operations, a list of the Insured's claims experience and the Annual Report referred to above. The Insured's experts indicated that a custom had developed which called for a lower level of disclosure from the Insured. Mr. Russell provided the following explanation:

Q. Now why was it not the custom to give any more information at the start, always bearing in mind that this is a comprehensive general liability policy that you are supposedly writing or doing something about and in 1970?

A. Well you mean here you are inquiring about the whole process of getting the insured and the insurer together, and following again along the lines of a comprehensive general liability concept you would start off

Caractère adéquat de la déclaration

Le juge de première instance a conclu que les renseignements concernant les graves dangers liés à l'amiante étaient pertinents aux fins de l'évaluation du risque et la Cour d'appel a souscrit à son avis sur ce point. Sauf exception applicable, il découlait de l'art. 2485 C.c. que ce genre de renseignements auraient normalement dû être déclarés à l'Assureur. Bien qu'il soit incontestable que mention a été faite des recherches de Selikoff dans le rapport annuel de Johns-Manville, je conviens avec les tribunaux d'instance inférieure que de telles mentions sont loin de constituer une déclaration en substance pleine et franche des risques graves liés à l'amiante. L'argument fondé sur le caractère adéquat de la déclaration ne pouvait donc être retenu, à moins que l'intimée ne puisse démontrer qu'une norme moins exigeante en matière de déclaration s'appliquait en l'espèce, soit en vertu de l'exception de l'art. 2486 C.c. examinée précédemment, soit conformément à un usage juridiquement reconnaissable.

L'usage en matière d'assurance

Il est bien évident d'après la preuve soumise en première instance que la déclaration qui a réellement été faite par l'Assurée satisfaisait aux normes habituelles applicables à une police responsabilité civile générale («*police RCG*») au début des années 70. L'Assurée n'a pas présenté de demande écrite et l'Assureur ne lui a pas demandé de le faire. Plutôt, l'Assureur a reçu une fiche de souscription contenant une description générale des activités de l'Assurée, une liste des réclamations de l'Assurée et le rapport annuel susmentionné. Les experts de l'Assurée ont indiqué qu'une coutume avait été établie qui exigeait un niveau inférieur de déclaration de la part de l'Assurée. Monsieur Russell a donné l'explication suivante:

[TRADUCTION] Q. Alors, pourquoi n'était-ce pas la coutume de donner plus de renseignements au départ, compte tenu toujours du fait qu'en principe ce que vous établissiez ou ce dont vous vous occupiez en 1970 c'était une police responsabilité civile générale?

R. Bien, vous posez là une question concernant l'ensemble du processus visant à faire intervenir un accord entre l'assuré et l'assureur et, appliquant encore une fois le concept de la responsabilité civile générale, on com-

by giving the insurer general information and then allow the insurer to come back with more detailed questions, because oftentimes the risks are so varied and quite spread that it is more on the side of the expert, the insurer to ask the questions and it makes it easier. Or it is fairer rather than expect the insured to dream up the kind of detailed information that might be required by the underwriter to assess the risk. [Emphasis added.]

The testimony of the Insured's other expert witnesses is consistent with this view.

At the oral hearing, counsel for the Insurer presented notes in reply to the argument based on custom. The Court was referred to parts of the testimony in which it was stated that it was not the custom to inspect or investigate the risks which were to be insured. This testimony came from witnesses who were associated with the Insurer, Canadian Indemnity Company. The Insurer's independent expert did not comment on the existence or non-existence of such a custom.

Whatever the true state of customary practices with respect to CGL Policies in early 1970s, we must consider the question whether the rules imposed by the *Civil Code* concerning the formation of insurance contracts can be modified by custom. Article 1024 *C.C.* already recognizes that a contract includes obligations which are not expressed but are nevertheless binding by reason of equity or usage:

1024. The obligation of a contract extends not only to what is expressed in it, but also to all the consequences which, by equity, usage or law, are incident to the contract, according to its nature.

By contrast, art. 2485 *C.C.* does not deal with the content of a contract but deals instead with the necessary prerequisites to its formation. The issue before this Court then is whether this provision is of public order such that parties may not by derogation or waiver reduce the amount of disclosure necessary for the formation of an insurance contract.

The respondent has cited a number of authorities for the proposition that business persons are presumed to be aware of customs of the trade

mence par donner à l'assureur des renseignements généraux, puis on lui permet de revenir avec des questions plus détaillées, parce que souvent les risques sont tellement variés et étendus qu'il appartient davantage à l'expert, l'assureur, de poser les questions, et cela facilite le processus. Ou cela est plus juste que de s'attendre à ce que l'assuré imagine le genre de renseignements détaillés qui pourront être exigés par le souscripteur aux fins de l'évaluation du risque. [Je souligne.]

Les témoignages des autres témoins experts de l'Assurée concordent avec cette opinion.

À l'audience, l'avocat de l'Assureur a présenté des notes répondant à l'argument fondé sur la coutume. L'attention de la Cour a été attirée sur des parties de témoignages où l'on dit que ce n'était pas la coutume d'inspecter ou d'examiner les risques qui devaient être couverts. Ces témoignages proviennent de témoins qui avaient des liens avec l'Assureur, Canadian Indemnity Company. L'expert indépendant de l'Assureur n'a rien dit concernant l'existence ou l'inexistence d'une telle coutume.

Quelle qu'ait pu être la situation véritable en ce qui concerne les pratiques en matière de polices RCG au début des années 70, nous devons examiner la question de savoir si les règles imposées par le *Code civil* relativement à la formation des contrats d'assurance peuvent être modifiées par la coutume. L'article 1024 *C.c.* reconnaît déjà qu'un contrat comprend des obligations qui ne sont pas exprimées mais qui lient néanmoins les parties en raison de l'équité ou de l'usage:

1024. Les obligations d'un contrat s'étendent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les conséquences qui en découlent, d'après sa nature et suivant l'équité, l'usage ou la loi.

L'article 2485 *C.c.* au contraire ne traite pas du contenu d'un contrat mais parle plutôt des conditions préalables de sa formation. La question dont notre Cour se trouve saisie est donc de savoir si cette disposition est d'ordre public, de sorte que les parties ne peuvent par dérogation ou renonciation réduire le niveau de déclaration nécessaire pour la formation d'un contrat d'assurance.

L'intimée cite de la doctrine et de la jurisprudence à l'appui de l'argument selon lequel les gens d'affaires sont présumés être au courant des coutu-

which may in certain circumstances create exceptions to the generally applicable rules of law. For example, Émérigon noted in his eighteenth century *Traité des assurances et des contrats à la grosse* (1783), t. II, that customary practices have force of law between insurers and insureds, at pp. 352-53:

[TRANSLATION] In deciding cases between Insured and Insurers, we must look at custom established in the business . . .

In such matters, custom has the force of law.

Duer, *op. cit.*, expressed the same view in his nineteenth century text, at pp. 581-82:

It remains only to state that the question, whether it was the duty of the assured to communicate the facts, in the first instance, or that of the underwriter to seek the information by a proper inquiry, may in some cases depend upon the existing usage, as between the underwriters and the assured. That is, the usage may create an exception from the general rule of law, that the court would otherwise apply, if the existence of the usage has been affirmed by the verdict of the jury.

More recently, in *Century Insurance Co. of Canada v. Case Existological Laboratories Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 47, at p. 56, Ritchie J., speaking for the Court, stated:

Finally, the appellants contend that the insured failed to disclose to them circumstances which were material to the risk as required by ss. 19 and 20 of the *Insurance (Marine) Act (supra)*. In the circumstances of this case regard must be had to the custom of the marine insurance business which is in my view accurately described by Lambert J.A. in the following paragraph of his reasons for judgment:

In accordance with custom, the ship owner asked an agent to obtain the insurance and, again in accordance with custom, the agent retained a marine surveyor whose report was provided to the insurance underwriter. In this case the particular marine surveyor was proposed by the underwriter and there is no doubt that the owners of the *Bamcell II* made complete disclosure of all material circumstances to him.

That case came to the Court from the province of British Columbia.

The difficulty with these statements is that provisions such as art. 2485 of our *Civil Code* may

mes existant dans une industrie qui peuvent dans certaines circonstances créer des exceptions aux règles de droit généralement applicables. Par exemple, Émérigon fait remarquer dans son ouvrage du XVIII^e siècle, *Traité des assurances et des contrats à la grosse* (1783), t. II, que les pratiques qui découlent de l'usage ont force de loi entre assureurs et assurés, aux pp. 352 et 353:

Dans le Jugement des procès entre Assurés et Assureurs, il faut s'en tenir aux usages établis dans le commerce . . .

L'usage en pareille matière a force de loi.

Duer, *op. cit.*, exprime la même opinion dans son ouvrage du XIX^e siècle, aux pp. 581 et 582:

[TRADUCTION] Il ne reste plus qu'à dire que la réponse à la question de savoir s'il incombait à l'assuré de communiquer les faits en premier lieu, ou au souscripteur de chercher à obtenir les renseignements par une enquête appropriée, peut dans certains cas, en ce qui concerne les souscripteurs et l'assuré, dépendre de l'usage en vigueur. C'est-à-dire que l'usage peut créer une exception à la règle de droit générale que le tribunal appliquerait par ailleurs, si l'existence de l'usage a été confirmée par le verdict du jury.

Plus récemment, dans l'arrêt *Century Insurance Co. of Canada c. Case Existological Laboratories Ltd.*, [1983] 2 R.C.S. 47, à la p. 56, le juge Ritchie, s'exprimant au nom de la Cour, dit:

Les appelantes soutiennent enfin que l'assurée a omis de leur révéler, conformément aux art. 19 et 20 de l'*Insurance (Marine) Act*, précitée, des détails qui ont une incidence sur le risque. Il faut tenir compte en l'espèce de l'usage qui existe dans le domaine des assurances maritimes et que, selon moi, le juge Lambert décrit avec exactitude dans l'alinéa suivant de ses motifs de jugement:

[TRADUCTION] Conformément à l'usage, la propriétaire du navire a demandé à un agent d'obtenir les assurances et, toujours selon l'usage, celui-ci a retenu les services d'un expert maritime dont le rapport a été remis à l'assureur. En la présente espèce, c'est l'assureur qui a recommandé l'expert maritime en question et il ne fait pas de doute que les propriétaires du *Bamcell II* lui ont communiqué tous les détails pertinents.

C'était là une cause qui provenait de la province de la Colombie-Britannique.

Le problème que posent ces déclarations c'est que des dispositions comme l'art. 2485 de notre

have been intended to put an end to customary practices which were perhaps seen to be inappropriate. Article 2485 C.C. is one expression of the principle that the contract of insurance is an *uber-
rimae fidei* contract. The insured must disclose all facts relevant to the acceptance of the risk because it is in the best position to know these facts. The acceptance of customary practices could dilute this principle.

However, it must also be noted that the rule in art. 2485 C.C. is imposed for the benefit of insurers who may wish to waive the strict rule and to adopt practices which are less stringent but more practical. In this case, the custom of requiring only general information from the insured where a proposal is made for a CGL policy was based on a desire to avoid an information overload. In his testimony, Mr. Russell noted that it is more practical to let an expert underwriter determine what information is necessary to assess the risk rather than to let a lay person decide what parts of a huge array of information are material to this assessment. For example, the Insured could have provided all the studies made by its engineers on the stability of the soil in its mines as well as all the research done with respect to its manufacturing endeavours. The reasons which give rise to such a custom of reduced disclosure for CGL policies are obvious, and the courts should not interfere with established commercial practice unless the Code calls for a hard and fast rule.

In my opinion, even though the obligation to disclose is part of the obligation to act with the utmost good faith, I do not believe that art. 2485 C.C. is of absolute public order. It is noteworthy that the present article dealing with disclosure (art. 2485 C.C. as adopted by S.Q. 1974, c. 70) is of relative public order in that any stipulation to the contrary is without effect "[e]xcept to the extent that it is more favourable to the policyholder or to the beneficiary" (art. 2500 C.C.). I do not think that the reform of insurance law adopted in 1974 was meant to change the law with respect to

Code civil peuvent avoir été destinées à mettre fin à des usages qui étaient peut-être considérés comme inopportuns. L'article 2485 C.c. constitue une expression du principe selon lequel le contrat d'assurance repose sur la bonne foi la plus totale. L'assuré doit divulguer tous les faits pertinents à l'acceptation du risque parce qu'il est le mieux placé pour connaître ces faits. En admettant les pratiques découlant de l'usage, on pourrait affaiblir ce principe.

Toutefois, il convient également de souligner que la règle de l'art. 2485 C.c. est imposée au profit des assureurs qui peuvent vouloir renoncer à la règle stricte et adopter des pratiques qui sont moins rigoureuses mais plus commodes. En l'espèce, la coutume d'exiger de l'assuré seulement des renseignements généraux dans le cas d'une proposition de police RCG était fondée sur le désir d'éviter une surcharge de renseignements. Dans son témoignage, M. Russell a indiqué qu'il est plus pratique de laisser à un souscripteur expert le soin de déterminer quels renseignements sont nécessaires pour évaluer le risque plutôt que de laisser décider par un profane quelles parties d'une quantité énorme de renseignements sont pertinentes aux fins de cette évaluation. Par exemple, l'Assurée aurait pu fournir toutes les études réalisées par ses ingénieurs sur la stabilité du sol dans ses mines ainsi que toutes les recherches effectuées relativement à ses activités de fabrication. Les raisons d'une telle coutume d'une déclaration restreinte dans le cas de polices RCG sont évidentes et les tribunaux ne devraient toucher à une pratique commerciale établie que si le Code prévoit une règle ferme.

À mon avis, même si l'obligation de déclarer découle de l'obligation d'agir avec la bonne foi la plus totale, je ne crois pas que l'art. 2485 C.c. soit d'ordre public absolu. Il est à noter que l'article actuel traitant de la déclaration (art. 2485 C.c. adopté par L.Q. 1974, ch. 70) est d'ordre public relatif en ce que toute stipulation contraire est sans effet, «[s]auf dans la mesure où elle est plus favorable au preneur ou au bénéficiaire» (art. 2500 C.c.). Je ne crois pas que la loi tendant à la réforme de l'assurance adoptée en 1974 était destinée à changer le droit relatif à l'obligation de

the duty to disclose and the right of the parties, insurers in particular, to alter the strict provisions on disclosure.

I do not, however, feel that it is appropriate in this case to come to any firm conclusion on this point. The point was not argued in any detail, and the trial judge does not appear to have found it necessary to deal with the argument, indicating perhaps that the argument was developed at a later stage in the appeal process. The respondent's expert witnesses spoke convincingly regarding the existence of a custom requiring a lesser degree of disclosure. I would, ideally, require more firm evidence on this point in order to address the appellant's argument to the effect that the usage in question must be [TRANSLATION] "uniform, public, of long duration and frequent". In any event, it is not necessary to decide this matter, owing to the success of the Insured's argument based on art. 2486 C.C.

Constructive Knowledge

I would like now to touch on the Insured's argument regarding the existence of a principle to the effect that an insurer will be deemed to have constructive knowledge of facts which it has the means of discovering but which it fails to investigate by means of questions, inspections, etc.

The respondent once again cites various pre-codification authorities in support of this proposition. Duer, *op. cit.*, at pp. 566-67, set out the principle, citing British and French cases as authority:

Where, from the facts communicated to the underwriter, he is bound to infer the existence of other facts, not disclosed; his omission to make the inquiry, is an implied waiver of a more explicit disclosure.

Another of the Commissioners' authorities, I. Alauzet, *Traité général des assurances* (1844), t. 2, expressed a similar view regarding the principle of constructive knowledge, at p. 412:

[TRANSLATION] In submitting something for insurance, the owner is required to make exact and specific statements so as to give the insurer complete informa-

déclarer et au droit des parties, des assureurs en particulier, de modifier les dispositions strictes concernant la déclaration.

^a J'estime toutefois qu'il ne convient pas en l'espèce de se prononcer catégoriquement sur ce point. Le point n'a pas été pleinement débattu et le juge de première instance ne paraît pas avoir jugé nécessaire de traiter de cet argument, d'où il s'ensuit peut-être qu'il s'agit d'un argument qui a été élaboré à un stade ultérieur dans le processus d'appel. Les témoins experts de l'intimée ont souligné de façon convaincante l'existence d'une coutume exigeant un niveau moindre de déclaration.

^b Idéalement, j'exigerais une preuve plus solide sur ce point afin de pouvoir me pencher sur l'argument de l'appelante voulant que la pratique en question doive avoir un caractère «uniforme, public, de longue durée et multiple». De toute façon, il n'est pas nécessaire de trancher cette question, compte tenu de l'accueil du moyen de l'Assurée fondé sur l'art. 2486 C.c.

Connaissance par imputation

^e Je voudrais maintenant aborder l'argument de l'Assurée concernant l'existence d'un principe selon lequel un assureur sera réputé avoir une connaissance par imputation des faits qu'il a les moyens de découvrir mais dont il omet de s'informer en posant des questions, en procédant à des inspections ou autrement.

^g Encore une fois, l'intimée cite au soutien de son argument divers auteurs antérieurs à la codification. Duer, *op. cit.*, aux pp. 566 et 567, énonce le principe en citant de la jurisprudence britannique et française à l'appui:

^h [TRANSLATION] Lorsque le souscripteur doit déduire des faits qui lui sont communiqués l'existence d'autres faits non communiqués, son omission de mener une enquête constitue une renonciation implicite à une déclaration plus explicite.

ⁱ Un autre auteur cité par les commissaires, I. Alauzet, *Traité général des assurances* (1844), t. 2, exprime une opinion semblable concernant le principe de la connaissance par imputation, à la p. 412:

^j En présentant une chose à l'assurance, le propriétaire est tenu de faire des déclarations exactes et précises pour faire connaître d'une manière complète à l'assureur

tion about the subject-matter of the contract, its value and the risks to which it is exposed. Uniqueness is the general rule in an insurance contract; it is thus necessary to describe what the contract covers. However, an insufficient description would not be a basis for cancelling the contract if the insurer otherwise had sufficient knowledge of the subject-matter, or if there were in the policy certain statements which, though incomplete, could be used to establish what the subject-matter was or determine its identity.

Whatever the status of this principle prior to the codification, and whatever its practical merits, I cannot agree that it, any more than the doctrine of presumed knowledge, survived the codification and can now be recognized as an independent principle of insurance in the law of Quebec. If it exists at all, it has been wrapped up, along with the principle of presumed knowledge, into art. 2486 *C.C.* and the concepts of public character, notoriety and the reasonably competent underwriter.

Following the test in art. 2486 *C.C.*, I do not see how an insurer can be expected to make inquiries based merely on clues which might be present in the facts provided by the insured. In the present case, the respondent claims that by not investigating the "clues" in the Annual Report regarding the health risks associated with asbestos, the Insurer waived any right it might have had to more information. Taken by itself, I cannot accept this proposition. Article 2485 *C.C.* indicates that the insured must provide more than clues; it must show the utmost good faith in providing full and fair disclosure of the facts which are material to the risk.

However, even full and fair representation will not usually provide an insurer with all precise specifications and details regarding a material fact. As noted earlier, art. 2489 *C.C.* indicates that the insured fulfils its duty of disclosure when the fact is "substantially as represented and there is no material concealment". If the insurer wishes to have more precise information then it must inquire or investigate. The same is true in cases where the material fact is substantially as depicted by its public character and notoriety. If the insurer

l'objet du contrat, sa valeur, et les risques auxquels il est exposé. La spécialité est la règle générale dans le contrat d'assurance; il est donc nécessaire de désigner l'objet sur lequel il porte. Une désignation insuffisante toutefois, ne serait pas un motif d'annulation, si l'assureur, du reste, avait de l'objet assuré une connaissance suffisante; ou s'il existait dans la police quelques énonciations qui, tout incomplètes qu'elles fussent, pussent servir à le faire reconnaître, et à en constater l'identité.

Quel qu'ait été le statut de ce principe antérieurement à la codification et quelle que soit sa valeur pratique, je ne puis convenir qu'il ait, davantage que la théorie de la connaissance présumée, survécu à la codification et qu'il puisse maintenant être reconnu comme un principe indépendant en matière d'assurance dans le droit du Québec. S'il existe vraiment, il a été fondu, avec le principe de la connaissance présumée, dans l'art. 2486 *C.c.* et dans les concepts de caractère public, de notoriété et de souscripteur raisonnablement compétent.

D'après le critère de l'art. 2486 *C.c.*, je ne vois pas comment on peut s'attendre à ce qu'un assureur fasse des enquêtes simplement sur le fondement d'indices qui peuvent être présents dans les faits communiqués par l'assuré. En l'espèce, l'intimée soutient qu'en ne menant pas d'enquête sur les «indices» contenus dans le rapport annuel concernant les risques pour la santé liés à l'amiante, l'Assureur a renoncé au droit qu'il pouvait avoir à de plus amples renseignements. C'est là un point de vue que, pris isolément, je ne puis admettre. Il ressort en effet de l'art. 2485 *C.c.* que l'assuré doit fournir plus que des indices; il doit faire preuve de la bonne foi la plus entière en déclarant pleinement et franchement les faits qui sont pertinents aux fins de l'appréciation du risque.

Toutefois, même une déclaration pleine et franche ne fournira normalement pas à un assureur toutes les précisions et tous les détails concernant un fait pertinent. Comme je l'ai mentionné précédemment, il se dégage de l'art. 2489 *C.c.* que l'assuré remplit son obligation de déclarer si le fait est «en substance tel que représenté et s'il n'y a pas de réticence importante». Si l'assureur désire obtenir des renseignements plus précis, alors il doit s'informer lui-même ou mener une enquête. Il en va de même des cas où le fait pertinent est en

requires more detail, then it will have to look more closely at details which are by definition open to it.

It may be that in normal circumstances the insurer will not have to inquire or investigate at all beyond the preliminary gathering of basic information. As long as the material facts are available through the insured's representations or through public character and notoriety, the insurer will be equipped to evaluate the nature and extent of the risk and to set the rate of premium. If additional detail is desired, the insurer may wish to make further inquiries, but it is of course not required to do so, and likewise it cannot fault the insured for not providing such details.

The situation will be somewhat different, however, where an insurer is underwriting risks in an industry for the first time. If other insurers regularly cover risks of that type in that industry, then the insurer will be expected to have the general knowledge of the reasonably competent underwriter in that industry. Accordingly, a first-time insurer will be expected to acquire by various means that minimum level of knowledge. It may do so in whatever way it chooses.

It may have been too late by 1970 for the Insurer to take advantage of most of the various media sources which were described in detail by the courts below. Nonetheless, the first-time Insurer was not without resources. Encyclopedias, journals and manuals were available, not to mention the wealth of information in the Institute of Occupational and Environmental Health library. It is not for this Court to suggest to the Insurer how it should run its business. It is sufficient to say that an insurer must find various means by which it can bring itself up to the level of the reasonably competent underwriter providing insurance in the industry in question.

substance tel que le font paraître son caractère public et sa notoriété. Si l'assureur a besoin de précisions, alors il devra examiner plus attentivement les détails auxquels par définition il a accès.

a

Il se peut qu'en temps normal, ayant franchi l'étape préliminaire consistant à réunir les renseignements de base, l'assureur n'ait pas à faire d'autres enquêtes ou investigations. Pourvu que les faits pertinents ressortent des déclarations de l'assuré ou de leur caractère public et de leur notoriété, l'assureur sera en mesure d'évaluer la nature et l'étendue du risque et de fixer la prime. Si des détails supplémentaires sont nécessaires, l'assureur peut vouloir s'enquérir davantage, mais il n'est évidemment pas tenu de le faire et ne peut pas non plus reprocher à l'assuré de ne pas lui avoir fourni ces détails.

d

La situation sera toutefois quelque peu différente dans le cas où un assureur assure contre des risques dans une industrie pour la première fois. Si d'autres assureurs couvrent régulièrement des risques dans cette industrie, alors on s'attendra à ce que l'assureur ait la connaissance générale que possède le souscripteur raisonnablement compétent dans cette industrie. Par conséquent, l'assureur qui en est à sa première expérience devra obtenir par divers moyens ce niveau minimum de connaissance. Il peut s'y prendre de la manière qu'il choisit.

g

En 1970, il était peut être trop tard pour que l'Assureur tire profit de la plupart des diverses sources médiatiques décrites en détail par les tribunaux d'instance inférieure. Néanmoins, l'Assureur qui en était à sa première expérience ne se trouvait pas sans ressource. Il pouvait consulter les encyclopédies, les périodiques et les manuels, sans compter la mine de renseignements que contenait la bibliothèque de l'Institut de la médecine du travail et de l'environnement. Notre Cour n'a pas à dire à l'assureur comment mener ses affaires. Il suffit de signaler qu'un assureur doit trouver les divers moyens qui lui permettront d'atteindre le niveau du souscripteur raisonnablement compétent qui fournit de l'assurance dans l'industrie en question.

The most potentially fruitful source of information for the insurer is the insured. The insured is already required to represent fully and fairly every fact which shows the nature and extent of the risk. This requirement may in certain circumstances be modified by custom or contract. I have left those considerations aside for the purposes of this appeal. The requirement of full and fair disclosure will also be modified to take into account facts known to the insurer and facts which it can be presumed to know by virtue of public character and notoriety. Normally, then, the insurer will already have a considerable amount of information on which to base its decision to undertake the risk and the setting of the premium. It is only with respect to such information as the reasonably competent underwriter is presumed to know that the first-time insurer may require help, either from reference sources or from the insured itself. The insured may be asked questions and will be required to answer diligently. The insurer may also decide to make up for its lack of familiarity with a particular type of risk by conducting inspections.

It is not surprising, given the public character and notoriety of the information in question, that only a minimum of questioning or a brief inspection would have informed this Insurer of the nature and severity of asbestos-related risks which it was about to underwrite for the first time. The Insured stated clearly that it was involved in the mining, manufacturing and sale of asbestos, pointing the Insurer to a series of useful questions on the nature of asbestos and asbestos products. While the Annual Report was not sufficient on its own to amount to full and fair disclosure, it did mention the Selikoff research in association with health risks, and a question pointed in this direction would surely have produced useful information. An inspection of the premises would have revealed large numbers of bags of asbestos, each labelled (since 1968) with a caution which read as follows:

C'est l'assuré qui constitue en théorie la source de renseignements la plus féconde pour l'assureur. L'assuré est déjà tenu de déclarer pleinement et franchement tout fait qui peut indiquer la nature et l'étendue du risque. Cette exigence peut dans certaines circonstances être modifiée par la coutume ou par contrat. Ce sont des considérations que je laisse de côté aux fins du présent pourvoi. L'exigence de la déclaration pleine et franche sera également modifiée pour tenir compte de faits connus par l'assureur et de faits qu'il peut être présumé connaître en raison de leur caractère public et de leur notoriété. Alors normalement, l'assureur disposera déjà d'une quantité importante de renseignements sur lesquels il pourra se fonder pour décider d'accepter le risque et pour fixer la prime. C'est seulement à l'égard des renseignements que le souscripteur raisonnablement compétent est présumé posséder que l'assureur qui en est à sa première expérience peut avoir besoin d'aide, soit en recourant à des sources de référence, soit en s'adressant à l'assuré lui-même. Il pourra poser à l'assuré des questions auxquelles celui-ci sera tenu de répondre avec diligence. L'assureur peut également décider de compenser son ignorance d'un type particulier de risque en procédant à des inspections.

Il n'est pas surprenant, compte tenu du caractère public et de la notoriété des renseignements en question, que seulement un minimum de questions ou une inspection sommaire aurait mis cet Assureur au courant de la nature et de la gravité des risques liés à l'amianté qu'il était sur le point de prendre en charge pour la première fois. L'Assurée a indiqué clairement qu'elle se livrait à l'extraction, à la fabrication et à la vente d'amianté, ce qui aurait dû suggérer à l'Assureur une série de questions utiles sur la nature de l'amianté et des produits d'amianté. Bien qu'il n'ait pas été suffisant en soi pour constituer une déclaration pleine et franche, le rapport annuel faisait mention des recherches de Selikoff relativement aux risques pour la santé et une question à ce sujet aurait sûrement permis d'obtenir des renseignements utiles. De plus, une inspection des locaux aurait révélé la présence d'un grand nombre de sacs d'amianté portant (depuis 1968) l'avertissement suivant:

CAUTION

“This bag contains chrysolite asbestos fibre. Persons exposed to this material should use adequate protective devices as inhalation of this material over long periods may be harmful.”

Again, my purpose is not to suggest that the Insurer need have used any particular method. It is sufficient to state that there were many means at its disposal in order to bring itself to the minimum level of knowledge of asbestos industry risks which was expected of a reasonably competent underwriter insuring similar asbestos industry risks.

The idea that an insurer might have to inquire or inspect in order to become familiar with a new risk is not a novel concept in the insurance industry. References to such a way of proceeding can be found in much of the literature presented in evidence and in some of the documents provided by Canadian Indemnity to its employees.

In an article entitled “Current problems and trends in products liability” (1967), 34 *Canadian Underwriter* 24, at pp. 24 and 26, Harding wrote the following:

It is imperative for the underwriter of products liability to have a complete understanding of the risk he is assuming in order that he can determine the limits of liability he is prepared to grant and to develop an adequate rate for the risk.

In considering application for products liability insurance from a manufacturer, the underwriter should consider the following points . . . —

1. *The process of manufacture . . .*
2. *Enquiries should also be made as to the source of supply of the raw materials or components which are to form part of the product being manufactured . . .*

Apart from obtaining a complete description of the proposer’s products, it would be prudent to ask the following general questions:—

1. *Are the products inherently dangerous?*

[TRADUCTION] ATTENTION

«Ce sac contient de la fibre de chrysolite. Les personnes exposées à ce produit devraient se protéger adéquatement car il peut être dangereux de l’inhaler pendant de longues périodes.»

Encore une fois, je ne veux pas laisser entendre que l’Assureur aurait dû utiliser une méthode en particulier. Il suffit de dire qu’il disposait d’un grand nombre de moyens d’acquérir le niveau minimal de connaissance des risques dans l’industrie de l’amiante qu’on pouvait attendre d’un souscripteur raisonnablement compétent assurant contre des risques semblables dans l’industrie de l’amiante.

L’idée qu’un assureur puisse avoir à procéder à une enquête ou à une inspection afin de se familiariser avec un nouveau risque n’est pas un concept nouveau dans l’industrie de l’assurance. Des mentions d’une telle manière de procéder se retrouvent dans la plupart des documents présentés en preuve et dans certains de ceux fournis par Canadian Indemnity à ses employés.

Dans un article intitulé «Current problems and trends in products liability» (1967), 34 *Canadian Underwriter* 24, aux pp. 24 et 26, Harding écrit:

[TRADUCTION] Il est impératif que le souscripteur d’assurance responsabilité du fabricant ait une compréhension complète du risque qu’il assume afin de pouvoir déterminer les limites de la couverture qu’il est prêt à accorder et à fixer un taux adéquat pour le risque.

En examinant une demande d’assurance en matière de responsabilité du fabricant faite par un fabricant, le souscripteur devrait tenir compte des points suivants . . . —

1. *Le processus de fabrication . . .*
2. *Des enquêtes doivent être également menées sur la source d’approvisionnement des matières premières ou des composantes qui doivent faire partie du produit manufacturé . . .*

Outre l’obtention d’une description complète des produits du proposant, il serait prudent de poser les questions générales suivantes:—

1. *Les produits sont-ils intrinsèquement dangereux?*

2. Can the products create damage by unexpected use or mixture with another product?

3. If the products are for human consumption or application to the human body, what are the possibilities of claims for allergy?

4. Have the products been properly researched, and approved by the appropriate authorities?

5. Are the products properly labelled?

6. What method is used for distribution of the products?

7. Are the products likely to be repackaged by another party before they reach the ultimate consumer?

2. Les produits peuvent-ils provoquer des dommages du fait d'être utilisés ou mélangés de façon inattendue avec un autre produit?

3. S'il s'agit de produits pour la consommation humaine ou pour application sur le corps, quelles sont les possibilités de réclamations par suite d'allergies?

4. Les produits ont-ils fait l'objet des recherches qui s'imposent et les autorités compétentes les ont-elles approuvés?

5. Les produits sont-ils correctement étiquetés?

6. Quelle est la méthode de distribution des produits?

7. Les produits seront-ils probablement emballés de nouveau par une autre personne avant de parvenir au consommateur?

In the course of the examination in chief of Mr. Armour, an expert witness for the Insured, selected passages were quoted from the 1971 version of the Canadian Indemnity *Casualty Liability Manual*. In the section entitled "Introduction: Liability Insurance", the purpose of the manual was stated:

The purpose of these instructions is to outline our various forms, pointing out the intention of the policy, the coverages, the exclusions, and outlining our Company's attitude toward the various classes of risks and to the underwriting practices to be followed.

The section on "Branch Office Authorizations" concluded with the following statement:

It is the responsibility of the Branch Offices to order inspections, either by our Company Inspectors or Retail Credit Reports, depending on the circumstances, on all risks where there is an unusual or increased exposure and copies of such reports are to be forwarded to Head Office.

Most significantly, the manual provided some words of caution regarding new risks:

No automatic facilities for those risks unfamiliar to the underwriter. The underwriter is the best person to decide whether or not he has some experience with the class of risk in question. Better that he should make a nuisance of himself in terms of discussing rates with others in the branch or with head office than to be a hero and perhaps unwittingly commit the Company to an undesirable underwriting situation.

Au cours de l'interrogatoire principal de M. Armour, un témoin expert de l'Assurée, des passages choisis tirés de la version de 1971 du *Casualty Liability Manual* de Canadian Indemnity ont été cités. Dans la section intitulée [TRADUCTION] «Introduction: Assurance responsabilité» se trouve énoncé le but du manuel:

[TRADUCTION] Ces directives visent à présenter un aperçu de nos divers formulaires, en faisant ressortir l'objet de la police, les couvertures, les exclusions, et en soulignant notre attitude à l'égard des différentes catégories de risques et à l'égard des pratiques à suivre en matière d'assurance.

La section sur les [TRADUCTION] «Autorisations de succursale» se termine ainsi:

[TRADUCTION] Il incombe aux succursales d'ordonner des inspections, soit par nos propres inspecteurs, soit par la consultation de rapports sur le crédit au détail, selon les circonstances, relatives à tous les risques dans les cas où il existe une exposition inhabituelle ou accrue, et des copies de ces rapports doivent être transmis au siège social.

Fait le plus révélateur, le manuel contient une mise en garde concernant les nouveaux risques:

[TRADUCTION] Il n'y a aucune acceptation automatique de risques peu familiers au souscripteur. C'est le souscripteur qui est le mieux placé pour décider s'il possède une certaine expérience à l'égard de la catégorie de risque en question. Mieux vaut importuner des collègues de la succursale ou du siège social pour discuter des taux que de jouer les héros et de courir peut-être le risque d'engager inconsciemment la société dans une situation de souscription fâcheuse.

I include these excerpts simply to show that an insurer will sometimes make its own inquiries rather than rely on the facts provided by the insured. In many cases, the law will not require such added precautions. The insurer may make additional inquiries simply in order to avoid any possibility of confusion. It may even probe areas of concern which are legally subject to the insured's duty of representation. Caution is no doubt a good policy, but the law does not require it in all situations. In my view, the *Civil Code* does, however, require that an insurer make inquiries in a situation where it is for whatever reason less informed on matters which, because of their public character and notoriety as seen from the point of view of a reasonably competent underwriter, this insurer is also presumed to know. As stated earlier, the Court will not insist that the insurer acquire such knowledge by any particular means; however, it will assume in such circumstances that the insurer has the knowledge by the time it decides to underwrite a risk.

In this case, both the trial judge and the Court of Appeal found that the appellant knew little about the asbestos industry. The record reveals that the underwriting trainee who handled most of the case treated the matter as a mining risk and did not turn his mind to product liability factors. The assistant casualty manager at the Winnipeg Head Office of Canadian Indemnity who eventually provided authorization to the underwriting trainee first inquired whether this was a "new biz", which he later interpreted in his testimony to mean a new client. Despite the fact that Canadian Johns-Manville was a new client and asbestos a new industry risk the file was authorized in under one hour.

In cases such as the present where the underwriter has never before insured a particular type of risk, the insured is nonetheless entitled to assume

Je cite ces extraits simplement pour démontrer qu'un assureur fera parfois ses propres enquêtes plutôt que de se fonder sur les faits fournis par l'assuré. Dans bien des cas, le droit n'exige pas de telles précautions supplémentaires. L'assureur peut faire des enquêtes supplémentaires à seule fin d'éviter toute possibilité de confusion. Il peut même examiner des aspects qui le préoccupent et qui, de par la loi, relèvent de l'obligation de déclaration de l'assuré. La prudence est sans doute une bonne politique, mais la loi ne l'exige pas dans toutes les situations. À mon avis, le *Code civil* exige, toutefois, qu'un assureur mène des enquêtes dans une situation où, pour une raison quelconque, il est moins bien informé sur des questions dont, en raison de leur caractère public et de leur notoriété considérés du point de vue d'un souscripteur raisonnablement compétent, cet assureur est également présumé être au courant. Comme je l'ai mentionné précédemment, la cour ne tiendra pas à ce que l'assureur ait obtenu cette connaissance par un moyen en particulier; elle présupera toutefois dans de telles circonstances que l'assureur est au courant au moment où il décide d'accepter un risque.

En l'espèce, le juge de première instance et la Cour d'appel ont tous les deux conclu que l'appelante connaissait peu l'industrie de l'amiante. Il ressort de la preuve que le souscripteur stagiaire, qui s'est occupé de la majeure partie du dossier, a tenu pour acquis qu'il s'agissait d'un risque lié à l'exploitation minière et ne s'est pas préoccupé de l'aspect responsabilité du fabricant. Le directeur adjoint chargé de l'assurance risques divers au siège social de Canadian Indemnity à Winnipeg, qui a finalement accordé l'autorisation au souscripteur stagiaire, a d'abord demandé s'il s'agissait d'une [TRADUCTION] «nouvelle affaire», qu'il a par la suite interprétée dans son témoignage comme signifiant un nouveau client. Malgré le fait que Canadian Johns-Manville était une nouvelle cliente et que l'amiante constituait un nouveau risque industriel, le dossier a été approuvé en moins d'une heure.

Dans les cas comme l'espèce où le souscripteur n'a encore jamais assuré contre un genre particulier de risque, l'assuré a quand même le droit de

that it is dealing with a reasonably competent underwriter. If the underwriter does not have the requisite level of knowledge prior to considering an insurance risk, it is not disqualified from assuming the risk, but it will naturally be expected to ask a greater number of questions or find other means of acquainting itself with the industry. This does not flow from the principle of constructive knowledge; it is the logical consequence of the rule in art. 2486 C.C. that the insured need not disclose those facts which his insurer is presumed to know, that is, those facts which, by virtue of their public character and notoriety, would be known to the reasonably competent underwriter insuring risks in the industry.

The appellant claims that an insurer has no duty to inquire and cites three relatively recent cases in support of this proposition. The appellant first cites the case of *Alliance Insurance Co. of Philadelphia v. Laurentian Colonies and Hotels Ltd.*, *supra*, at p. 256, where McDougall J.A. made the following statement:

Where no inquiry is made by the insurer, there is still a duty on the part of an assured to disclose the material facts. This is clearly implied from the rule laid down by Lord Mansfield in *Carter v. Boehm* . . .

McDougall J.A. was stating a fundamental rule with respect to the insured which has been codified in art. 2485 C.C. He does not appear to be providing a comprehensive statement regarding the duties of the insured. In the paragraph which follows the one quoted above, he does, however, give some indication that the insurer's behaviour may influence the duties of the insured (at p. 256):

Where questions are asked by the insurer, the applicants' duty of disclosure may be altered. In *Joel v. Law Union and Crown Insurance Co.*, Vaughan Williams L. J. put the point this way: If the proposer is asked to state how many fires he has had in the last three years, the specification of a precise period will relieve him from the duty of disclosing a fire which happened five years before.

présumer qu'il traite avec un souscripteur raisonnablement compétent. Si le souscripteur n'a pas le degré de connaissance nécessaire avant d'envisager la couverture d'un risque, il n'est pas empêché pour autant d'assurer contre ce risque, mais on s'attend naturellement à ce qu'il demande un plus grand nombre de questions ou trouve d'autres moyens de se renseigner au sujet de l'industrie en cause. Cette règle ne découle pas du principe de la connaissance par imputation; c'est la conséquence logique de la règle exprimée dans l'art. 2486 C.c. en vertu de laquelle l'assuré n'est pas tenu de déclarer les faits que son assureur est présumé connaître, c'est-à-dire les faits qui, en raison de leur caractère public et de leur notoriété, doivent être connus d'un souscripteur raisonnablement compétent qui assure contre les risques dans cette industrie.

L'appelante soutient qu'un assureur n'a pas l'obligation de se renseigner et invoque trois arrêts relativement récents à l'appui de cette proposition. L'appelante cite d'abord l'arrêt *Alliance Insurance Co. of Philadelphia v. Laurentian Colonies and Hotels Ltd.*, précité, à la p. 256, dans lequel le juge McDougall dit ceci:

[TRADUCTION] Quand l'assureur ne présente pas de demande de renseignement, il existe quand même une obligation de l'assuré de déclarer les faits pertinents. Cela découle manifestement de la règle énoncée par lord Mansfield dans l'arrêt *Carter v. Boehm* . . .

Le juge McDougall énonce une règle fondamentale qui concerne l'assuré et qui a été codifiée dans l'art. 2485 C.c. Il ne paraît pas établir un énoncé complet des obligations de l'assuré. Dans l'alinéa qui suit celui que je viens de citer, il mentionne cependant que le comportement de l'assureur peut avoir des conséquences sur les obligations de l'assuré (à la p. 256):

[TRADUCTION] Lorsque l'assureur demande des renseignements, l'obligation de déclaration de celui qui fait la proposition peut être modifiée. Dans l'arrêt *Joel v. Law Union and Crown Insurance Co.*, le lord juge Vaughan Williams énonce la règle précise de cette façon: si le proposant se fait demander de déclarer le nombre d'incendies qu'il a eus au cours des trois dernières années, la mention d'une période précise le libère de l'obligation de révéler un incendie qui se serait produit cinq ans auparavant.

It seems to me that this case supports the view, expressed earlier, that the insurer may be seen in certain circumstances to have lessened the burden on the insured otherwise imposed by art. 2485 C.C. This case cannot support the conclusion sought by the appellant to the effect that the insurer has no duty to inquire under any circumstances. The case is at best silent on that point.

Stronger authority for the appellant's argument can be found in two other recent cases: *Fidelity and Casualty Co. of New York v. General Structures Inc.*, *supra*, and *Angelillo v. Prévoyance, Cie d'assurances*, *supra*. In the *Fidelity* case, the insurer alleged that certain answers given by the insured in the proposal amounted to misrepresentations. The insurer therefore contended that the policy was null and void. In particular, the insurer was informed that there was a partnership between the insured and another party when in fact the partnership had ceased to exist. The insured claimed that the insurer knew of the real nature of the business relationship. De Grandpré J. stated that if the insurer had any knowledge it could only have come from the documents provided by the insured, and that these documents were far from sufficient. Clearly, this case involved neither substantial representation nor public nature and notoriety, and it cannot therefore be said to deny the existence of a duty to inquire in those situations. It emerges clearly from the passage quoted by the appellant that the absence of a duty to inquire was particular to the circumstances of this case. De Grandpré J. somewhat sarcastically referred, at p. 1109, to the insured's address as the sole fact which provided a means for the insurer to discover this particular information:

The most one can say in favour of respondent's argument, in view of the fact that the address of the insured is given in the policy as c/o respondent, 50 Place Crémazie, is that this document could have prompted appellant to seek further information. There was no obligation to do so in the circumstances, and I entirely agree with the following extract from the reasons of the trial judge:

Il me semble que cet arrêt étaye l'avis exprimé précédemment que dans certaines circonstances l'assureur peut avoir allégé l'obligation que l'assuré aurait autrement en vertu de l'art. 2485 C.c. Cet arrêt ne peut permettre de tirer la conclusion que l'appelante veut en tirer et qui signifierait que l'assureur n'a jamais l'obligation de se renseigner quelles que soient les circonstances. Tout au plus, l'arrêt est-il muet sur ce point.

Deux autres arrêts constituent une jurisprudence plus convaincante à l'appui de l'argument de l'appelante. Ce sont les arrêts: *Fidelity and Casualty Co. of New York c. General Structures Inc.* et *Angelillo v. Prévoyance, Cie d'assurances*, précitées. Dans l'arrêt *Fidelity*, l'assureur a soutenu que certaines réponses fournies par l'assuré dans la proposition équivalaient à de fausses déclarations. L'assureur a donc soutenu que la police était nulle. Plus précisément, on avait dit à l'assureur qu'il existait une société entre l'assuré et un autre associé alors que la société avait cessé d'exister. L'assuré a soutenu que l'assureur connaissait la nature réelle des relations d'affaires. Le juge de Grandpré dit que si l'assureur en savait quelque chose, ce ne pouvait être que par les documents fournis par l'assuré et que ces documents étaient loin d'être suffisants. Manifestement, cet arrêt ne traite pas de la déclaration en substance ni du caractère public ou notoire des faits, de sorte qu'il est impossible d'affirmer qu'il consacre l'absence d'une obligation de se renseigner dans ces circonstances. Il ressort clairement du passage cité par l'appelante que l'absence d'une obligation de se renseigner était limitée aux circonstances de cette affaire. Le juge de Grandpré mentionne, avec une certaine ironie, à la p. 1109, que l'adresse de l'assuré était le seul fait qui donnait à l'assureur le moyen de découvrir ce renseignement particulier:

Le plus que l'on puisse dire en faveur de la thèse de l'intimée est que ce document, relié au fait que l'adresse de l'assuré dans la police est donnée comme aux soins de l'intimée, 50 Place Crémazie, aurait pu chez l'appelante donner naissance au désir d'en savoir plus long. Aucune obligation de ce faire n'existait en l'espèce et j'adopte entièrement l'extrait suivant tiré des notes du premier juge:

[TRANSLATION] The fact that the garnishee [insurer] would have been wiser to conduct a detailed inquiry cannot prevent him from seeking the annulment of the contract.

The questions which the insured must answer are put so as to avoid subjecting business transactions to excessively long and burdensome inquiries.

Neither in law nor in fact did the insurer know the real situation. Accordingly, he did not waive the possible effects of these false statements noted by the trial judge. [Emphasis added.]

The appellant did not quote this last paragraph. I take de Grandpré J. to be suggesting there that the situation might have been different if by the terms of art. 2486 C.C. the insurer either knew or could be presumed to know the real situation. In such circumstances, it would have been quite normal for the insurer to ask questions if it wished or was required by law to supplement its knowledge.

The appellant also cites the *Angelillo* case in support of its contention that the insurer has no duty to inquire. The appellant quotes the following passage from the reasons of Kaufman J.A., at p. 310:

Unfortunately for the Appellant, the law as it existed in 1974 "obliged" the insured "to represent to the insurer fully and fairly every fact . . .", and I am unable to say, particularly in the light of the amendments, that, in 1974, the insured was entitled to withhold information simply because the insurer (or its agent) had failed to ask the "right" questions.

Kaufman J.A. was referring to the 1974 changes to the *Civil Code* which require that both the policy holder and the insured must fully and fairly disclose all material facts. The information withheld in *Angelillo* was a threat of arson which was known to the insured and could not be known to the insurer. Seen in this light, Kaufman J.A.'s statement to the effect that it is not up to the insurer to ask the right question is both logical and legally sound. It is a simple application of the rule in art. 2485 C.C. Kaufman J.A. made no statement as to the duty of the insurer to inquire where the insurer is unfamiliar with the risk and is insuring that type of risk for the first time, or where the insurer already has substantial knowl-

Le fait que la tierce-saisie [l'assureur] aurait été plus prudente en faisant une enquête approfondie, ne saurait la priver de demander la nullité du contrat.

Les questions auxquelles doit répondre un assuré, sont posées pour éviter des enquêtes qui seraient trop onéreuses et trop longues pour le commerce.

Ni en droit, ni en fait, l'assureur ne connaissait la réalité de la situation. Par conséquent, il n'a pas renoncé aux effets que peuvent avoir ces fausses déclarations constatées par le premier juge. [Je souligne.]

L'appelante n'a pas cité ce dernier alinéa. Je conclus que, d'après le juge de Grandpré, la situation aurait pu être différente si, en vertu de l'art. 2486 C.c., l'assureur avait connu ou aurait pu être présumé connaître la situation véritable. Dans ces circonstances, il aurait été tout à fait normal pour l'assureur de poser des questions s'il voulait plus de renseignements ou s'il était tenu, en droit, d'en obtenir davantage.

L'appelante cite aussi l'arrêt *Angelillo* à l'appui de son allégation que l'assureur n'a pas d'obligation de se renseigner. L'appelante cite le passage suivant des motifs du juge Kaufman, à la p. 310:

[TRADUCTION] Malheureusement pour l'appelante, le droit dans l'état où il était en 1974, «obligeait» l'assuré à «déclarer à l'assureur pleinement et franchement tout fait . . .», et je ne puis dire, compte tenu surtout des modifications, qu'en 1974 l'assuré avait le droit de ne pas divulguer certains renseignements uniquement parce que l'assureur (ou son préposé) a omis de poser les «bonnes» questions.

Le juge Kaufman faisait allusion aux modifications apportées en 1974 au *Code civil* qui exige maintenant que le titulaire de la police aussi bien que l'assuré déclarent pleinement et franchement tous les faits pertinents. Le renseignement non déclaré dans l'affaire *Angelillo* portait sur une menace d'incendie criminel que seul l'assuré connaissait et que l'assureur ne pouvait pas connaître. Vue sous cet angle, l'affirmation du juge Kaufman qu'il n'incombe pas à l'assureur de poser les bonnes questions est à la fois logique et fondée en droit. Il s'agit d'une simple application de la règle de l'art. 2485 C.c. Le juge Kaufman n'affirme rien relativement à l'obligation de l'assureur de se renseigner quand il ne connaît pas bien un risque

edge of the facts through disclosure or public notoriety and can be expected to ask further questions if further details are required.

Warranty as to the Insured's Business Operations

The Insured claims that it was not obliged to disclose serious dangers associated with asbestos because these were facts concerning the operation of the business, a matter which was declared in the form of express warranty. The Insured further argues that because asbestos (and consequently asbestos dangers) was covered by the warranty and because the Insurer failed to ask any questions, the Insured was not obliged to make any further disclosures.

The argument is based of course on art. 2486 C.C. which states in part:

... nor is [the insured] obliged to declare facts covered by warranty express or implied, except in answer to inquiries made by the insurer.

In the Policy, the Insured identified its business operations, and warranted that the declarations were true, as follows:

The following Declarations are warranted by the Insured to be true, and the Policy is issued in consideration thereof.

3. Business Operations

All operations of the Insured, consisting principally of, but not limited to, mining, manufacturing and sale of asbestos.

The Insured then argues that on the authority of *Norwich Union Fire Insurance Society Ltd. v. Gaudreau*, [1953] Que. Q.B. 753, such declarations also take in all facts which are notorious in the industry, and that failure on the part of the Insurer to ask follow-up questions will result in acceptance of the risk. In the *Norwich* case, St-Jacques J.A. affirmed the decision of the lower court in which it had been decided that the insured, the owner of an establishment, described in the policy as a [TRANSLATION] "retail grocery

appartenant à une catégorie de risque qu'il prend en charge pour la première fois ou encore quand l'assureur a déjà une connaissance importante des faits par déclaration ou par notoriété publique et qu'on peut s'attendre à ce qu'il pose d'autres questions s'il désire des précisions.

Garantie relative aux opérations commerciales de l'Assurée

L'Assurée soutient qu'elle n'est pas tenue de déclarer les graves dangers liés à l'amiante parce que ces faits ont trait à ses opérations commerciales, ce sujet faisant l'objet de déclarations sous forme de garantie expresse. L'Assurée soutient en outre que parce que la garantie visait l'amiante (et par conséquent les dangers liés à l'amiante) et parce que l'Assureur n'a pas posé de questions supplémentaires, l'Assurée n'était pas tenue de faire quelque autre déclaration.

Cet argument se fonde, cela va de soi, sur l'art. 2486 C.c. qui prescrit notamment:

... il [l'assuré] n'est pas non plus obligé de déclarer les faits qui sont couverts par la garantie expresse ou implicite, excepté en réponse aux questions que l'assureur peut lui faire.

Dans la police, l'Assurée décrit ses opérations commerciales et garantit la véracité des déclarations comme suit:

[TRANSLATION] L'Assurée garantit que les Déclarations qui suivent sont vraies et la police est souscrite en considération de celles-ci.

3. Opérations commerciales

Toute l'exploitation de l'Assurée consiste principalement, mais non exclusivement, dans l'extraction, la fabrication et la vente d'amiante.

L'Assurée soutient alors qu'en vertu de l'arrêt *Norwich Union Fire Insurance Society Ltd. v. Gaudreau*, [1953] B.R. 753, une telle déclaration englobe également tous les faits qui sont notoires dans l'industrie et que l'omission de l'Assureur de poser des questions supplémentaires emporte l'acceptation du risque. Dans l'arrêt *Norwich*, le juge St-Jacques a confirmé la décision de la cour d'instance inférieure qui avait statué que l'assuré, qui était propriétaire d'un commerce décrit dans la police comme une «épicerie et boucherie en détail»,

and butcher's shop", was not required to inform the insurer that the shop allowed customers to grind their own meat. The insurer had sought to nullify the policy, arguing that the insured was obliged to disclose this fact in accordance with art. 2485 C.C. St-Jacques J.A. quoted the trial judge's response to this argument, at p. 757:

The Court finds that it is not such a fact [as must be disclosed in accordance with art. 2485 C.C.]. The practice of allowing persons to hash their own meat in butcher shops in and about the vicinity of the public market in Magog is, according to the proof, general enough as to be public in character and notoriety in the trade and which the defendant in warranty is presumed to know (C.C. 2486). Here the insurer asks no questions which would help the insured in determining what the insured has in mind with respect to the meaning of the phrase ["retail grocery and butcher's shop"], but has chosen to rely on the general declarations as to the occupation of the premises as a butcher shop. This declaration is in fact true and therefore the defendant in warranty must take the risk involved.

It seems to me that the *Norwich* reasoning is based primarily on the notion of public character and notoriety discussed earlier. It is consistent with the view that if a fact is substantially as depicted by public character and notoriety, properly interpreted, then where the insurer requires more specific or detailed information it must ask questions or investigate. The *Norwich* case also appears to add the point that the insurer cannot simply rely on a declaration even in the form of a warranty. The warranty must of course be true, but it does not relieve the insurer of the responsibility of taking note of facts which the insurer is presumed to know according to the notoriety test in art. 2486 C.C.: the meat grinding system in *Norwich* and the nature and severity of the asbestos-related health risks in the present case.

Accordingly, I do not feel that the respondent's argument on the warranty adds anything to the analysis which has been developed thus far.

n'était pas tenu de mentionner à l'assureur que l'établissement permettait aux clients de hacher eux-mêmes leur viande. L'assureur demandait l'annulation de la police, soutenant que l'assuré était tenu de déclarer ce fait en vertu de l'art. 2485 C.c. En Cour d'appel, le juge St-Jacques cite la réponse faite à cet argument par le juge de première instance, à la p. 757:

[TRADUCTION] La Cour conclut qu'il ne s'agit pas d'un tel fait [qui doit faire l'objet d'une déclaration en vertu de l'art. 2485 C.c.]. Cette coutume de permettre aux personnes de hacher leur propre viande dans les échoppes de boucher dans le marché public de Magog et ses environs est, selon la preuve, assez courante pour avoir un caractère public et une notoriété dans le commerce et être un fait que la défenderesse en garantie est censée connaître. (2486 C.c.) En l'espèce, l'assureur n'a pas posé de questions qui auraient amené l'assuré à préciser ce qu'il entendait par la description [«épicerie et boucherie en détail»], mais a choisi de s'en remettre aux déclarations générales quant à l'utilisation du lieu comme échoppe de boucher. Cette déclaration est effectivement vraie et en conséquence la défenderesse en garantie doit assumer le risque en cause.

Il me semble que le raisonnement de l'arrêt *Norwich* s'appuie principalement sur la notion de caractère public et de notoriété analysée plus haut. Il concorde avec l'avis que si un fait correspond substantiellement à la façon dont le caractère public et la notoriété, bien interprétés, le décrivent, alors si l'assureur veut des renseignements plus précis ou plus détaillés, il doit poser des questions ou se renseigner. L'arrêt *Norwich* semble aussi affirmer que l'assureur ne peut simplement se fier à une déclaration, même sous forme de garantie. Il faut naturellement que la garantie soit vraie, mais elle ne dispense pas l'assureur de l'obligation de prendre connaissance des faits qu'il est présumé connaître en vertu du critère de notoriété de l'art. 2486 C.c.: l'usage en matière de hachage de viande dans l'affaire *Norwich* et la nature et la gravité des risques pour la santé liés à l'amiante en l'espèce.

En conséquence, je ne crois pas que l'argument de l'intimée fondé sur la garantie ajoute quoi que ce soit à l'analyse que j'ai faite jusqu'ici.

VII—The *Uberrimae Fidei* Nature of the Contract of Insurance and the Issue of the Insurer's Negligence

It would not be appropriate in these reasons to embark on an elaborate discussion of the principle of *uberrimae fidei* in the contract of insurance. The point was argued only briefly by the parties.

The notion of *uberrimae fidei* is often rightly mentioned in the context of the insured's duty to disclose. The corresponding duties of the insurer receive less frequent mention, and I propose to make a few general comments here on that subject.

Both of the lower courts noted that the parties acted in good faith. The trial judge made this point very clear but also added, at p. 739, some observations regarding the negligence of the Insurer, plaintiff at first instance:

In the same manner that the insured's good faith is not, by these proceedings, put in question, that of the plaintiff is not either. Notwithstanding that the plaintiff's underwriters, in the Court's opinion, did not show in accepting the risk the care which one would have expected in the premises, there is no evidence whatsoever of fraud or fraudulent intent. Thus the presumption of good faith of our law must prevail.

Elsewhere in the reasons of the trial judge, the negligence of the Insurer was described in greater detail. Boudreault J. found, at p. 736, that it was

difficult to comprehend how an extensive comprehensive general liability policy covering for very large sums almost every type of claims could have been allowed by plaintiff to be underwritten basically by an underwriting trainee whose recommendation appears to have been almost rubber stamped by more senior personnel whose knowledge of the asbestos industry was as deficient as his.

Other parts of the judgment at first instance make clear that the Insurer was "negligent"; that its underwriters had little or no knowledge of the asbestos industry; that they made no attempt "to

VII—La nature *uberrimae fidei* du contrat d'assurance et la question de la négligence de l'Assureur

Il ne conviendrait pas de procéder dans les présents motifs à une analyse poussée du principe d'*uberrimae fidei* applicable au contrat d'assurance. Les parties n'ont que brièvement abordé ce point.

On mentionne souvent, et avec raison, la notion d'*uberrimae fidei* dans le contexte de l'obligation de l'assuré de déclarer les faits. Les obligations correspondantes de l'assureur sont plus rarement mentionnées et je me propose de faire quelques commentaires généraux sur le sujet.

La Cour supérieure et la Cour d'appel ont toutes les deux signalé que les parties avaient agi de bonne foi. Le juge de première instance a très clairement souligné ce point, mais il a ajouté, à la p. 739, certaines remarques au sujet de la négligence de l'Assureur, qui était demandeur en première instance:

[TRADUCTION] De même que la bonne foi de l'assurée n'est pas mise en cause dans les présentes procédures, de même celle de la demanderesse ne l'est pas non plus. Bien que les souscripteurs de la demanderesse n'aient pas, de l'avis de la cour, fait preuve de la prudence à laquelle on se serait attendu d'eux dans ce cas quand ils ont accepté le risque, il n'y a aucun élément de preuve de dol ou d'intention dolosive. Donc la présomption de bonne foi de notre droit doit s'appliquer.

Ailleurs dans ses motifs, le juge de première instance décrit avec plus de détails la négligence de l'Assureur. Le juge Boudreault conclut, à la p. 736, qu'il était

[TRADUCTION] ... difficile de comprendre comment la demanderesse peut avoir laissé souscrire une police d'assurance responsabilité civile générale étendue s'appliquant à toutes sortes de réclamations, pour des sommes très considérables, par un souscripteur stagiaire dont la recommandation semble avoir été approuvée machinalement par des supérieurs plus expérimentés qui ne connaissaient rien de plus que lui à l'industrie de l'amiante.

D'autres passages du jugement de première instance indiquent clairement que l'Assureur a été négligent; que ses souscripteurs avaient peu ou pas de connaissance de l'industrie de l'amiante, qu'ils

fill in the gaps of their ignorance particularly considering the large coverage requested" (p. 727); that they did not show in accepting the risk "the care which one would have expected" (p. 739); that the Insurer asked no questions and requested no additional information regarding asbestos; that it did not conduct even the most simple research; that it "accepted the risk almost blindly" (p. 736); that it showed "negligence in issuing the policy" (p. 737); and that it did all this despite the fact that the Policy was the first asbestos risk that it had ever underwritten.

The appellant and the trial judge were quite justified in stating that it is not the negligence *per se* which deprives the Insurer of its right to demand the nullity of the contract. A more diligent attitude certainly decreases the chances of being caught unaware, but the law will not forgive the insured its failure to disclose material facts unless the insurer knew of such facts (and here it clearly did not) or can be presumed to know because the matter is of the type that would be notorious to the reasonably competent underwriter. As stated earlier, an insurer which is underwriting risks in an industry for the first time will have to find ways to bring its knowledge up to the minimum level. It cannot simply rely on the insured and later place the blame on that insured for the gaps in knowledge of the risk. To do so would not be fraudulent, but it would certainly amount to bad faith.

Articles 2485 and 2486 of the *Civil Code* provide separate indications as to the *uberrimae fidei* nature of the insurance contract. The taking on of an insurance risk is made very difficult if the insurer cannot rely on the full and fair disclosure of the insured regarding facts material to the risk. Without such information, the insurer will be unable properly to decide whether to accept the risk and, if so, at what rate to set the premium. It would be unfair to require the insurer to take on the risk without all the relevant facts.

n'ont pas tenté de [TRADUCTION] «combler les lacunes dues à leur ignorance malgré, notamment, l'ampleur de la couverture demandée» (p. 727), qu'ils n'ont pas fait preuve, en acceptant le risque, «de la prudence à laquelle on se serait attendu d'eux» (p. 739), que l'Assureur n'a pas posé d'autres questions et n'a pas demandé de renseignements supplémentaires au sujet de l'amiante, qu'il n'a même pas mené la plus simple recherche, qu'il a «accepté le risque les yeux presque fermés» (p. 736), qu'il a fait preuve de «négligence en souscrivant la police» (p. 737), et qu'il s'est comporté de la sorte en dépit du fait que cette police portait sur le premier risque relatif à l'amiante qu'il ait jamais pris en charge.

L'appelante et le juge de première instance ont raison de dire que ce n'est pas la négligence elle-même qui retire à l'Assureur son droit de demander la nullité du contrat. Une conduite plus prudente aurait certainement diminué les risques d'être pris en défaut, mais la loi ne soustrait pas l'assuré à l'obligation de déclarer les faits pertinents à moins que l'assureur ne connaisse ces faits (en l'espèce, il ne les connaissait certainement pas) ou qu'il puisse être présumé les connaître parce que la matière relève de celles qui seraient notoires pour un souscripteur raisonnablement compétent. Comme je l'ai déjà dit, un assureur qui assure contre des risques dans une industrie pour la première fois doit trouver des moyens de porter ses connaissances à un niveau minimal. Il ne peut tout bonnement pas s'en remettre à l'assuré et, par la suite, lui reprocher son ignorance du risque. Agir de la sorte ne serait pas frauduleux, mais équivaldrait certainement à de la mauvaise foi.

Les articles 2485 et 2486 du *Code civil* fournissent des indications distinctes sur la nature *uberrimae fidei* du contrat d'assurance. La décision d'assumer un risque en assurance est rendue plus difficile si l'assureur ne peut compter sur des déclarations pleines et franches de l'assuré relativement aux faits pertinents concernant le risque. Sans ces renseignements, l'assureur ne sera pas en mesure de décider en connaissance de cause d'accepter ou non le risque et, s'il le fait, de déterminer le taux de la prime. Il serait injuste d'exiger de l'assureur qu'il assume le risque sans connaître tous les faits pertinents.

Likewise, it must be said that the consequences of the annulment of an insurance contract are very serious for the insured. The insured has almost certainly relied on the validity of the contract and cannot at a later date acquire coverage for a risk which is now perhaps realised. Accordingly, it is in the interests of stability of such contracts that the insured be able to rely on the diligence and professionalism of the insurer so as to avoid having the insurance contract annulled on the basis of facts which were not disclosed but which should have been notorious to the insurer had it acquired the level of knowledge of a reasonably competent underwriter.

Articles 2485 and 2486 C.C. are therefore part of a scheme which encourages the insured to disclose fully and the insurer to know the industry which it insures.

In most cases, the system works. However, the courts see the pathology of the insurance business, and, accordingly, justice must be done in cases where the confusion might have been avoided by the diligent action of both parties. In the present case, it is clear that the Insured was in possession of the Selikoff Reports and could have provided the information to the Insurer. The Insurer for its part had at its disposal many different means of acquiring the minimum level of knowledge expected of a reasonably competent underwriter and appears to have taken advantage of none of them. Because such material facts as were contained in the Selikoff Reports were substantially as depicted by that which was publicly available and notorious to the reasonably competent underwriter, it is the Insurer who must bear the burden of its failure to inform itself properly. Had the asbestos-related risks been less well known in 1970, the Insured would have had to bear the burden, and the insurance contract would have been annulled. The same result would have occurred if it had been established that the Insured fraudulently misrepresented or concealed these facts. There was no such allegation in this case, nor did the trial judge make any suggestion to that effect.

Clearly, both parties are required by law to treat the contract of insurance as an *uberrimae fidei*

De même, il faut signaler que les conséquences de l'annulation d'un contrat d'assurance sont très graves pour l'assuré. Celui-ci a certainement compté sur la validité du contrat et ne peut s'assurer plus tard pour couvrir un risque qui s'est peut-être déjà réalisé. En conséquence, il y va de la stabilité de ces contrats que l'assuré puisse se fier à la diligence et au professionnalisme de l'assureur et ainsi éviter de voir le contrat d'assurance annulé en raison de faits qu'il n'a pas déclarés, mais qui auraient dû être notoires pour l'assureur s'il avait acquis le niveau de connaissance qu'un souscripteur raisonnablement compétent doit avoir.

Les articles 2485 et 2486 C.c. appartiennent donc à un régime qui incite l'assuré à faire des déclarations complètes et l'assureur à connaître l'industrie qu'il assure.

Dans la plupart des cas, le système fonctionne bien. Cependant les tribunaux sont à même de voir les ratés du commerce de l'assurance et, en conséquence, il faut rendre justice dans les cas où la diligence des deux parties aurait évité un imbroglio. En l'espèce, il est manifeste que l'Assurée avait les rapports Selikoff en sa possession et aurait pu fournir les renseignements à l'Assureur. Ce dernier, pour sa part, disposait de nombreux moyens de relever le niveau minimal de ses connaissances à celui que doit avoir un souscripteur raisonnablement compétent et paraît ne s'être prévalu d'aucun de ces moyens. Parce que les faits pertinents dont les rapports Selikoff faisaient état correspondaient, en substance, à ce qui était accessible au public et notoire pour un souscripteur raisonnablement compétent, c'est l'Assureur qui doit porter le fardeau de son omission de se renseigner adéquatement. Si les risques liés à l'amiante avaient été moins connus en 1970, l'Assurée aurait à porter le fardeau et le contrat d'assurance serait déclaré nul. Il en serait de même si l'on avait prouvé que l'Assurée a faussement représenté ces faits ou les a cachés frauduleusement. Il n'y a pas ici d'allégation en ce sens et le juge de première instance n'a pas non plus conclu que c'est ce qui s'était passé.

Manifestement, les deux parties doivent considérer le contrat d'assurance comme un contrat repo-

contract. The insured will disclose fully and fairly or face the annulment of the contract, and the prudent insurer will ensure that it acquires a good knowledge of the industry in which it insures or fail to do so at its peril.

VIII—Confirmation of the Contract

The respondent argues in the alternative that the Insurer has confirmed the Policy by taking up the Insured's defence in the *Foxworthy* case, a law suit filed in the United States in 1975. The case involved allegations as to the medical consequences of prolonged exposure to asbestos fibres, and, accordingly, the Insured claims that at that point the Insurer had knowledge of the health risks associated with asbestos. The respondent claims that when the Insurer continued to defend the Insured in the *Foxworthy* case, the Insurer tacitly confirmed the Policy.

This type of defence is better known as a *fin de non-recevoir*. In this case, the appellant is said to have renounced the right to claim a remedy. The conditions which must be met in order for a party to avail itself of this defence have been set out by Pratte J. in *Racicot v. Bertrand*, [1979] 1 S.C.R. 441, at pp. 451-52:

Two conditions are necessary for the confirmation of an act which is voidable, knowledge of the defect and intent to rectify it:

[TRANSLATION] Confirmation whose objective is to eliminate the defect inherent in the obligation requires, by its very nature, that the person from whom it emanates fulfil the two conditions of knowledge of the defect and intent to rectify it. This is true of tacit confirmation as well as of express confirmation.

Aubry and Rau, 5th ed., v. 4, No. 337, p. 438.

Thus, the Policy may have been confirmed tacitly by the appellant when it took up the respondent's defence in the *Foxworthy* case. In *Racicot v. Bertrand*, Pratte J. noted that the two conditions precedent to a confirmation may be proved by ordinary means, including presumption drawn from the facts, at p. 452:

sant sur la bonne foi la plus totale. L'assuré déclare pleinement et franchement les faits ou subit l'annulation du contrat et l'assureur prudent voit à acquérir une bonne connaissance de l'industrie qu'il assure ou omet de le faire à ses risques et périls.

VIII—Confirmation du contrat

L'intimée soutient, comme moyen subsidiaire, que l'Assureur a confirmé la police en assumant la défense de l'Assurée dans l'affaire *Foxworthy*, une poursuite intentée aux États-Unis en 1975. La cause comportait des allégations sur les conséquences médicales de l'exposition prolongée aux fibres d'amiante et, en conséquence, l'Assurée soutient qu'à ce moment-là l'Assureur avait eu connaissance des risques pour la santé liés à l'amiante. L'intimée soutient qu'en continuant de défendre l'Assurée dans l'affaire *Foxworthy*, l'Assureur a tacitement confirmé la police.

Ce genre de moyen de défense est plus connu sous l'appellation fin de non-recevoir. En l'espèce, on soutient que l'appelante a renoncé à son droit d'exercer un recours. Le juge Pratte, dans l'arrêt *Racicot c. Bertrand*, [1979] 1 R.C.S. 441, aux pp. 451 et 452, énonce les conditions qu'une partie doit remplir pour pouvoir invoquer ce moyen de défense:

La confirmation d'un acte annulable exige deux conditions essentielles: la connaissance du vice et l'intention de le réparer:

La confirmation dont le but est de faire disparaître le vice inhérent à l'obligation, exige, à raison même de sa nature, dans la personne de celui dont elle émane, la double condition de la connaissance de ce vice et de l'intention de le réparer. Il en est ainsi de la confirmation tacite, aussi bien que de la confirmation expresse.

Aubry et Rau, 5^e éd., t. 4, n^o 337, p. 438.

Donc, l'appelante peut avoir tacitement confirmé la police en assumant la défense de l'intimée dans l'affaire *Foxworthy*. Dans l'arrêt *Racicot c. Bertrand*, le juge Pratte souligne, à la p. 452, qu'il est possible de prouver les deux conditions préalables à la confirmation par tous les moyens ordinaires de preuve, y compris la présomption découlant des faits:

The two factors of confirmation, knowledge of the defect and intent to eliminate it, are facts which can be proved by ordinary means. In the case of tacit confirmation, the evidence clearly cannot be direct but must be indirect or by presumption "du fait de l'homme". In this case, the Court infers the existence of the facts to be established from the facts that have been proven. Thus, as Aubry and Rau observe (*ibid.* No. 337, p. 443):

[TRANSLATION] ... tacit confirmation may be inferred from any act whatever involving intent on the part of the person who could bring an action in nullity or rescission to waive such action and cause the voidable or rescindable agreement to take effect, provided that this intent is certain and not ambiguous.

Confirmation may be presumed where a party to a voidable contract performs the contract or exercises rights established by the contract with full knowledge that the contract is voidable: *Cie J. A. Gosselin Ltée v. Péloquin*, [1957] S.C.R. 15, at p. 17.

The trial judge dismissed this confirmation defence because he found that the appellant did not have knowledge of the defect until November of 1978, the time at which the action in nullity was filed. All of the appellant's representatives at trial denied having knowledge of any actionable concealment of the content of the Selikoff Reports and the trial judge accepted that evidence. The trial judge also pointed to authority which indicated that the tacit confirmation must be unequivocal.

The respondent argues that this finding of fact was manifestly unreasonable because the evidence shows that the appellant knew at the time it defended the *Foxworthy* case that the respondent had concealed the content of the Selikoff Reports. The respondent refers to newspaper articles which were in the appellant's underwriting file and which state that the respondent knew about the health risks associated with asbestos. The trial judge rejected this inference as follows, at p. 742:

Les deux éléments de la confirmation, la connaissance du vice et l'intention de le faire disparaître, sont des faits dont la preuve peut se faire par les moyens ordinaires. Dans le cas de la confirmation tacite, le procédé de preuve n'est évidemment pas celui de la preuve directe, mais plutôt celui de la preuve indirecte ou par présomption du fait de l'homme. Dans ce cas, le juge déduit l'existence des faits à établir des faits qui ont été prouvés devant lui. Ainsi donc, comme l'enseignent Aubry et Rau (*ibidem*, n° 337, p. 443):

... la confirmation tacite peut *bis* s'induire de tout acte, quel qu'il soit, impliquant de la part de celui qui pouvait agir en nullité ou en rescision l'intention *ter* de renoncer à son action et de faire produire effet à la convention annulable ou rescindable, pourvu que cette intention soit certaine et non équivoque.

La confirmation peut se présumer quand une partie à un contrat annulable exécute le contrat ou exerce des droits qui en découlent en sachant très bien que le contrat est annulable: *Cie J. A. Gosselin Ltée v. Péloquin*, [1957] R.C.S. 15, à la p. 17.

Le juge de première instance a rejeté ce moyen de défense de confirmation parce qu'il a conclu que l'appelante ne connaissait pas le vice avant novembre 1978, date à laquelle elle a intenté l'action en nullité. Tous ceux qui représentaient l'appelante en première instance ont nié avoir eu connaissance d'une réticence quelconque ouvrant droit à une action au sujet de ce que disaient les rapports Selikoff et le juge de première instance a accepté cette preuve. Le juge de première instance a aussi fait état de doctrine et de jurisprudence indiquant que la confirmation tacite doit être non équivoque.

L'intimée soutient que cette conclusion de fait est manifestement déraisonnable parce que la preuve démontre que l'appelante savait au moment de défendre l'action *Foxworthy* qu'il y avait eu réticence de la part de l'intimée relativement au contenu des rapports Selikoff. L'intimée fait état des articles de journaux qui se trouvaient dans le dossier de souscription de l'appelante et qui affirment que l'intimée connaissait les risques pour la santé liés à l'amiante. Le juge de première instance a rejeté cette conclusion dans les termes suivants, à la p. 742:

Everyone of plaintiff's representative [*sic*] denied having such direct knowledge. While the *Toronto Star* article of February 18th, 1975 . . . read by Mr. Mussell, who placed it in the head office underwriting file, does indicate serious health hazards arising from the handling of asbestos fibres, it would not in the Court's view necessarily indicate to an ordinarily perspicacious reader of the articles taken as a whole that defendant had, at inception and/or renewal, such extensive knowledge of the dangers associated with asbestos fibres that the breach herein can be inferred to have been known to plaintiff.

I am of the opinion that the trial judge's finding with respect to the appellant's knowledge was not manifestly in error. I am particularly influenced by the trial judge's distinction between the Insurer's subsequent knowledge of the health hazards associated with asbestos and its subsequent knowledge of the concealment of such information by the respondent. It is the Insurer's knowledge and intent to waive this defect that is the basis for the argument based on confirmation of the contract. Boudreault J. noted that the *Foxworthy* proceedings did not provide the Insurer with any firm information regarding knowledge that the Insured might have had with respect to the asbestos risks. Interrogatories were in fact filed asking the Insured questions which, if answered, would have provided the Insurer with firm information. The action was settled, however, and the interrogatories were never answered. In these circumstances, I hesitate to disagree with the trial judge. In any event, the success of the Insured's other defences makes a decision on this matter unnecessary.

IX—Conclusion

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Lavery, O'Brien, Montréal.

Solicitors for the respondent: Clarkson, Tétrault, Montréal.

[TRADUCTION] Tous les représentants de la demanderesse ont nié avoir cette connaissance directe. Bien que l'article du *Toronto Star* du 18 février 1975 [...] que M. Mussell a lu et qu'il a versé au dossier de souscription au siège social, fasse état des risques graves pour la santé découlant de la manipulation des fibres d'amiante, il n'indique pas nécessairement, de l'avis de la Cour, à un lecteur ordinairement perspicace qui le lirait dans son ensemble, que la défenderesse avait, lors de la souscription ou du renouvellement, une connaissance suffisamment étendue des dangers liés aux fibres d'amiante pour qu'il faille en conclure à la connaissance par la demanderesse de la faute dont il est question ici.

Je suis d'avis que la conclusion du juge de première instance au sujet de la connaissance de l'appelante n'est pas manifestement erronée. Je retiens plus précisément la distinction que fait le juge de première instance entre la connaissance subséquente de l'Assureur des risques pour la santé liés à l'amiante et sa connaissance subséquente de la réticence de l'intimée au sujet de ces renseignements. Ce sont la connaissance du vice par l'Assureur et l'intention de celui-ci d'y renoncer qui sont les conditions de la confirmation du contrat. Le juge Boudreault souligne que les procédures dans l'affaire *Foxworthy* n'ont pas fourni à l'Assureur des renseignements certains sur la connaissance que pouvait avoir l'Assurée au sujet des risques liés à l'amiante. La procédure comporte des interrogatoires préalables dans lesquels on a posé à l'Assurée des questions qui, si celle-ci y avait répondu, auraient fourni à l'Assureur des renseignements certains. Cependant l'action a été réglée hors cour et les interrogatoires n'ont jamais reçu de réponse. Dans ces circonstances j'hésite à différer d'avis avec le juge de première instance. De toute façon, parce que l'Assurée a gain de cause par ailleurs, une décision sur cette question n'est pas nécessaire.

IX—Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Lavery, O'Brien, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Clarkson, Tétrault, Montréal.

Multiform Manufacturing Co. Ltd., Creative Design Homes Limited, Café Arrêt de Montréal, 106706 Canada Inc., 90430 Canada Inc. and Multiform Kitchens International Appellants

v.

Her Majesty The Queen, the Attorney General of Canada, His Honour Judge Patrick Falardeau in his capacity as justice of the peace for the province of Quebec, J.H. Réal Poirier and the Attorney General of Quebec Respondents

INDEXED AS: R. v. MULTIFORM MANUFACTURING CO.

File No.: 21056.

1990: May 25; 1990: September 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Search and seizure — Bankruptcy — Bankruptcy Act providing for authorization of searches in limited circumstances related to bankruptcy — Whether public authorities can also resort to s. 443 of Criminal Code to obtain a search and seizure warrant where Bankruptcy Act applies — Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, s. 6 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 443.

Respondent Poirier, an R.C.M.P. constable, applied for a warrant under s. 443 of the *Criminal Code* in order to have access to appellants' books, records and documents for purposes of an investigation into allegations of certain *Bankruptcy Act* violations. The warrant was issued and R.C.M.P. officers searched appellants' premises and seized various documents. Appellants applied to have the warrant quashed on the ground that the search should have been conducted pursuant to s. 6(2) of the *Bankruptcy Act*, not s. 443 of the *Criminal Code*. An amendment to s. 443(1) of the *Code* in 1985 added the words "or any other Act of Parliament" to paras. (a) and (b). The Superior Court concluded that the intent of the amendment was to render s. 443 applicable to all federal statutes, whether or not they included search and

* Chief Justice at the time of judgment.

Multiform Manufacturing Co. Ltd., Creative Design Homes Limited, Café Arrêt de Montréal, 106706 Canada Inc., 90430 Canada Inc. et Multiform Kitchens

a International Appellantes

c.

b Sa Majesté la Reine, le procureur général du Canada, le juge Patrick Falardeau en sa qualité de juge de paix agissant pour la province de Québec, J.H. Réal Poirier et le procureur général du Québec Intimés

c

RÉPERTORIÉ: R. c. MULTIFORM MANUFACTURING CO.

N° du greffe: 21056.

1990: 25 mai; 1990: 13 septembre.

d

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

e EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Perquisition et saisie — Faillite — Autorisation de perquisitionner prévue dans la Loi sur la faillite dans des circonstances limitées reliées à la faillite — Les autorités peuvent-elles recourir aussi à l'art. 443 du Code criminel pour obtenir un mandat de perquisition et de saisie lorsque la Loi sur la faillite s'applique? — Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, ch. B-3, art. 6 — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 443.

L'intimé Poirier, un agent de la GRC, a demandé un mandat en vertu de l'art. 443 du *Code criminel* dans le but d'avoir accès aux livres, aux registres et aux documents des appelantes à des fins d'enquête sur des allégations d'infractions à la *Loi sur la faillite*. Le mandat a été décerné et les agents de la GRC ont perquisitionné les locaux des appelantes et y ont saisi divers documents. Les appelantes ont demandé l'annulation du mandat de perquisition, alléguant que la perquisition aurait dû se faire conformément au par. 6(2) de la *Loi sur la faillite* et non en application de l'art. 443 du *Code criminel*. Une modification apportée au par. 443(1) du *Code* en 1985 a ajouté les mots «ou à toute autre loi du Parlement» aux al. a) et b). La Cour supérieure a conclu que la modification avait pour objet de rendre l'art. 443

* Juge en chef à la date du jugement.

seizure provisions, and dismissed the application. The Court of Appeal affirmed the decision.

Held: The appeal should be dismissed.

The 1985 amendment to s. 443 of the *Criminal Code* makes the section applicable to all cases involving violations of federal statutes. On a plain reading, s. 443 applies to proceedings under any federal statute, regardless of whether or not it contains search and seizure provisions. Additionally, the section reveals that Parliament, when it wanted to restrict the application of s. 443, did so expressly (as in s. 443(1)(e)) through the use of the words "subject to any other Act of Parliament".

Statutes and Regulations Cited

Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, s. 6.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 24(1).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 443 [am. 1985, c. 19, s. 69].
Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 27(2).

Authors Cited

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*. Translated by Katherine Lippel, John Philpot and Bill Schabas. Cowansville, Quebec: Yvon Blais Inc., 1984.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Maxwell, Sir Peter B. *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. By P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1988] R.L. 216, 22 Q.A.C. 168, 42 C.C.C. (3d) 174, affirming the judgment of the Superior Court, [1987] R.J.Q. 879, 33 C.C.C. (3d) 521, dismissing appellants' application to have a search warrant quashed. Appeal dismissed.

Guy Du Pont and *Basile Angelopoulos*, for the appellants.

Pierre Loiselle, Q.C., for the respondents Her Majesty The Queen, the Attorney General of Canada and J.H. Réal Poirier.

Claude Provost, for the respondent the Attorney General of Quebec.

applicable à toutes les lois fédérales, qu'elles aient ou non des dispositions relatives aux perquisitions et aux saisies, et a rejeté la demande. La Cour d'appel a confirmé cette décision.

a Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La modification de 1985 apportée à l'art. 443 du *Code criminel* le rend applicable à toutes les actions visant la violation de lois fédérales. Selon son sens clair, l'art. 443 s'applique aux procédures engagées en vertu de toute loi fédérale, que la loi en question contienne ou non des dispositions prévoyant les perquisitions et les saisies. De plus, l'article montre que lorsque le législateur a voulu restreindre l'application de l'art. 443, il l'a fait expressément (comme à l'al. 443(1)e) en précisant «sous réserve de toute autre loi du Parlement».

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 24(1).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 443 [mod. 1985, ch. 19, art. 69].
Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, ch. I-23, art. 27(2).
Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, ch. B-3, art. 6.

e Doctrine citée

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1982.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Maxwell, Sir Peter B. *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. By P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969.

b POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1988] R.L. 216, 22 Q.A.C. 168, 42 C.C.C. (3d) 174, qui a confirmé le jugement de la Cour supérieure, [1987] R.J.Q. 879, 33 C.C.C. (3d) 521, qui avait rejeté la demande des appelantes visant à l'annulation d'un mandat de perquisition. Pourvoi rejeté.

Guy Du Pont et *Basile Angelopoulos*, pour les appelantes.

Pierre Loiselle, c.r., pour les intimés Sa Majesté la Reine, le procureur général du Canada et J.H. Réal Poirier.

j Claude Provost, pour l'intimé le procureur général du Québec.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER C.J.—Section 6 of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3, provides for the authorization of searches in limited circumstances related to bankruptcy. This appeal raises the following issue: in situations where s. 6 of the *Bankruptcy Act* is applicable, can public authorities also resort to s. 443 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 487, as amended by R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 68) to obtain a search and seizure warrant?

Facts

Pursuant to s. 6(1) of the *Bankruptcy Act*, the Superintendent of Bankruptcy asked the R.C.M.P. to investigate allegations of *Bankruptcy Act* violations in relation to the bankruptcy of Multiform Kitchens International Ltd. The appellants were all companies related to Multiform Kitchens International Ltd. Constable J.H. Réal Poirier applied for a warrant under s. 443 of the *Criminal Code* in order to have access to the appellants' books, records and documents, all of which were necessary to the investigation. Falardeau J.S.P.C. issued the warrant and the R.C.M.P. officers searched the appellants' premises and seized various accounting books, records and documents. The appellants applied to have the search warrant quashed stating that the search should have been conducted pursuant to s. 6(2) of the *Bankruptcy Act* and not s. 443 of the *Criminal Code*. The Quebec Superior Court dismissed the application. A subsequent appeal was dismissed by the Quebec Court of Appeal.

Relevant Statutory Provisions

Section 6 of the *Bankruptcy Act* provides

6. (1) Where, on information supplied by an official receiver, trustee or other person, it appears to the Superintendent that there are reasonable grounds for suspecting that a person has, in connection with a bankruptcy, committed an offence under this Act or any other Act of the Parliament of Canada, whether before or after the

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER—L'article 6 de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, ch. B-3, autorise les perquisitions dans des circonstances limitées reliées à une faillite. Cet appel soulève la question suivante: dans les situations où s'applique l'art. 6 de la *Loi sur la faillite*, les autorités publiques peuvent-elles aussi recourir à l'art. 443 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (aujourd'hui L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487, modifié par L.R.C. (1985), ch. 27 (1^{er} supp.), art. 68) pour obtenir un mandat de perquisition et de saisie?

Les faits

Conformément au par. 6(1) de la *Loi sur la faillite*, le surintendant des faillites a demandé à la GRC de faire enquête sur des allégations d'infractions à la *Loi sur la faillite* relativement à la faillite de Multiform Kitchens International Ltd. Les appelantes étaient toutes des sociétés liées à Multiform Kitchens International Ltd. Le gendarme J. H. Réal Poirier a demandé un mandat conformément à l'art. 443 du *Code criminel* dans le but d'avoir accès aux livres, aux registres et aux documents des appelantes, qui étaient tous nécessaires à l'enquête. Le juge Falardeau de la Cour des sessions de la paix a décerné le mandat réclamé et les agents de la GRC ont perquisitionné les locaux des appelantes et y ont saisi divers livres, registres et documents comptables. Les appelantes ont demandé l'annulation du mandat de perquisition, alléguant que la perquisition aurait dû se faire conformément au par. 6(2) de la *Loi sur la faillite* et non en application de l'art. 443 du *Code criminel*. La Cour supérieure du Québec a rejeté cette requête. Un appel subséquent a été rejeté par la Cour d'appel du Québec.

Dispositions législatives pertinentes

L'article 6 de la *Loi sur la faillite* prévoit ce qui suit:

6. (1) Lorsque, sur les renseignements fournis par un séquestre officiel, un syndic ou une autre personne, il apparaît au surintendant qu'il y a des motifs raisonnables de soupçonner qu'une personne a commis relativement à une faillite, une infraction à la présente loi, ou à quelque autre loi du Parlement du Canada, que ce soit

bankruptcy, the Superintendent may, if it appears to him that the matter might not otherwise be investigated, make or cause to be made such inquiries or investigations as he deems expedient with respect to the conduct, dealings and transactions of the bankrupt concerned, the causes of his bankruptcy and the disposition of his property.

(2) For the purposes of an investigation under subsection (1), the Superintendent or any person duly authorized by him in writing, with the approval of the court, which may be given upon an *ex parte* application, may, either alone or together with such peace officers as he calls on to assist him, enter and search, if necessary by force, any building, receptacle or place for books, records, papers or documents that may afford evidence as to an offence in connection with a bankruptcy and examine any such books, records, papers or documents.

(7) Where any book, record, paper or other document is examined or produced in accordance with this section, the person by whom it is examined or to whom it is produced or the Superintendent may make or cause to be made one or more copies thereof, and a document purporting to be certified by the Superintendent or a person thereunto authorized by him to be a copy made pursuant to this section is admissible in evidence and has the same probative force as the original document would have if it were proven in the ordinary way.

Section 443 of the *Criminal Code*, when the warrant hereunder was sought, provided:

443. (1) A justice who is satisfied by information upon oath in Form 1, that there is reasonable ground to believe that there is in a building, receptacle or place

(a) anything on or in respect of which any offence against this Act or any other Act of Parliament has been or is suspected to have been committed,

(b) anything that there is reasonable ground to believe will afford evidence with respect to the commission of an offence against this Act or any other Act of Parliament, or

(c) anything that there is reasonable ground to believe is intended to be used for the purpose of committing any offence against the person for which a person may be arrested without warrant,

may at any time issue a warrant under his hand authorizing a person named therein or a peace officer

avant ou après la faillite, il est loisible au surintendant, s'il lui apparaît que l'affaire peut par ailleurs n'être l'objet d'aucune recherche, de faire ou de faire faire les enquêtes ou recherches qu'il estime opportunes sur la conduite, les négociations, les transactions du failli intéressé, sur les causes de sa faillite et l'emploi de ses biens.

(2) Aux fins des recherches prévues au paragraphe (1), le surintendant ou une personne qu'il a dûment autorisée par écrit, avec l'approbation du tribunal qui peut être accordée sur une demande *ex parte*, peut, soit seul soit conjointement avec les agents de la paix dont il réclame l'assistance, entrer et perquisitionner, par la force si nécessaire, dans tout bâtiment, et inspecter tout contenant ou endroit où se trouvent des livres, registres, papiers ou documents qui peuvent fournir la preuve d'une infraction relative à une faillite et examiner tous semblables livres, registres, papiers ou documents.

(7) Lorsqu'un livre, registre, papier ou autre document est examiné ou produit en conformité du présent article, la personne qui fait l'examen, ou à qui ladite pièce est produite, ou le surintendant peut en faire ou en faire faire une ou plusieurs copies, et un document censé être certifié par le surintendant ou une personne autorisée par ce dernier à cette fin comme étant une copie faite conformément au présent article est admissible à titre de preuve et possède la même valeur probante que le document original aurait eue si la preuve en avait été établie de la façon ordinaire.

L'article 443 du *Code criminel*, au moment où le mandat concerné a été demandé, prévoyait ce qui suit:

443. (1) Un juge de paix qui est convaincu, à la suite d'une dénonciation faite sous serment suivant la formule 1, qu'il existe un motif raisonnable pour croire que, dans un bâtiment, contenant ou lieu, se trouve

a) une chose à l'égard de laquelle une infraction à la présente loi, ou à toute autre loi du Parlement, a été commise ou est soupçonnée avoir été commise,

b) une chose qui, pour un motif raisonnable, porte à croire qu'elle fournira une preuve touchant la commission d'une infraction à la présente loi, ou à toute autre loi du Parlement, ou

c) une chose qui, pour un motif raisonnable, porte à croire qu'elle est destinée à servir aux fins de la perpétration d'une infraction contre la personne, pour laquelle un individu peut être arrêté sans mandat,

peut à tout moment décerner un mandat sous son seing, autorisant une personne qui y est nommée ou un agent de la paix,

(d) to search the building, receptacle or place for any such thing and to seize it, and

(e) subject to any other Act of Parliament, to, as soon as practicable, bring the thing seized before, or make a report in respect thereof to, the justice or some other justice for the same territorial division in accordance with section 445.1.

Finally, s. 27(2) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, read as follows:

27. ...

(2) All the provisions of the *Criminal Code* relating to indictable offences apply to indictable offences created by an enactment, and all the provisions of the *Criminal Code* relating to summary conviction offences apply to all other offences created by an enactment, except to the extent that the enactment otherwise provides.

The Judgments of the Courts Below

Superior Court: [1987] R.J.Q. 879, 33 C.C.C. (3d) 521

Section 443(1) was amended in 1985 to add the words "or any other Act of Parliament" to paras. (a) and (b). Boilard J. noted that, prior to this amendment, s. 443 of the *Code* could be used to obtain a warrant in relation to federal statutes which did not have search and seizure provisions. He concluded that the intent of the 1985 amendment was to render s. 443 applicable to all federal statutes, whether or not they included search and seizure provisions. Boilard J. was also of the opinion that the availability of two procedures for authorizing searches (s. 443 of the *Code* and s. 6 of the *Bankruptcy Act*) would not offend s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Court of Appeal: [1988] R.L. 216, 22 Q.A.C. 168, 42 C.C.C. (3d) 174

Bernier J.A., writing for the Court, held that until the 1985 amendment, s. 443 of the *Code* could only be used where the federal statute in question contained no search and seizure provisions. In his opinion, the purpose of the 1985 amendment which added the words "or any other

d) à faire une perquisition dans ce bâtiment, contenant ou lieu, pour rechercher cette chose et la saisir, et

e) sous réserve de toute autre loi du Parlement, dans les plus brefs délais possibles, la transporter devant le juge de paix ou un autre juge de paix de la même circonscription territoriale ou en faire rapport, en conformité avec l'article 445.1.

Finally, le par. 27(2) de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, ch. I-23, est libellé comme suit:

27. ...

(2) Toutes les dispositions du *Code criminel* relatives aux actes criminels s'appliquent aux actes criminels créés par un texte législatif, et toutes les dispositions du *Code criminel* relatives aux infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité s'appliquent à toutes les autres infractions créées par un texte législatif, sauf dans la mesure où ce dernier en décide autrement.

Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

La Cour supérieure: [1987] R.J.Q. 879, 33 C.C.C. (3d) 521

Le paragraphe 443(1) a été modifié en 1985 par l'adjonction des mots «ou à toute autre loi du Parlement» aux al. a) et b). Le juge Boilard a souligné qu'avant cette modification, on pouvait recourir à l'art. 443 du *Code* pour obtenir un mandat relativement à des lois fédérales qui n'avaient pas de dispositions ayant trait aux perquisitions et aux saisies. Il a conclu que la modification de 1985 avait pour objet de rendre l'art. 443 applicable à toutes les lois fédérales, qu'elles aient ou non des dispositions relatives aux perquisitions et aux saisies. Le juge Boilard s'est aussi montré d'avis que l'existence de deux procédures d'autorisation des perquisitions (l'art. 443 du *Code* et l'art. 6 de la *Loi sur la faillite*) ne serait pas contraire à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

La Cour d'appel: [1988] R.L. 216, 22 Q.A.C. 168, 42 C.C.C. (3d) 174

Le juge Bernier, s'exprimant au nom de la Cour d'appel, a conclu qu'avant la modification de 1985, on ne pouvait avoir recours à l'art. 443 du *Code* qu'en l'absence, dans la loi fédérale en cause, de dispositions relatives aux perquisitions et aux saisies. À son avis, la modification de 1985, qui

Act of Parliament” was to widen the application of s. 443 of the *Code* so as to make it available as an investigatory tool for violations of any federal statute. He also dismissed the argument to the effect s. 27 of the *Interpretation Act* removes search and seizure powers of the Superintendent in relation to violations of the *Bankruptcy Act* from the potential application of s. 443 of the *Code*. It could not be said that, to use the terms of s. 27(2) of the *Interpretation Act*, s. 6 of the *Bankruptcy Act* “otherwise provides”. Like the Superior Court, the Court of Appeal dismissed any argument relating to an alleged violation of the *Charter*.

Analysis

Two preliminary remarks are in order to circumscribe the limits of the question this Court is called upon to answer. First, neither the constitutionality of s. 6 of the *Bankruptcy Act* nor that of s. 443 of the *Code* and, in particular, the applicability of the latter to all offences irrespective of whether they are created by an Act other than the *Criminal Code*, was questioned by the parties before this Court. Second, although the appellants seek remedy under s. 24(1) of the *Charter*, no argument was presented to this Court in relation to any violation of the *Charter*. Indeed, there is no suggestion that the officers, through the exercise of the powers granted them under s. 443 of the *Code*, violated the appellants’ rights under the *Charter*. The only question this Court must answer is whether s. 6 of the *Bankruptcy Act* and s. 443 of the *Criminal Code* can both be resorted to in the course of an investigation instigated by the Superintendent of Bankruptcy.

The parties and the courts below made an exhaustive review of the case law which developed prior to the amendment of s. 443 of the *Code* in 1985. Where a federal statute included search and seizure powers, the cases were clearly to the effect that s. 443 of the *Code* could not be resorted to. Some legal controversy existed however where statutes were silent as to search and seizure powers. The majority of the cases suggested that s. 443 of the *Code* could be used in such cases by resorting to the application of s. 27(2) of the

ajoutait les mots «ou à toute autre loi du Parlement», visait à étendre le champ d’application de l’art. 443 du *Code* pour en faire un outil d’enquête dans le cas de violation de toute loi fédérale. Il a aussi rejeté l’argument selon lequel l’art. 27 de la *Loi d’interprétation* soustrait à l’application potentielle de l’art. 443 du *Code* les pouvoirs de perquisition et de saisie du surintendant à l’égard des violations de la *Loi sur la faillite*. On ne peut dire, pour reprendre les termes du par. 27(2) de la *Loi d’interprétation*, que l’art. 6 de la *Loi sur la faillite* «en décide autrement». À l’instar de la Cour supérieure, la Cour d’appel a rejeté tout argument relatif à une allégation de violation de la *Charte*.

Analyse

Deux remarques préliminaires s’imposent afin de circonscrire les limites de la question soumise à cette Cour. Premièrement, les parties n’ont pas contesté devant nous la constitutionnalité de l’art. 6 de la *Loi sur la faillite* ni celle de l’art. 443 du *Code* et, en particulier, l’applicabilité de cette dernière disposition à toutes les infractions, quelles soient ou non créées par une autre loi que le *Code criminel*. Deuxièmement, bien que les appelantes demandent réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, aucune violation de la *Charte* n’a été plaidée devant cette Cour. En effet, on a nullement laissé entendre que les agents, dans l’exercice des pouvoirs que leur confère l’art. 443 du *Code*, auraient violé les droits accordés aux appelantes par la *Charte*. La seule question à laquelle cette Cour doit répondre consiste à savoir si l’on peut recourir aussi bien à l’art. 6 de la *Loi sur la faillite* qu’à l’art. 443 du *Code criminel* au cours d’une enquête ordonnée par le surintendant des faillites.

Les parties et les tribunaux d’instance inférieure ont fait un examen exhaustif de la jurisprudence établie avant la modification de l’art. 443 du *Code* en 1985. Là où une loi fédérale comportait des pouvoirs de perquisition et de saisie, la jurisprudence disait clairement que l’on ne pouvait recourir à l’art. 443 du *Code*. Les avis étaient toutefois quelque peu partagés lorsque les lois restaient silencieuses sur la question des pouvoirs en matière de perquisition et de saisie. La plupart des arrêts laissaient entendre qu’il était possible en de pareil-

Interpretation Act. Since section 27(2) provided that the *Code* was applicable to any offence under a federal statute, s. 443 was, where the statute was silent as regards searches, available to public authorities in need of a search warrant. Indeed, in cases where the statute was silent as to search and seizure powers, it could not be said that s. 27(2) did not apply because there was not in the statute an "enactment [that] otherwise provides".

What then is the effect of the amendment? In my view, the amendment to s. 443 of the *Code* makes it applicable to all cases involving violations of federal statutes.

When the courts are called upon to interpret a statute, their task is to discover the intention of Parliament. When the words used in a statute are clear and unambiguous, no further step is needed to identify the intention of Parliament. There is no need for further construction when Parliament has clearly expressed its intention in the words it has used in the statute. As Maxwell stated in *The Interpretation of Statutes* (12th ed. 1969), at pp. 28-29:

If there is nothing to modify, alter or qualify the language which the statute contains, it must be construed in the ordinary and natural meaning of the words and sentences. "The safer and more correct course of dealing with a question of construction is to take the words themselves and arrive if possible at their meaning without, in the first instance, reference to cases."

The rule of construction is "to intend the Legislature to have meant what they have actually expressed." The object of all interpretation is to discover the intention of Parliament, "but the intention of Parliament must be deduced from the language used," for "it is well accepted that the beliefs and assumptions of those who frame Acts of Parliament cannot make the law."

Where the language is plain and admits of but one meaning, the task of interpretation can hardly be said to arise.

Or, as Professor P. A. Côté succinctly puts it in *The Interpretation of Legislation in Canada* (1984), at p. 2:

les circonstances de recourir à l'art. 443 du *Code* en appliquant le par. 27(2) de la *Loi d'interprétation*. Comme le par. 27(2) prévoyait que le *Code* s'appliquait à toutes les infractions créées par une loi fédérale, les autorités publiques qui avaient besoin d'un mandat de perquisition pouvaient recourir à l'art. 443 lorsque la loi concernée ne disait rien au sujet des perquisitions. En fait, dans les circonstances où la loi en cause ne prévoyait pas de pouvoirs de perquisition et de saisie, on ne pouvait dire que le par. 27(2) ne s'appliquait pas parce qu'il ne se trouvait pas dans la loi un «texte législatif qui en décidait autrement».

Quel est donc l'effet de la modification? À mon sens, la modification de l'art. 443 du *Code* le rend applicable à toutes les actions visant la violation de lois fédérales.

La tâche des tribunaux à qui l'on demande d'interpréter une loi consiste à rechercher l'intention du législateur. Lorsque le texte de la loi est clair et sans ambiguïté, aucune autre démarche n'est nécessaire pour établir l'intention du législateur. Nul n'est besoin d'une interprétation plus poussée lorsque le législateur a clairement exprimé son intention par les mots qu'il a employés dans la loi. Comme l'a dit Maxwell dans *The Interpretation of Statutes* (12^e éd. 1969), aux pp. 28 et 29:

[TRADUCTION] Si rien ne vient modifier, changer ou préciser le texte de la loi, elle doit s'interpréter selon le sens ordinaire et naturel des mots et des phrases. «La façon la plus sûre et la plus juste d'aborder une question d'interprétation, c'est de prendre les mots eux-mêmes et d'en découvrir si possible la signification sans, tout d'abord, se référer à des arrêts».

Une règle d'interprétation veut que l'on présume que «le législateur a voulu dire ce qu'il a exprimé.» L'objet de toute interprétation est de découvrir l'intention du législateur «mais il faut déduire l'intention du législateur à partir des mots utilisés» car «il est reconnu que les convictions et les idées de ceux qui rédigent les lois du Parlement ne sauraient faire la loi».

Lorsque le texte est clair et ne saurait avoir qu'un sens, on ne peut dire que se pose le problème de l'interprétation.

Ou, comme l'a dit succinctement le professeur P. A. Côté dans *Interprétation des lois* (1982), à la p. 2:

It is said that when an Act is clear there is no need to interpret it: a simple reading suffices.

To the same effect see Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 28.

Turning back to s. 443 as it stood after its amendment, I am in complete agreement with Boilard J. when he says (at p. 529, C.C.C.):

[Translation] This amendment was not adopted for the sole purpose of codifying the common law rule which is distilled from the list of decisions set out above. Parliament clearly wanted to change the scope of s. 443 and to extend it to all federal legislation.

In 1985, the words "or any other Act of Parliament" were added to paras. (a) and (b) of s. 443(1) of the *Code*. On a plain reading, s. 443 would thus apply to proceedings under any federal statute, regardless of whether or not the statute in question also contains search and seizure provisions. The use of the word "any" unambiguously shows that every single Act of Parliament could fall within the ambit of these paragraphs.

Further support for the general application of paras. (a) and (b), assuming any is needed, is found by reference to para. (e) of s. 443(1), which reveals that when Parliament wanted to restrict the application of s. 443 it expressly did so. In para. (e) of s. 443(1), Parliament specifically provided for a restriction to the general application of this paragraph by making it "subject to any other Act of Parliament". As the *expressio unius est exclusio alterius* maxim suggests, the presence of such a restriction in one paragraph reinforces the position that Parliament did not intend to restrict the scope of paras. (a) and (b). I therefore conclude that s. 443(1)(a) and (b) (now s. 487(1)(a) and (b)) is applicable to any federal statute whether or not that statute includes any reference to search and seizure powers.

I would accordingly dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Phillips & Vineberg, Montréal.

Lorsque la loi est claire, dira-t-on, point n'est besoin de l'interpréter: il suffit alors de la lire.

Driedger exprime la même opinion dans son ouvrage *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la p. 28.

En ce qui concerne l'art. 443 tel que rédigé après sa modification, je suis entièrement d'accord avec le juge Boilard quand il dit (à la page 884, R.J.Q.):

Cet amendement n'est pas intervenu dans le seul but de rendre statutaire la règle de *common law* qui se dégageait de la liste des décisions énumérées ci-haut. Le Parlement a clairement voulu changer la portée de l'article 443 pour l'étendre à toute la législation fédérale.

En 1985, les mots «ou à toute autre loi du Parlement» ont été ajoutés aux al. a) et b) du par. 443(1) du *Code*. Selon son sens clair, l'art. 443 s'appliquerait donc aux procédures engagées en vertu de toute loi fédérale, que la loi en question contienne ou non des dispositions prévoyant les perquisitions et les saisies. L'emploi de l'adjectif «toute» montre clairement que chacune des lois du Parlement peut être visée par ces alinéas.

Un autre indice militant en faveur de l'application générale des al. a) et b), à supposer qu'il soit nécessaire, se trouve à l'al. 443(1)e) qui nous montre que lorsque le législateur a voulu restreindre l'application de l'art. 443, il l'a fait expressément. En effet, à l'al. 443(1)e), le législateur a expressément prévu une restriction à l'application générale de cet alinéa en précisant «sous réserve de toute autre loi du Parlement». Comme le suggère la maxime *expressio unius est exclusio alterius*, la présence d'une telle restriction dans un alinéa renforce la thèse selon laquelle le législateur n'entendait pas restreindre la portée des al. a) et b). Je conclus par conséquent que les al. 443(1)a) et b) (aujourd'hui les al. 487(1)a) et b)) s'appliquent à toute loi fédérale, que cette loi fasse ou non mention de pouvoirs de perquisition et de saisie.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes: Phillips & Vineberg, Montréal.

Solicitor for the respondents Her Majesty The Queen, the Attorney General of Canada and J.H. Réal Poirier: John C. Tait, Ottawa.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Quebec: Claude Provost, Montréal.

Procureur des intimés Sa Majesté la Reine, le procureur général du Canada et J.H. Réal Poirier: John C. Tait, Ottawa.

^a Procureur de l'intimé le procureur général du Québec: Claude Provost, Montréal.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 5, 1990 Vol. 2

5^e cahier, 1990 Vol. 2

Cited as [1990] 2 S.C.R. 633-793

Renvoi [1990] 2 R.C.S. 633-793

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

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1990.

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

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1990.

CONTENTS

R. v. Arkell 695

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Constructive murder — Whether s. 213(a) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter — Whether s. 214(5) of the Criminal Code violates s. 7 of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 213(a), 214(5).

Criminal law — Constructive murder — Whether s. 213(a) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter — Whether s. 214(5) of the Criminal Code violates s. 7 of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter.

R. v. J.(J.T.) 755

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of the person — Right to be presumed innocent — Constructive murder — Whether s. 213(a) of the Criminal Code contravenes ss. 7 and/or 11(d) of the Charter — If so, whether justified under s. 1 of the Charter — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 213(a) — Canadian Charter Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d).

Continued on next page

SOMMAIRE

R. c. Arkell 695

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Meurtre par imputation — L'article 213a) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — L'article 214(5) du Code criminel viole-t-il l'art. 7 de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d) — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 213a), 214(5).

Droit criminel — Meurtre par imputation — L'article 213a) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — L'article 214(5) du Code criminel viole-t-il l'art. 7 de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?

R. c. J.(J.T.) 755

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Droit d'être présumé innocent — Meurtre par imputation — L'article 213a) du Code criminel porte-t-il atteinte aux art. 7 ou 11d), ou les deux à la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Criminal law — Constructive murder — Whether s. 213(a) of the Criminal Code contravened ss. 7 and/or 11(d) of the Charter — If so, whether justified under s. 1 of the Charter.

Criminal law — Young offenders — Evidence — Admissibility of statements and actions — Admissibility dependant on safeguards provided in Young Offenders Act being met — Act providing that adult relative be present — Mature 17-year-old interrogated by police — Youth charged with murder after oral inculpatory statement made — Youth then asked if wanted to contact lawyer and to have adult relative present — Adult relative attended briefly and youth advised by lawyer — Interrogation continued without either lawyer or adult relative present — More oral inculpatory statements made — Youth declined to make written statement — Whether oral inculpatory statements admissible — Whether compliance with s. 56 of the Young Offenders Act — Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, s. 56.

R. v. Logan 731

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Constructive murder — Killing occurring during robbery by an accomplice — Whether s. 21(2) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 21(2).

Criminal law — Constructive murder — Whether s. 21(2) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter.

R. v. Luxton 711

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Constructive murder — Whether s. 213(a) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter — Whether s. 214(5)(e) of the Criminal Code violates ss. 7, 9 or 12 of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 213(a), 214(5)(e).

Criminal law — Constructive murder — Whether s. 213(a) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter — Whether s. 214(5)(e) of the Criminal Code violates ss. 7, 9 or 12 of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter.

R. v. Martineau 633

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Constructive murder — Whether s. 213(a) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 213(a), (d) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d).

Criminal law — Constructive murder — Whether s. 213(a) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

fois, de la Charte? — Dans l'affirmative, est-il justifié en vertu de l'article premier de la Charte? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 213a) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d).

Droit criminel — Meurtre par imputation — L'article 213a) du Code criminel porte-t-il atteinte aux art. 7 ou 11d), ou les deux à la fois, de la Charte? — Dans l'affirmative, est-il justifié en vertu de l'article premier de la Charte?

Droit criminel — Jeunes contrevenants — Preuve — Recevabilité de déclarations et d'actes — Recevabilité dépendant du respect de garanties prévues dans la Loi sur les jeunes contrevenants — Loi prévoyant la présence d'un parent adulte — Adolescent de 17 ans mature interrogé par la police — Adolescent accusé de meurtre après avoir fait une déclaration incriminante — On a demandé à l'adolescent s'il voulait communiquer avec un avocat et s'il voulait qu'un parent adulte soit présent — Parent adulte présent brièvement et adolescent conseillé par un avocat — Poursuite de l'interrogatoire hors de la présence de l'avocat et du parent adulte — Autres déclarations incriminantes — Adolescent refusant de faire une déclaration par écrit — Les déclarations incriminantes sont-elles recevables? — L'article 56 de la Loi sur les jeunes contrevenants a-t-il été respecté? — Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110, art. 56.

R. c. Logan 731

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Meurtre par imputation — Homicide survenu au cours d'un vol qualifié commis par un complice — L'article 21(2) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d) — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 21(2).

Droit criminel — Meurtre par imputation — L'article 21(2) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?

R. c. Luxton 711

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Meurtre par imputation — L'article 213a) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — L'article 214(5)e) du Code criminel viole-t-il les art. 7, 9 ou 12 de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9 — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 213a), 214(5)e).

Droit criminel — Meurtre par imputation — L'article 213a) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — L'article 214(5)e) du Code criminel viole-t-il les art. 7, 9 ou 12 de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Rodney 687

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Constructive murder — Whether s. 213(a) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 213(a).

Criminal law — Constructive murder — Whether s. 213(a) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter.

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Martineau 633

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Meurtre par imputation — L'article 213a) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 213a), d) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d).

Droit criminel — Meurtre par imputation — L'article 213a) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?

R. c. Rodney 687

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Meurtre par imputation — L'article 213a) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d) — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 213a).

Droit criminel — Meurtre par imputation — L'article 213a) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Roderick Russell Martineau *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba and the Attorney General of British Columbia *Interveners*

INDEXED AS: R. v. MARTINEAU

File No.: 21122.

1990: March 26; 1990: September 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Constructive murder — Whether s. 213(a) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 213(a), (d) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d).

Criminal law — Constructive murder — Whether s. 213(a) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter.

Martineau and a friend, Tremblay, set out armed knowing that they were going to commit a crime; Martineau testified that he thought it would only be a break and enter. Tremblay shot and killed two people after robbing them and their house. Martineau allegedly said or thought, after he heard the shot which killed the first victim, "Lady, say your prayers". As they left, Martineau asked Tremblay why he killed them and Tremblay answered, "They saw our faces". Martineau responded, "But they couldn't see mine 'cause I had a mask on".

* Chief Justice at the time of hearing.

** Chief Justice at the time of judgment.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Roderick Russell Martineau *Intimé*

a

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba et le procureur général de la Colombie-Britannique *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. MARTINEAU.

c

N° du greffe: 21122.

1990: 26 mars; 1990: 13 septembre.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Meurtre par imputation — L'article 213a) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 213a), d) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d).

Droit criminel — Meurtre par imputation — L'article 213a) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?

Martineau et un ami nommé Tremblay sont sortis armés, sachant qu'ils allaient commettre un crime; Martineau a témoigné qu'il croyait que ce ne serait qu'une introduction par effraction. Tremblay a tiré des coups de feu qui ont tué deux personnes après les avoir dévalisées elles et leur maison. Après avoir entendu le coup de feu qui a tué la première victime, Martineau aurait dit ou pensé «Madame, faites vos prières». Au moment où ils quittaient la maison, Martineau a demandé à Tremblay pourquoi il les avait tuées et Tremblay a répondu: «Ils nous ont vu le visage». Martineau a répondu: «Mais ils n'ont pas pu voir le mien parce que je portais un masque».

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

** Juge en chef à la date du jugement.

Respondent was convicted of second degree murder. The trial judge charged the jury on s. 213(a) and (d) and on s. 21(1) and (2) of the *Criminal Code*. The Court of Appeal held that s. 213(a) was inconsistent with ss. 7 and 11(d) of the *Charter* for reasons given in *R. v. Vaillancourt* and that it was not saved by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Court could not conclude that a conviction should be entered pursuant to s. 613(1)(b)(iii) of the *Code* because the jury had not been instructed on any portion of s. 212.

The constitutional questions queried whether s. 213(a) of the *Criminal Code* infringed s. 7 and/or s. 11(d) of the *Charter*, and if so, whether or not it was justified by s. 1.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be dismissed. Section 213(a) of the *Criminal Code* infringes both ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and is not justified by s. 1.

Per Dickson C.J. and Lamer C.J. and Wilson, Gonthier and Cory JJ.: The principles of fundamental justice require that a conviction for murder be based upon proof beyond a reasonable doubt of subjective foresight of death. This appeal was disposed of on the basis of the principle of subjective foresight of death, even though it could have been disposed of on the basis of objective foreseeability.

The introductory paragraph of s. 213(a) expressly removes the Crown's burden of proving beyond a reasonable doubt that the accused had subjective foresight of death. This section is an anomaly as regards the other murder provisions, especially in light of the common law presumption against convicting a person of a true crime without proof of intent or recklessness. In a free and democratic society that values the autonomy and free will of the individual, the stigma and punishment attaching to murder should be reserved for those who choose intentionally to cause death or who choose to inflict bodily harm knowing that it is likely to cause death. Requiring subjective foresight of death in the context of murder maintains a proportionality between the stigma and punishment attached to a murder conviction and the moral blameworthiness of the offender.

A special mental element with respect to death is necessary before a culpable homicide can be treated as murder and gives rise to the moral blameworthiness that justifies the stigma and punishment attaching to a

L'intimé a été reconnu coupable de meurtre au deuxième degré. Le juge du procès a donné au jury des directives sur les al. 213(a) et (d) et sur les par. 21(1) et (2) du *Code criminel*. Pour les motifs énoncés dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, la Cour d'appel a statué que l'al. 213(a) était incompatible avec l'art. 7 et l'al. 11(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il n'était pas sauvegardé par l'article premier de la *Charte*. La Cour n'a pu conclure qu'il fallait inscrire une déclaration de culpabilité en application du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code* puisque le jury n'avait reçu de directive sur aucune partie de l'art. 212.

Les questions constitutionnelles sont de savoir si l'al. 213(a) du *Code criminel* porte atteinte à l'art. 7 ou à l'al. 11(d) de la *Charte*, ou les deux à la fois, et, dans l'affirmative, s'il est justifié par l'article premier.

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est rejeté. L'alinéa 213(a) du *Code criminel* porte atteinte à la fois à l'art. 7 et à l'al. 11(d) de la *Charte* et il n'est pas justifié par l'article premier.

Le juge en chef Dickson, le juge en chef Lamer et les juges Wilson, Gonthier et Cory: Les principes de justice fondamentale exigent qu'une déclaration de culpabilité de meurtre se fonde sur la preuve hors de tout doute raisonnable d'une prévision subjective de la mort. Le présent pourvoi est tranché en fonction du principe de la prévision subjective de la mort, même s'il aurait pu être tranché en fonction de la prévisibilité objective.

Le paragraphe introductif de l'al. 213(a) dégage expressément le ministère public de l'obligation de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé prévoyait subjectivement la mort. Cet article représente une anomalie par rapport aux autres dispositions relatives au meurtre, compte tenu particulièrement de la présomption de common law qui interdit de déclarer une personne coupable d'un crime réel sans preuve d'intention ou d'insouciance. Dans une société libre et démocratique qui attache de l'importance à l'autonomie et au libre arbitre de l'individu, les stigmates et la peine rattachés au meurtre devraient être réservés à ceux qui ont choisi de causer intentionnellement la mort ou d'infliger des lésions corporelles dont ils savaient qu'elles étaient susceptibles de causer la mort. L'exigence d'une prévision subjective de la mort dans le contexte d'un meurtre a pour effet de maintenir une proportionnalité entre les stigmates et la peine rattachés à une déclaration de culpabilité de meurtre et la culpabilité morale du contrevenant.

Un élément moral spécial concernant la mort est nécessaire pour qu'on puisse considérer un homicide coupable comme un meurtre et cet élément moral spécial amène la culpabilité morale qui justifie les stigmates

murder conviction. It is a principle of fundamental justice that a conviction for murder cannot rest on anything less than proof beyond a reasonable doubt of subjective foresight of death. Section 213 of the *Code* expressly eliminates the requirement for proof of subjective foresight and therefore infringes ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

The objective of deterring the infliction of bodily harm during the commission of certain offences because of the increased risk of death is sufficiently important to warrant overriding a *Charter* right. The section, however, unduly impairs *Charter* rights because it is not necessary to convict of murder persons who do not intend or foresee the death in order to achieve this objective.

Since subjective foresight of death must be proven beyond a reasonable doubt before a conviction for murder can be sustained, the phrase "ought to know is likely to cause death" in s. 212(c) of the *Code* probably infringes ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. Section 212(c) would not likely be saved by s. 1.

Per Sopinka J.: The issue of subjective foresight of death should be addressed only if it is necessary to do so in order to decide this case or if there is an overriding reason making it desirable to do so. Overbroad statements of principle are inimical to the tradition of incremental development of the common law. Here, ruling on the issue of subjective foresight was not necessary for the disposition of this case because *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, applied. Since objective foreseeability of death is a constitutional minimum for the definition of murder, the conclusion must follow that s. 213(a) does not meet this constitutional minimum. This section places a restriction on s. 7 of the *Charter* by permitting a person to be convicted of murder without proof beyond a reasonable doubt of objective foreseeability of death, or of an equivalent substitute requirement, and cannot be saved by s. 1 for the reasons expressed by Lamer J., as he then was, in *Vaillancourt* and in the case at bar.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Section 213(a) does not offend the principles of fundamental justice and accordingly does not violate ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

et la peine rattachés à une déclaration de culpabilité de meurtre. C'est un principe de justice fondamentale qu'une déclaration de culpabilité de meurtre ne saurait reposer sur rien de moins qu'une preuve hors de tout doute raisonnable d'une prévision subjective de la mort. L'article 213 du *Code* élimine expressément l'exigence d'une preuve de prévision subjective et il porte donc atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*.

L'objectif de dissuader d'infliger des lésions corporelles pendant la perpétration de certaines infractions à cause du risque accru de causer la mort est suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la *Charte*. L'article porte indûment atteinte aux droits reconnus par la *Charte* parce qu'il n'est pas nécessaire, pour atteindre cet objectif, de reconnaître coupables de meurtre des personnes qui ne veulent pas ou ne prévoient pas causer la mort.

Puisque la prévision subjective de la mort doit être prouvée hors de tout doute raisonnable pour qu'une déclaration de culpabilité de meurtre puisse être maintenue, les mots «devrait savoir, de nature à causer la mort» à l'al. 212c) du *Code*, portent probablement atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*. Il est peu probable que cet alinéa puisse être sauvé par l'article premier.

Le juge Sopinka: Il n'y a lieu d'aborder la question de la prévision subjective de la mort que s'il est nécessaire de le faire pour trancher la présente affaire ou s'il existe un motif impératif de le faire. Les déclarations de principe trop générales sont contraires à la tradition de développement progressif de la common law. La décision de l'espèce n'exige pas que l'on tranche la question de la prévision subjective car l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, s'applique. Puisque la prévisibilité objective de la mort est l'exigence constitutionnelle minimale de la définition du meurtre, il faut en déduire que l'al. 213a) ne satisfait pas à cette exigence constitutionnelle minimale. Cet alinéa apporte une restriction à l'art. 7 de la *Charte* en faisant en sorte qu'une personne puisse être déclarée coupable de meurtre sans preuve hors de tout doute raisonnable de la prévisibilité objective de la mort, ou d'une exigence de remplacement équivalente, et il ne peut être sauvé par l'article premier pour les motifs exposés par le juge Lamer (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Vaillancourt* et en l'espèce.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): L'alinéa 213a) ne contrevient pas aux principes de justice fondamentale et ne viole donc ni l'art. 7 ni l'al. 11d) de la *Charte*.

Neither the subjective foresight of death test nor the objective foreseeability test violate the principle of fundamental justice. It has been decided in a number of cases, including *R. v. Vaillancourt*, that subjective foresight of death is not the exclusive standard for murder and no other common law jurisdiction has adopted that standard as the exclusive standard for murder. Significant policy considerations favour upholding the existing legislation.

The invocation of s. 213(a) may not have been necessary in the instant case. The statement, "Lady, say your prayers", whether it was actually said or thought, reflected a mental state of mind sufficient to anchor a charge under s. 212(a) which is the only truly subjective foresight murder provision of the *Criminal Code*.

The tests of subjective foresight and objective foreseeability are not static or distinct concepts and are not mutually exclusive. In most instances, and certainly those delineated by s. 213(a), death will be both objectively and subjectively foreseeable. The two are profoundly interrelated, especially when dealing with a crime committed during the execution of a predicate crime. The validity of a provision should not be evaluated on a strict "either-or" approach. A fastidious adherence to prescribed labels becomes particularly obdurate when gauging the constitutionality of legislation.

Vaillancourt settled only two legal questions. First, it established a standard of objective foreseeability of death for the crime of murder. Second, it only disposed of s. 213(d) of the *Criminal Code*.

The legislature, rather than simply eliminating any need to prove the essential element, may substitute proof of a different element. This will be constitutionally valid only if, upon proof beyond reasonable doubt of the substituted element, it would be unreasonable for the trier of fact not to be satisfied beyond reasonable doubt of the existence of the essential element. Section 213(d) could not meet that test; s. 213(a) does. Section 213(a) is completely different in its historical development in its consistency with the objective foreseeability of death test established in *R. v. Vaillancourt* and in the parallel provisions adopted in other common law jurisdictions.

Ni le critère de la prévision subjective de la mort, ni celui de la prévisibilité objective ne portent atteinte aux principes de justice fondamentale. Il a été statué dans un certain nombre d'arrêts, dont l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, que la prévision subjective de la mort n'est pas la seule norme applicable au meurtre et aucun autre pays de common law n'a adopté cette norme comme la seule applicable au meurtre. Il existe d'importantes considérations de principe qui militent en faveur de la confirmation de la validité des dispositions législatives existantes.

Le recours à l'al. 213a) pouvait ne pas être nécessaire en l'espèce. Peu importe que la phrase «Madame, faites vos prières» ait été réellement dite ou seulement pensée, elle reflète un état d'esprit suffisant pour justifier une accusation en vertu l'al. 212a), la seule disposition en matière de meurtre du *Code criminel* qui porte sur la prévision subjective de la mort.

Les critères de prévision subjective et de prévisibilité objective ne sont pas des concepts immuables ou distincts et ils ne sont pas mutuellement exclusifs. Dans la plupart des cas, et certainement dans les circonstances exposées à l'al. 213a), la mort est à la fois objectivement et subjectivement prévisible. Il existe une corrélation profonde entre les deux, surtout lorsqu'il s'agit d'un crime commis pendant la perpétration d'un des actes criminels énumérés. La validité d'une disposition n'est pas fonction d'une analyse strictement dichotomique. L'adhésion scrupuleuse à des étiquettes stéréotypées s'avère trop inflexible lorsqu'il s'agit de juger de la constitutionnalité d'une mesure législative.

L'arrêt *Vaillancourt* n'a réglé que deux questions de droit. Premièrement, cet arrêt établit une norme de prévisibilité objective de la mort, applicable au crime de meurtre. Deuxièmement, la Cour n'y statue que sur l'al. 213d) du *Code criminel*.

Au lieu d'éliminer simplement la nécessité de faire la preuve d'un élément essentiel, le législateur peut remplacer cela par la preuve d'un élément différent. Cela ne sera constitutionnel que si, après que l'on a prouvé hors de tout doute raisonnable l'existence de l'élément ainsi substitué, il serait déraisonnable que le juge des faits ne soit pas convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de l'élément essentiel. L'alinéa 213d) ne pouvait pas satisfaire à ce critère. L'alinéa 213a), lui, y satisfait. L'alinéa 213a) est complètement différent tant sur le plan de son évolution historique et de sa compatibilité avec le critère de la prévisibilité objective de mort établi dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, que sur celui des dispositions semblables adoptées dans d'autres pays de common law.

An exacting combination of factors must be proven, all beyond a reasonable doubt, before the accused can be found guilty of murder under s. 213(a). The offender must: (1) cause the death by committing a “culpable homicide”; (2) cause the death while committing or attempting to commit one of a limited number of very serious, inherently dangerous and specific intent crimes; (3) intentionally inflict bodily harm while committing one of these offences; (4) inflict the bodily harm purposefully in order to perpetrate the underlying crime or to facilitate escape; and (5) the death must ensue from the bodily harm intentionally inflicted.

No *Charter* violation of ss. 7 or 11(d) takes place if the test of objective foreseeability has been met. The accused must specifically intend to, and actually commit the underlying offence, and must specifically intend to, and actually inflict bodily harm. The law necessitates conclusive proof beyond a reasonable doubt of factors that are collectively tantamount to an objective foreseeability requirement. The inexorable conclusion is that the resulting death is objectively foreseeable. Neither the presumption of innocence nor the other reference provisions which give content and scope to s. 7 are impugned.

How harm or injury is to be defined and what level of harm or injury is required are matters for Parliament to consider and decide. Many factors enter into the determination of an appropriate penalty for a particular offence; the degree of blameworthiness is only one. So long as Parliament does not act irrationally or arbitrarily or in a manner otherwise inconsistent with the fundamental principles of justice, its choice must be upheld.

Concentration on social “stigma” is overemphasized, and in the great majority of cases, completely inapplicable. The “stigma” and punishment attached to murder need not be proportionate to the *mens rea* alone. Rather they must correspond to the combination of the physical and mental elements that collectively define a murder.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Considered: *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; **referred to:** *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R.

La preuve hors de tout doute raisonnable de toute une combinaison astreignante de facteurs doit être apportée pour que l'accusé puisse être déclaré coupable de meurtre en vertu de l'al. 213a). L'accusé doit: (1) causer la mort par la perpétration d'un «homicide coupable», (2) causer la mort pendant qu'il commet ou tente de commettre l'un des crimes très graves, dont le nombre est limité, mais qui sont fondamentalement dangereux et exigent une intention spécifique, (3) infliger intentionnellement des lésions corporelles pendant qu'il commet l'un de ces crimes, (4) infliger intentionnellement des lésions corporelles dans le but de perpétrer le crime sous-jacent ou pour faciliter sa fuite, et (5) la mort doit résulter des lésions corporelles infligées intentionnellement.

Il n'y a pas de violation de l'art. 7 ou de l'al. 11d) de la *Charte* si on satisfait au critère de prévisibilité objective. L'accusé doit avoir eu expressément l'intention de commettre l'infraction sous-jacente et l'avoir effectivement commise, et il doit avoir eu expressément l'intention d'infliger des lésions corporelles et les avoir réellement infligées. La loi exige la preuve concluante hors de tout doute raisonnable de facteurs qui, dans l'ensemble, équivalent à une exigence de prévisibilité objective. Il en découle inexorablement que la mort qui en résulte est objectivement prévisible. Ni la présomption d'innocence, ni les autres dispositions citées qui définissent le sens et la portée de l'art. 7 ne sont contestées.

Ce en quoi les lésions ou blessures doivent consister et leur degré requis de gravité relèvent de la décision du Parlement. De nombreux facteurs entrent dans la détermination d'une peine appropriée à une infraction donnée; le degré de culpabilité morale n'est qu'un de ceux-ci. Tant que le Parlement n'agit pas d'une manière irrationnelle ou arbitraire ou d'une manière par ailleurs incompatible avec les principes de justice fondamentale, son choix doit être respecté.

L'insistance sur les «stigmates» sociaux est exagérée et, dans la plupart des cas, complètement inapplicable. Les «stigmates» et la peine rattachés au meurtre n'ont pas à être proportionnés à la seule *mens rea*. Ils doivent plutôt correspondre à une combinaison d'éléments physiques et moraux qui pris ensemble définissent le meurtre.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt examiné: *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; **arrêts mentionnés:** *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Sault Ste-Marie*,

1299; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369.

By Sopinka J.

Applied: *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Rodney, [1990] 2 S.C.R. 687; *R. v. Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731; *R. v. Arkell*, [1990] 2 S.C.R. 695, aff'g (1988), 43 C.C.C. (3d) 402; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Munro and Munro* (1983), 8 C.C.C. (3d) 260; *R. v. Hughes* (1942), 78 C.C.C. 257; *R. v. Ashman* (1858), 1 F. & F. 88, 175 E.R. 638; *R. v. Archibald* (1898), 4 C.C.C. 159; *R. v. Bottrell* (1981), 60 C.C.C. (2d) 211; *R. v. Marshall* (1987), 26 A. Crim. R. 259; *R. v. Van Beelen* (1973), 4 S.A.S.R. 353; *Tison v. Arizona*, 107 S.Ct. 1676 (1987); *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976); *People v. Rose*, 227 Cal. Rep. 570 (1986); *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Guiller*, Ont. Dist. Ct., Sept. 23, 1985, unreported.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d).
Crimes Act (New South Wales), s. 18.
Crimes Act 1958 (Victoria).
Crimes Act 1961, 1961 (N.Z.), No. 43, s. 168.
Crimes (Classification of Offences) Act 1981, No. 9576, 1981 (Victoria), s. 3.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21(1), (2), 205(5)(a), 212(a), (c), 213(a), (b), (c), (d), 214(5), 245.1(2), 613(1)(b)(iii).
Criminal Code, 1913, 1913 (Western Australia), ss. 278, 279.
Criminal Code Act, 1899 (Queensland), 63 Vic., No. 9, s. 302.
Criminal Code Act, 1924 (Tasmania), 14 Geo. V, No. 69, s. 157.
Homicide Act, 1957 (U.K.), 5 & 6 Eliz. 2, c. 11.

Authors Cited

Archbold, John Frederick. *Pleading and Evidence*. London: R. Pheney and R. Millikin, 1822.
 Ashworth, A. J. "The Elasticity of *Mens Rea*," in C. F. H. Trapper, ed., *Crime, Proof and Punishment*. London: Butterworths, 1981.
 Canada. Senate. Standing Committee on Banking and Commerce. Proceedings of the Standing Committee on Banking and Commerce. Ottawa: Queen's Printer, 1961.

[1978] 2 R.C.S. 1299; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369.

Citée par le juge Sopinka

^a Arrêt appliqué: *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

^b *R. c. Rodney*, [1990] 2 R.C.S. 687; *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731; *R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695, conf. (1988), 43 C.C.C. (3d) 402; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. v. Munro and Munro* (1983), 8 C.C.C. (3d) 260; *R. v. Hughes* (1942), 78 C.C.C. 257; *R. v. Ashman* (1858), 1 F. & F. 88, 175 E.R. 638; *R. v. Archibald* (1898), 4 C.C.C. 159; *R. v. Bottrell* (1981), 60 C.C.C. (2d) 211; *R. v. Marshall* (1987), 26 A. Crim. R. 259; *R. v. Van Beelen* (1973), 4 S.A.S.R. 353; *Tison v. Arizona*, 107 S.Ct. 1676 (1987); *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976); *People v. Rose*, 227 Cal. Rep. 570 (1986); *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. v. Guiller*, C. dist. Ont., 23 sept. 1985, inédit.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 21(1), (2), 205(5)a), 212a), c), 213a), b), c), d), 214(5), 245.1(2), 613(1)b)(iii).
Crimes Act (New South Wales), art. 18.
Crimes Act 1958 (Victoria).
Crimes Act 1961, 1961 (N.Z.), No. 43, art. 168.
Crimes (Classification of Offences) Act 1981, No. 9576, 1981 (Victoria), art. 3.
Criminal Code, 1913, 1913 (Western Australia), art. 278, 279.
Criminal Code Act, 1899 (Queensland), 63 Vic., No. 9, art. 302.
Criminal Code Act, 1924 (Tasmania), 14 Geo. V, No. 69, art. 157.
Homicide Act, 1957 (R.-U.), 5 & 6 Eliz. 2, ch. 11.

Doctrine citée

ⁱ Archbold, John Frederick. *Pleading and Evidence*. London: R. Pheney and R. Millikin, 1822.
 Ashworth, A. J. «The Elasticity of *Mens Rea*,» in C. F. H. Trapper, ed., *Crime, Proof and Punishment*. London: Butterworths, 1981.
^j Canada. Sénat. Comité permanent des banques et du commerce. Délibérations du Comité permanent des banques et du commerce. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1961.

- Coke, Sir Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England*, 6th ed. London: W. Rawlins for Thomas Basset, 1680.
- Cross, Rupert. "The Mental Element in Crime" (1967), 83 *L.Q.R.* 215.
- Crump, D. and S. W. Crump. "In Defense of the Felony Murder Doctrine" (1985), 8 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 359.
- Edwards, J. Ll. J. "Constructive Murder in Canadian and English Law" (1959), 3 *Crim. L.Q.* 481.
- Gilbert, M. L. "Degrees of Felony Murder" (1983), 40 *Wash. & Lee L. Rev.* 1601.
- Goff, Robert, Lord Goff. "The Mental Element in the Crime of Murder" (1988), 104 *L.Q.R.* 30.
- Gordon, Gerald H. "Subjective and Objective Mens Rea," [1975] 17 *Crim. L.Q.* 355.
- Hart, H. L. A. *Punishment and Responsibility*. Oxford: Clarendon Press, 1968.
- Holmes, Oliver Wendell, Jr. *The Common Law*. Boston: Little, Brown & Co., 1881.
- LaFave, Wayne R. and Austin W. Scott, Jr. *Substantive Criminal Law*, vol. 2. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.
- Lindsay, Peter. "The Implications of *R. v. Vaillancourt*: Much Ado About Nothing?" (1989), 47 *U. of T. Fac. Law Rev.* 465.
- Mewett, Alan W. & Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.
- United Kingdom. British Parliamentary Papers "Criminal Law", vol. 6, 1879.
- Wells, Celia. "Swatting the Subjectivist Bug", [1982] *Crim. L.R.* 209.
- Wharton, Francis. *Wharton's Criminal Law*, vol. II, 14th ed. By Charles E. Torcia. New York: The Lawyers Co-operative Publishing Co., 1979.
- Williams, Glanville. "Convictions and Fair Labelling," [1983] 42 *Cambridge L.J.* 85.
- Williams, Glanville. *The Mental Element in Crime*. Jerusalem: Magnes Press, The Hebrew University, 1965.
- Coke, Sir Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England*, 6th ed. London: W. Rawlins for Thomas Basset, 1680.
- Cross, Rupert. «The Mental Element in Crime» (1967), 83 *L.Q.R.* 215.
- Crump, D. and S. W. Crump. «In Defense of the Felony Murder Doctrine» (1985), 8 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 359.
- Edwards, J. Ll. J. «Constructive Murder in Canadian and English Law» (1959), 3 *Crim. L.Q.* 481.
- Gilbert, M. L. «Degrees of Felony Murder» (1983), 40 *Wash. & Lee L. Rev.* 1601.
- Goff, Robert, Lord Goff. «The Mental Element in the Crime of Murder» (1988), 104 *L.Q.R.* 30.
- Gordon, Gerald H. «Subjective and Objective Mens Rea.» [1975] 17 *Crim. L.Q.* 355.
- Hart, H. L. A. *Punishment and Responsibility*. Oxford: Clarendon Press, 1968.
- Holmes, Oliver Wendell, Jr. *The Common Law*. Boston: Little, Brown & Co., 1881.
- LaFave, Wayne R. and Austin W. Scott, Jr. *Substantive Criminal Law*, vol. 2. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.
- Lindsay, Peter. «The Implications of *R. v. Vaillancourt*: Much Ado About Nothing?» (1989), 47 *U. of T. Fac. Law Rev.* 465.
- Mewett, Alan W. & Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.
- United Kingdom. British Parliamentary Papers «Criminal Law», vol. 6, 1879.
- Wells, Celia. «Swatting the Subjectivist Bug», [1982] *Crim. L.R.* 209.
- Wharton, Francis. *Wharton's Criminal Law*, vol. II, 14th ed. By Charles E. Torcia. New York: The Lawyers Co-operative Publishing Co., 1979.
- Williams, Glanville. «Convictions and Fair Labelling», [1983] 42 *Cambridge L.J.* 85.
- Williams, Glanville. *The Mental Element in Crime*. Jerusalem: Magnes Press, The Hebrew University, 1965.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1988), 61 Alta. L.R. (2d) 264, 89 A.R. 162, 43 C.C.C. (3d) 417, [1988] 6 W.W.R. 385, allowing the respondent's appeal from a conviction on a charge of second degree murder by Foisy J. sitting with jury. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Jack Watson, for the appellant.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1988), 61 Alta. L.R. (2d) 264, 89 A.R. 162, 43 C.C.C. (3d) 417, [1988] 6 W.W.R. 385, qui a accueilli l'appel interjeté par l'intimé à l'encontre d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Foisy, siégeant avec jury, relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

Jack Watson, pour l'appelante.

Philip G. Lister and Sheila Schumacher, for the respondent.

Bruce MacFarlane, Q.C. and Don Avison, for the intervener the Attorney General of Canada.

W. J. Blacklock and Ken Campbell, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jacques Gauvin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

J. G. Dangerfield, Q.C., and Marva J. Smith, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

James D. Taylor, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

The judgment of Dickson C.J and Lamer C.J. and Wilson, Gonthier and Cory JJ. was delivered by

LAMER C.J.—This is the first of a series of appeals that raises the constitutionality of s. 213(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, (now s. 230(a), *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46). The appeal arises as a result of the application to s. 213(a) by the Alberta Court of Appeal of this Court's decision in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, in which s. 213(d) of the *Criminal Code* was declared of no force or effect because it infringed ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and could not be saved by s. 1 of the *Charter*.

Facts

The facts of this case are not central to the disposition of this appeal, and therefore, may be briefly summarized as follows. On February 7, 1985 the bodies of James McLean and Ann McLean were found in the bathroom of their home, a trailer, in Valleyview, Alberta. A police investigation led to Martineau and one Patrick Tremblay. Martineau, who was 15 at the time, was charged with both murders and was transferred to adult court.

Martineau was tried by a judge and jury starting on September 12, 1985. Thirty witnesses gave evidence including the accused. The evidence

Philip G. Lister et Sheila Schumacher, pour l'intimé.

Bruce MacFarlane, c.r., et Don Avison, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

W. J. Blacklock et Ken Campbell, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jacques Gauvin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

J. G. Dangerfield, c.r., et Marva J. Smith, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

James D. Taylor, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement du juge en chef Dickson, du juge en chef Lamer et des juges Wilson, Gonthier et Cory rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Il s'agit du premier d'une série de pourvois qui soulève la constitutionnalité de l'al. 213(a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, (maintenant l'al. 230a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46). Ce pourvoi résulte de l'application à l'al. 213(a), par la Cour d'appel de l'Alberta, de l'arrêt de notre Cour *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, qui a déclaré inopérant l'al. 213(d) du *Code criminel* parce qu'il violait l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il ne pouvait être sauvegardé par l'article premier de la *Charte*.

Les faits

Les faits de l'espèce ne sont pas cruciaux pour ce qui est de statuer sur le pourvoi et peuvent donc être résumés brièvement. Le 7 février 1985, les corps de James McLean et d'Ann McLean ont été découverts dans la salle de bain de la maison mobile qu'ils habitaient à Valleyview, en Alberta. L'enquête policière a permis de remonter jusqu'à Martineau et à un nommé Patrick Tremblay. Martineau, âgé de 15 ans à l'époque, a été accusé des deux meurtres et transféré devant un tribunal pour adultes.

Le procès de Martineau devant un juge et un jury a commencé le 12 septembre 1985. Trente personnes ont témoigné, dont l'accusé. La preuve a

revealed that Martineau and his friend, Tremblay, had set out one evening armed with a pellet pistol and rifle respectively. Martineau testified that he knew that they were going to commit a crime, but that he thought it would only be a "b and e". After robbing the trailer and its occupants, Martineau's friend Tremblay shot and killed the McLeans.

As they left the trailer, Martineau asked Tremblay why he killed them and Tremblay answered, "They saw our faces". Martineau responded, "But they couldn't see mine 'cause I had a mask on". They drove James McLean's car to Grande Prairie where they abandoned it. The respondent was convicted of second degree murder. The trial judge charged the jury on s. 213(a) and (d) of the *Criminal Code* and on s. 21(1) and (2) of the *Criminal Code*.

Judgment Below

Alberta Court of Appeal (1988), 61 Alta. L.R. (2d) 264

The respondent's appeal was first heard in September of 1987 on grounds relating to the trial judge's charge to the jury. After the decision of this Court in *Vaillancourt*, a re-hearing was ordered before a five-person panel of the Court of Appeal. The Court of Appeal held that, given the law as it then stood, the charge to the jury could not be criticized. The Court then considered the impact of *Vaillancourt*, and stated the following interpretation of that case, at p. 274:

The effect of these passages [from *Vaillancourt*], in my view, is to emphasize that s. 213(d) offends the Charter, not because Parliament lacks the constitutional power to create a crime, an element of which is unforeseen or unforeseeable death, but because in this case three other factors were present. First, Parliament chose to label the crime as murder. Second, it imposed the same punishment as that provided for an intentional killing. Third, and perhaps most important, that punishment is mandatory life imprisonment, as severe a punishment as is available in Canadian law. The combined effect of these three factors was to proclaim that an unforeseen and unforeseeable killing was the moral

révélé que Martineau et son ami Tremblay étaient sortis un soir armés respectivement d'un pistolet à air comprimé et d'une carabine. Martineau a témoigné qu'il savait qu'ils allaient commettre un crime, mais qu'il pensait que ce ne serait qu'une introduction par effraction. Après avoir dévalisé la maison mobile et ses occupants, Tremblay, l'ami de Martineau, a tiré des coups de feu qui ont tué les McLean.

Au moment où ils quittaient la maison mobile, Martineau a demandé à Tremblay pourquoi il les avait tués et Tremblay a répondu: [TRADUCTION] «Ils nous ont vu le visage». Martineau a répondu: [TRADUCTION] «Mais ils n'ont pas pu voir le mien parce que je portais un masque». Ils ont utilisé l'auto de James McLean jusqu'à Grande Prairie où ils l'ont abandonnée. L'intimé a été reconnu coupable de meurtre au deuxième degré. Le juge du procès a donné au jury des directives sur les al. 213(a) et (d) et sur les par. 21(1) et (2) du *Code criminel*.

Le jugement du tribunal d'instance inférieure

La Cour d'appel de l'Alberta (1988), 61 Alta. L.R. (2d) 264

L'appel de l'intimé portant sur des moyens relatifs à l'exposé du juge au jury a été entendu une première fois en septembre 1987. Suite à l'arrêt *Vaillancourt* de notre Cour, une nouvelle audition devant une formation de cinq juges de la Cour d'appel a été ordonnée. La Cour d'appel a conclu que, vu l'état du droit à l'époque, l'exposé au jury ne pouvait être critiqué. La cour a alors examiné les répercussions de l'arrêt *Vaillancourt* et en a donné l'interprétation suivante, à la p. 274:

[TRADUCTION] Ces extraits [de l'arrêt *Vaillancourt*] font à mon avis ressortir que l'al. 213(d) contrevient à la Charte non pas parce que le Parlement n'a pas la compétence constitutionnelle pour créer un crime dont un élément est la mort imprévue ou imprévisible, mais parce que trois autres facteurs étaient présents en l'espèce. Premièrement, le Parlement a choisi de qualifier le crime de meurtre. Deuxièmement, il a imposé la même punition que celle prévue pour l'homicide intentionnel. Troisièmement, et peut-être ce qui est le plus important, la punition est obligatoirement l'emprisonnement à perpétuité, la peine la plus sévère en droit canadien. L'effet conjugué de ces trois facteurs a été de déclarer qu'un

equal of an intended killing, a proposition so inaccurate as to be unjust.

The Court of Appeal then drew the following conclusion, at pp. 277-78:

In my opinion, s. 213(a) of the Criminal Code must be held to be inconsistent with ss. 7 and 11(d) of the Charter for the reasons given in *Vaillancourt* with respect to s. 213(d). The section is not restricted to situations where there was an intention to inflict an injury of a life threatening nature. An accused person may find himself within the ambit of s. 213(a) even though he did not foresee, and could not reasonably have foreseen, that death would likely result from the injury which he intended to inflict.

The Court went on to hold that the section could not be saved by s. 1 of the Charter. Since the jury was not instructed on any portion of s. 212 of the Criminal Code, the Court could not conclude that a conviction should be entered pursuant to s. 613(1)(b)(iii) of the Code. The Court quashed the convictions and ordered a new trial.

Legislation

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 213(a)

213. Culpable homicide is murder where a person causes the death of a human being while committing or attempting to commit high treason or treason or an offence mentioned in section 52 (sabotage), 76 (piratical acts), 76.1 (hijacking an aircraft), 132 or subsection 133(1) or sections 134 to 136 (escape or rescue from prison or lawful custody), section 246 (assaulting a police officer), section 246.1 (sexual assault), 246.2 (sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm), 246.3 (aggravated sexual assault), 247 (kidnapping and forcible confinement), 302 (robbery), 306 (breaking and entering) or 389 or 390 (arson), whether or not the person means to cause death to any human being and whether or not he knows that death is likely to be caused to any human being, if

(a) he means to cause bodily harm for the purpose of

- (i) facilitating the commission of the offence, or
- (ii) facilitating his flight after committing or attempting to commit the offence,

and the death ensues from the bodily harm;

homicide imprévu et imprévisible est l'équivalent moral d'un homicide intentionnel, une proposition tellement inexacte qu'elle est injuste.

a La Cour d'appel a alors tiré la conclusion suivante, aux pp. 277 et 278:

[TRADUCTION] À mon avis, l'al. 213a) du Code criminel doit être tenu pour incompatible avec l'art. 7 et l'al. 11d) de la Charte pour les motifs donnés dans b l'arrêt *Vaillancourt* relativement à l'al. 213d). La disposition n'est pas limitée à des situations où il y avait intention d'infliger une blessure de nature à mettre la vie en danger. Un accusé peut se retrouver assujéti à l'al. 213a) même s'il n'a pas prévu, et ne pouvait raisonnablement prévoir, que la mort résulterait vraisemblablement de la blessure qu'il avait l'intention d'infliger. c

La cour a ensuite conclu que la disposition ne pouvait être sauvegardée par l'article premier de la d *Charte*. Puisque le jury n'avait reçu de directive sur aucune partie de l'art. 212 du *Code criminel*, la cour n'a pas pu conclure qu'il fallait inscrire une déclaration de culpabilité en application du sous-al. 613(1)b)(iii) du *Code*. La cour a annulé e les déclarations de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Le texte législatif

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, al. 213a)

f 213. L'homicide coupable est un meurtre lorsqu'une personne cause la mort d'un être humain pendant qu'elle commet ou tente de commettre une haute trahison, une trahison ou une infraction mentionnée aux articles 52 (sabotage), 76 (actes de piraterie), 76.1 (détournement d'aéronef), 132 ou au paragraphe 133(1) ou aux articles 134 à 136 (évasion ou délivrance d'une garde légale), 246 (voies de fait sur un agent de la paix), 246.1 (agression sexuelle), 246.2 (agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles), 246.3 (agression sexuelle grave), 247 (enlèvement et séquestration), 302 (vol qualifié), 306 (introduction par effraction) ou 389 ou 390 (crime d'incendie), qu'elle ait ou non l'intention de causer la mort d'un être humain et qu'elle sache ou non qu'il en résultera i vraisemblablement la mort d'un être humain

a) si elle a l'intention de causer des lésions corporelles aux fins

- (i) de faciliter la perpétration de l'infraction, ou
- (ii) de faciliter sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre l'infraction,

et que la mort résulte des lésions corporelles;

Issues

The following constitutional questions were stated by Chief Justice Dickson:

1. Does s. 213(a) of the *Criminal Code* infringe or deny the rights or freedoms guaranteed by s. 7 and/or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is affirmative, is s. 213(a) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Analysis

Parliament, of course, decides what a crime is to be, and has the power to define the elements of a crime. With the advent of the *Charter* in 1982, Parliament also has, however, directed the courts to review those definitions to ensure that they are in accordance with the principles of fundamental justice. We, as a Court, would be remiss not to heed this command of Parliament. This is an unassailable proposition since the decision of Parliament to entrench into our constitutional framework a Charter of Rights and Freedoms and also the principle that the Constitution is the supreme law of the land. Since 1982, this Court has consistently assumed its duty to measure the content of legislation against the guarantees in our *Charter* designed to protect individual rights and freedoms. See for example *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; and *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

In *R. v. Vaillancourt*, *supra*, s. 213(d) of the *Criminal Code* was declared of no force or effect because it violated ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. The *ratio* of *Vaillancourt*, strictly speaking, was that it is a principle of fundamental justice that before a person could be convicted of murder there must be proof beyond a reasonable doubt of at least objective foreseeability of death. The impugned section in that case did not accord with this principle because it would be possible for a conviction for murder to occur under s. 213(d)

Les questions en litige

Le juge en chef Dickson a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

- ^a 1. L'alinéa 213a) du *Code criminel* porte-t-il atteinte aux droits ou aux libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- ^b 2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'al. 213a) est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

^c Analyse

^d Le Parlement, bien sûr, décide ce que doit être un crime et a le pouvoir de définir les éléments d'un crime. Suite à l'avènement de la *Charte* en 1982, le Parlement a cependant aussi enjoint aux tribunaux de réviser ces définitions pour assurer qu'elles soient conformes aux principes de justice fondamentale. Nous, en tant que tribunal, ferions preuve de négligence si nous ne tenions pas compte de cet ordre du Parlement. Cette proposition est inattaquable depuis la décision du Parlement d'enchâsser dans notre cadre constitutionnel une charte des droits et libertés et le principe que la Constitution est la loi suprême du pays. Depuis 1982, notre Cour a toujours assumé son obligation d'apprécier le contenu d'un texte législatif en fonction des garanties contenues dans notre *Charte*, qui sont conçues pour protéger les droits et libertés individuels. Voir, par exemple, *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, et *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

^e ^f ^g ^h Dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, précité, on a déclaré l'al. 213d) du *Code criminel* inopérant parce qu'il violait l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Le raisonnement adopté dans l'arrêt *Vaillancourt* était, à proprement parler, que c'est un principe de justice fondamentale que pour qu'une personne puisse être reconnue coupable de meurtre, il doit y avoir preuve hors de tout doute raisonnable de l'existence d'au moins une prévisibilité objective de la mort. La disposition contestée dans ce pourvoi n'était pas conforme à ce principe parce qu'une

despite the jury's having a reasonable doubt as to whether the accused ought to have known that death was likely to ensue.

In *Vaillancourt* I analyzed a number of matters, including s. 213 of the *Code* in the context of the other murder provisions, the historical development of s. 213, felony murder provisions in other jurisdictions, the essential elements of certain crimes at common law, and the principles of fundamental justice under the *Charter* and their application to s. 213 of the *Code*. As a result of this analysis I concluded that objective foreseeability of death was the minimum threshold test before a conviction for murder could be sustained. I went on to state, however, that it was my view that the principles of fundamental justice require more; they demand that a conviction for murder requires proof beyond a reasonable doubt of subjective foresight of death. Chief Justice Dickson, Estey and Wilson JJ. agreed with that position. I am still of that view today, and indeed, while I agree with the Alberta Court of Appeal and could dispose of this appeal on the basis of objective foreseeability, it is on the basis of the principle of subjective foresight of death that I choose to dispose of this appeal. I choose this route because I would not want this case, a very serious matter, to return to this Court once again on the grounds that there is some doubt as to the validity of the portion of s. 212(c) of the *Code* that allows for a conviction for murder if the accused "ought to know" that death is likely to result. I need not, therefore, repeat the analysis from *Vaillancourt* here, except to add some brief observations as regards s. 213(a) and the principle of fundamental justice that subjective foresight of death is required before a conviction for murder can be sustained.

déclaration de culpabilité de meurtre pouvait être prononcée en vertu de l'al. 213d) même si le jury avait un doute raisonnable pour ce qui était de déterminer si l'accusé devait savoir que la mort s'ensuivrait vraisemblablement.

Dans l'arrêt *Vaillancourt*, précité, j'ai analysé un certain nombre de sujets, dont l'art. 213 du *Code* dans le contexte des autres dispositions relatives au meurtre, l'évolution historique de l'art. 213, les dispositions relatives au meurtre concomitant d'une infraction majeure dans d'autres ressorts, les éléments essentiels de certains crimes en common law, ainsi que les principes de justice fondamentale en vertu de la *Charte* et leur application à l'art. 213 du *Code*. Cette analyse m'a amené à conclure que la prévisibilité objective de la mort est le critère minimal auquel il faut satisfaire pour qu'une déclaration de culpabilité de meurtre puisse être maintenue. J'ai cependant ajouté qu'à mon avis les principes de justice fondamentale exigent davantage: selon ces principes, une déclaration de culpabilité de meurtre exige la preuve hors de tout doute raisonnable d'une prévision subjective de la mort. Le juge en chef Dickson de même que les juges Estey et Wilson ont souscrit à cette opinion. Je suis encore du même avis aujourd'hui, et même, bien que je sois d'accord avec la Cour d'appel de l'Alberta et que je puisse trancher le présent pourvoi en fonction de la prévisibilité objective, c'est en fonction du principe de la prévision subjective de la mort que je choisis de trancher le présent pourvoi. Je choisis cette voie parce que je ne voudrais pas que cette affaire, un sujet très sérieux, revienne devant nous pour le motif qu'il y a des doutes quant à la validité de la partie de l'al. 212c) du *Code* qui permet de prononcer une déclaration de culpabilité de meurtre lorsque l'accusé «devrait savoir» que la mort est susceptible de s'ensuire. Il n'est donc pas nécessaire de reprendre ici l'analyse que j'ai faite dans l'arrêt *Vaillancourt*, si ce n'est pour ajouter quelques brèves remarques concernant l'al. 213a) et le principe de justice fondamentale selon lequel la prévision subjective de la mort est requise pour qu'une déclaration de culpabilité de meurtre puisse être maintenue.

Section 213(a) of the *Code* defines culpable homicide as murder where a person causes the death of a human being while committing or attempting to commit a range of listed offences, whether or not the person means to cause death or whether or not he or she knows that death is likely to ensue if that person means to cause bodily harm for the purpose of facilitating the commission of the offence or flight after committing or attempting to commit the offence. The introductory paragraph of the section, therefore, expressly removes from the Crown the burden of proving beyond a reasonable doubt that the accused had subjective foresight of death. This section stands as an anomaly as regards the other murder provisions, especially in light of the common law presumption against convicting a person of a true crime without proof of intent or recklessness: *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, at pp. 1309-10, *per* Dickson J., as he then was.

A conviction for murder carries with it the most severe stigma and punishment of any crime in our society. The principles of fundamental justice require, because of the special nature of the stigma attached to a conviction for murder, and the available penalties, a *mens rea* reflecting the particular nature of that crime. The effect of s. 213 is to violate the principle that punishment must be proportionate to the moral blameworthiness of the offender, or as Professor Hart puts it in *Punishment and Responsibility* (1968), at p. 162, the fundamental principle of a morally based system of law that those causing harm intentionally be punished more severely than those causing harm unintentionally. The rationale underlying the principle that subjective foresight of death is required before a person is labelled and punished as a murderer is linked to the more general principle that criminal liability for a particular result is not justified except where the actor possesses a culpable mental state in respect of that result: see *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, *per* McIntyre J., and *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (Ont. C.A.), *per* Martin J.A. In my view, in a free and democratic society that

L'alinéa 213a) du *Code* définit l'homicide coupable comme étant un meurtre lorsqu'une personne cause la mort d'un être humain pendant qu'elle commet ou tente de commettre une des infractions énumérées, qu'elle ait ou non l'intention de causer la mort ou qu'elle sache ou non que la mort s'ensuivra vraisemblablement, si cette personne a l'intention de causer des lésions corporelles aux fins de faciliter la perpétration de l'infraction ou de faciliter sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre l'infraction. Le paragraphe introductif de l'article dégage expressément donc le ministère public de l'obligation de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé prévoyait subjectivement la mort. Cet article représente donc une anomalie par rapport aux autres dispositions relatives au meurtre, compte tenu particulièrement de la présomption de common law qui interdit de déclarer une personne coupable d'un crime réel sans preuve d'intention ou d'insouciance: *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, aux pp. 1309 et 1310, le juge Dickson (tel était alors son titre).

Une déclaration de culpabilité de meurtre entraîne les stigmates et la peine les plus sévères qui soient pour un crime dans notre société. À cause de la nature spéciale des stigmates causés par une déclaration de culpabilité de meurtre et des peines qui peuvent être imposées, les principes de justice fondamentale exigent une *mens rea* qui reflète la nature particulière de ce crime. L'article 213 a pour effet de violer le principe que la peine doit être proportionnée à la culpabilité morale du délinquant, ou comme l'a dit le professeur Hart dans *Punishment and Responsibility* (1968), à la p. 162, le principe fondamental d'un système de droit fondé sur la morale, portant que ceux qui causent un préjudice intentionnellement doivent être punis plus sévèrement que ceux qui le font involontairement. La raison d'être sous-jacente du principe qu'il doit y avoir prévision subjective de la mort pour que quelqu'un soit qualifié de meurtrier et puni comme tel, est liée au principe plus général que la responsabilité criminelle à l'égard d'un résultat particulier n'est justifiée que lorsque son auteur a un état d'esprit coupable relativement à ce résultat: voir *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, le juge McIntyre, et *R. v. Buzzanga and*

values the autonomy and free will of the individual, the stigma and punishment attaching to the most serious of crimes, murder, should be reserved for those who choose to intentionally cause death or who choose to inflict bodily harm that they know is likely to cause death. The essential role of requiring subjective foresight of death in the context of murder is to maintain a proportionality between the stigma and punishment attached to a murder conviction and the moral blameworthiness of the offender. Murder has long been recognized as the "worst" and most heinous of peace time crimes. It is, therefore, essential that to satisfy the principles of fundamental justice, the stigma and punishment attaching to a murder conviction must be reserved for those who either intend to cause death or who intend to cause bodily harm that they know will likely cause death. In this regard, I refer to the following works as support for my position, in addition to those cited in *Vaillancourt*: Cross, "The Mental Element in Crime" (1967), 83 *L.Q.R.* 215; Ashworth, "The Elasticity of *Mens Rea*," in *Crime, Proof and Punishment* (1981); Williams, *The Mental Element in Crime* (1965); and Williams, "Convictions and Fair Labelling," [1983] 42 *Cambridge L.J.* 85.

In sum then, I am of the view that a special mental element with respect to death is necessary before a culpable homicide can be treated as murder. That special mental element gives rise to the moral blameworthiness that justifies the stigma and punishment attaching to a murder conviction. For all the foregoing reasons, and for the reasons stated in *Vaillancourt*, I conclude that it is a principle of fundamental justice that a conviction for murder cannot rest on anything less than proof beyond a reasonable doubt of subjective foresight of death. That was my position when *Vaillancourt* was decided, and that is my position today. Therefore, since s. 213 of the *Code* expressly eliminates the requirement for proof of subjec-

Durocher (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (C.A. Ont.), le juge Martin. À mon avis, dans une société libre et démocratique qui attache de l'importance à l'autonomie et au libre arbitre de l'individu, les stigmates et la peine rattachés au crime le plus grave, le meurtre, devraient être réservés à ceux qui ont choisi de causer intentionnellement la mort ou d'infliger des lésions corporelles dont ils savaient qu'elles étaient susceptibles de causer la mort. L'exigence d'une prévision subjective de la mort dans le contexte d'un meurtre a essentiellement pour rôle de maintenir une proportionnalité entre les stigmates et la peine rattachés à une déclaration de culpabilité de meurtre et la culpabilité morale du délinquant. Le meurtre est depuis longtemps reconnu comme le «pire» et le plus odieux des crimes en temps de paix. Il est donc essentiel que, pour respecter les principes de justice fondamentale, les stigmates et la peine rattachés à une déclaration de culpabilité de meurtre soient réservés à ceux qui ont eu l'intention soit de causer la mort soit d'infliger des lésions corporelles dont ils savaient qu'elles étaient susceptibles de causer la mort. À cet égard, je renvoie, à l'appui de ma position, aux ouvrages suivants, en plus de ceux cités dans l'arrêt *Vaillancourt*: Cross, «The Mental Element in Crime» (1967), 83 *L.Q.R.* 215, Ashworth, «The Elasticity of *Mens Rea*», dans *Crime, Proof and Punishment* (1981), Williams, *The Mental Element in Crime* (1965), et Williams, «Convictions and Fair Labelling,» [1983] 42 *Cambridge L.J.* 85.

En résumé, je suis d'avis qu'un élément moral spécial concernant la mort est nécessaire pour qu'on puisse considérer un homicide coupable comme un meurtre. Cet élément moral spécial amène la culpabilité morale qui justifie les stigmates et la peine rattachés à une déclaration de culpabilité de meurtre. Pour tous les motifs qui précèdent, et pour les motifs exprimés dans l'arrêt *Vaillancourt*, je conclus que c'est un principe de justice fondamentale qu'une déclaration de culpabilité de meurtre ne saurait reposer sur rien de moins qu'une preuve hors de tout doute raisonnable d'une prévision subjective de la mort. C'était ma position quand l'arrêt *Vaillancourt* a été rendu, et c'est encore ma position aujourd'hui. Donc,

tive foresight, it infringes ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

As regards s. 1 of the *Charter*, there is no doubt that the objective of deterring the infliction of bodily harm during the commission of certain offences because of the increased risk of death is of sufficient importance to warrant overriding a *Charter* right. Further, indiscriminately punishing for murder all those who cause death irrespective of whether they intended to cause death might well be thought to discourage the infliction of bodily harm during the commission of certain offences because of the increased risk of death. But it is not necessary in order to achieve this objective to convict of murder persons who do not intend or foresee the death. In this regard the section unduly impairs the *Charter* rights. If Parliament wishes to deter persons from causing bodily harm during certain offences, then it should punish persons for causing the bodily harm. Indeed, the conviction for manslaughter that would result instead of a conviction for murder is punishable by, from a day in jail to confinement for life. Very stiff sentences for the infliction of bodily harm leading to death in appropriate cases would sufficiently meet any deterrence objective that Parliament might have in mind. The more flexible sentencing scheme under a conviction for manslaughter is in accord with the principle that punishment be meted out with regard to the level of moral blameworthiness of the offender. To label and punish a person as a murderer who did not intend or foresee death unnecessarily stigmatizes and punishes those whose moral blameworthiness is not that of a murderer, and thereby unnecessarily impairs the rights guaranteed by ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. In my view then, s. 213(a), indeed all of s. 213, cannot be saved by s. 1 of the *Charter*.

puisque l'art. 213 du *Code* élimine expressément l'exigence d'une preuve de prévision subjective, il porte atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*.

a

Quant à l'article premier de la *Charte*, il ne fait pas de doute que l'objectif de dissuader d'infliger des lésions corporelles pendant la perpétration de certaines infractions à cause du risque accru de causer la mort est suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la *Charte*. De plus, on pourrait bien croire que punir indistinctement pour meurtre tous ceux qui causent la mort, sans se demander s'ils ont voulu causer la mort, décourage l'infliction de lésions corporelles pendant la perpétration de certaines infractions à cause du risque accru de causer la mort. Mais, pour atteindre cet objectif, il n'est pas nécessaire de reconnaître coupables de meurtre des personnes qui ne veulent pas ou ne prévoient pas causer la mort. À cet égard, l'article porte indûment atteinte aux droits reconnus par la *Charte*. Si le Parlement veut dissuader les gens de causer des lésions corporelles pendant la perpétration de certaines infractions, il devrait alors les punir pour avoir causé des lésions corporelles. En réalité, la déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable qui en résulterait, au lieu d'une déclaration de culpabilité de meurtre, peut entraîner une peine d'un jour de prison jusqu'à l'emprisonnement à perpétuité. L'imposition, dans des cas appropriés, de peines très sévères pour l'infliction de lésions corporelles causant la mort serait suffisante pour répondre à tout objectif de dissuasion que le Parlement pourrait avoir à l'esprit. Le régime plus souple de détermination de la peine suite à une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable est conforme au principe que la peine doit être imposée en fonction du niveau de culpabilité morale du délinquant. Qualifier de meurtrier, et le punir en tant que tel, quelqu'un qui n'a pas voulu ni prévu la mort stigmatise et punit inutilement ceux dont la culpabilité morale n'est pas celle d'un meurtrier, ce qui porte inutilement atteinte aux droits garantis par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Donc, à mon avis, l'al. 213a), voire même l'art. 213 au complet, ne peut être sauvegardé par l'article premier de la *Charte*.

j

The fact that I have based my reasons on the principle of subjective foresight casts serious if not fatal doubt on the constitutionality of part of s. 212(c) of the *Code*, specifically the words "ought to know is likely to cause death". The validity of s. 212(c) of the *Code* has not been directly attacked in this appeal, but the Court has had the benefit of hearing argument from the Attorney General of Canada and from the Attorneys General for Alberta, British Columbia, Ontario, Quebec, and Manitoba, who chose to intervene, on the issue of whether subjective foresight or objective foreseeability of death is the constitutionally required minimum *mens rea* for murder. In my view, subjective foresight of death must be proven beyond a reasonable doubt before a conviction for murder can be sustained, and as a result, it is obvious the part of s. 212(c) of the *Code* allowing for a conviction upon proof that the accused ought to have known that death was likely to result violates ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. I find further support for this view in the following passage from Professor Stuart's treatise *Canadian Criminal Law* (2nd ed. 1987), at pp. 217-18, dealing specifically with the objective element of s. 212(c) of the *Code* and the principle of subjective foresight:

This is a clear instance where our legislation has not kept up with developments in other jurisdictions. We have seen that a similar objective test for murder resorted to by the House of Lords in the notorious decision in *Director of Public Prosecutions v. Smith* (1960) [[1961] A.C. 290, [1960] 3 All E.R. 161 (H.L.)] was rejected by the British Legislature and by the Australian High Court. Very few jurisdictions, including those in the United States, resort to anything but the subjective approach in defining murder. The only direct parallels to our section 212(c) are to be found in the codes of Queensland, Tasmania and New Zealand. The wording in these provisions is almost identical to ours except that in New Zealand the words "or ought to have known" were deleted as a result of a quick and firm rejection of *Smith*. The New Zealand section now reads in part:

... if the offender for any unlawful object does an act that he knows to be likely to cause death, and thereby

Le fait que j'ai fondé mes motifs sur le principe de la prévision subjective jette un doute sérieux, sinon fatal, sur la constitutionnalité d'une partie de l'al. 212c) du *Code*, plus particulièrement les mots «devrait savoir, de nature à causer la mort». La validité de l'al. 212c) du *Code* n'a pas été directement attaquée dans le présent pourvoi, mais la Cour a eu l'avantage d'entendre les arguments du procureur général du Canada et des procureurs généraux de l'Alberta, de la Colombie-Britannique, de l'Ontario, du Québec et du Manitoba qui ont choisi d'intervenir, sur la question de savoir laquelle de la prévision subjective ou de la prévisibilité objective de la mort constitue la *mens rea* minimale requise du point de vue constitutionnel pour qu'il y ait meurtre. À mon avis, la prévision subjective de la mort doit être prouvée hors de tout doute raisonnable pour qu'une déclaration de culpabilité de meurtre puisse être maintenue et, par conséquent, il est évident que la partie de l'al. 212c) du *Code*, qui permet de prononcer une déclaration de culpabilité si on prouve que l'accusé aurait dû savoir que la mort était susceptible de s'ensuivre, viole l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Cette opinion trouve également appui dans l'extrait suivant du traité du professeur Stuart intitulé *Canadian Criminal Law* (2^e éd. 1987), aux pp. 217 et 218, qui porte précisément sur l'élément objectif de l'al. 212c) du *Code* et le principe de la prévision subjective:

[TRADUCTION] C'est un cas évident où nos lois n'ont pas suivi l'évolution qui a eu cours dans d'autres ressorts. Nous avons vu que le législateur britannique et la High Court d'Australie ont rejeté un critère objectif similaire pour établir le meurtre, auquel avait eu recours la Chambre des lords dans l'arrêt célèbre *Director of Public Prosecutions v. Smith* (1960) [[1961] A.C. 290, [1960] 3 All E.R. 161 (H.L.)] Très peu de ressorts, même parmi les États américains, ont recours à autre chose que la méthode subjective pour définir le meurtre. Les seuls équivalents directs de notre alinéa 212c) se trouvent dans les codes du Queensland, de la Tasmanie et de la Nouvelle-Zélande. Le texte de ces dispositions est presque identique au nôtre sauf qu'en Nouvelle-Zélande les mots «ou aurait dû savoir» ont été supprimés par suite d'un rejet rapide et ferme de l'arrêt *Smith*. L'article néo-zélandais se lit maintenant en partie ainsi:

... si le délinquant, pour une fin illégale, accomplit un acte qu'il sait de nature à causer la mort et tue ainsi une

kills any person, though he may have desired that his object should be effected without hurting anyone.

Indeed, Lord Goff in his article "The Mental Element in the Crime of Murder" (1988), 104 *L.Q.R.* 30, at p. 36, had this to say about the *Smith* decision and about objective foreseeability as a test for murder:

This decision was very much criticised, by judge and jurist alike. What they disliked about it was that it imposed an objective instead of a subjective test for ascertaining the existence of the relevant mental element for the crime of murder. In due course, it was reversed by statute; later, on an appeal from a jurisdiction where that statute did not apply at the relevant time, *Smith* was, in effect, held by the Judicial Committee of the Privy Council to have been wrongly decided (see *Frankland and Moore v. R.*), [1987] 2 W.L.R. 1251. So the objective test was never part of the common law, properly understood; and we can now forget about it. [Emphasis added.]

Although it would be open to save that part of s. 212(c) under s. 1 of the *Charter*, it seems to me that the attempt would fail for the reasons I have given in respect of the attempt to similarly save s. 213 of the *Code*. I would therefore answer the constitutional questions as follows:

Q: Does s. 213(a) of the *Criminal Code* infringe or deny the rights or freedoms guaranteed by s. 7 and/or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A: Yes, the section infringes both ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

Q: If the answer to question 1 is affirmative, is s. 213(a) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

A: No.

The only remaining issue is the potential application of s. 613(1)(b)(iii) (now s. 686(1)(b)(iii)) of the *Criminal Code*. The Court of Appeal for Alberta declined to invoke the section and enter a conviction for the following reason, at p. 279:

The jury in this case was not instructed on any portion of s. 212. I am unable to say that a properly instructed jury must necessarily have found that the appellant had,

personne, même s'il a pu vouloir atteindre son objectif sans blesser qui que ce soit.

En fait, lord Goff, dans son article intitulé «The Mental Element in the Crime of Murder» (1988), 104 *L.Q.R.* 30, à la p. 36, affirme ceci au sujet de l'arrêt *Smith* et du critère de la prévisibilité objective applicable au meurtre:

[TRADUCTION] Cet arrêt a été fort critiqué tant par les juges que par les avocats. Ce qu'ils n'appréciaient pas de cet arrêt, c'est qu'il imposait un critère objectif plutôt que subjectif pour vérifier l'existence de l'élément moral pertinent au crime de meurtre. En temps utile, il a été infirmé par voie législative; plus tard, suite à un appel provenant d'un ressort où cette loi ne s'appliquait pas à l'époque pertinente, le comité judiciaire du Conseil privé a effectivement jugé que l'arrêt *Smith* était erroné (voir *Frankland and Moore v. R.*), [1987] 2 W.L.R. 1251. Ainsi, le critère objectif n'a jamais fait partie de la common law proprement dite et nous pouvons maintenant l'oublier. [Je souligne.]

Bien qu'il soit possible de sauvegarder cette partie de l'al. 212(c) en vertu de l'article premier de la *Charte*, il me semble que la tentative échouerait pour les motifs que j'ai donnés relativement à la tentative de sauvegarder de la même manière l'art. 213 du *Code*. Je suis donc d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

Q: L'alinéa 213a) du *Code criminel* porte-t-il atteinte aux droits ou aux libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R: Oui, l'alinéa porte atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*.

Q: Si la réponse à la première question est affirmative, l'al. 213a) est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

R: Non.

La seule question qui reste est celle de la possibilité d'appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) (maintenant le sous-al. 686(1)(b)(iii)) du *Code criminel*. La Cour d'appel de l'Alberta a refusé de recourir à ce sous-alinéa et a inscrit une déclaration de culpabilité pour la raison suivante, à la p. 279:

[TRADUCTION] Le jury en l'espèce n'a reçu aucune directive sur quelque partie que ce soit de l'art. 212. Je suis incapable de dire qu'un jury bien instruit doit

at some point, the requisite intention under that section rather than being carried along by events.

I agree. In the present case, the respondent was convicted pursuant to a combination of ss. 213 and 21 of the *Code*. Since in this case the jury was left only with s. 213 which has been declared to be inoperative, a new trial must be ordered. Accordingly, the Court of Appeal's decision quashing the convictions and directing a new trial is affirmed. The appeal is, therefore, dismissed.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—I have had the opportunity of reading the reasons of Chief Justice Lamer, and with respect, I must dissent. I fully agree with my colleague's characterization, at p. 643, of this Court's "duty to measure the content of legislation against the guarantees in our *Charter* designed to protect individual rights and freedoms" while however, in my view, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is not impermeable to the rights of the collectivity. I also heartily concur with my colleague's assertion that this Court is directed to review, when challenged, Parliament's definitions of the elements of a crime to ensure that they are in accordance with fundamental justice. In my view, however, this Court must stop short of effectively legislating on its own. The question should not be what is the "best" test, but rather what is a constitutionally valid test.

The following constitutional questions were stated by Chief Justice Dickson:

1. Does s. 213(a) [now s. 230(a)] of the *Criminal Code* infringe or deny the rights or freedoms guaranteed by s. 7 and/or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is affirmative, is s. 213(a) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

nécessairement avoir conclu que l'appelant a eu, à un moment donné, l'intention requise en vertu de cette disposition, plutôt que d'être entraîné par les événements.

^a Je suis d'accord. En l'espèce, l'intimé a été reconnu coupable conformément à une combinaison des art. 213 et 21 du *Code*. Puisque le jury en l'espèce n'a été saisi que de l'art. 213 qui a été déclaré inopérant, un nouveau procès doit être ordonné. Par conséquent, l'arrêt de la Cour d'appel annulant les déclarations de culpabilité et ordonnant la tenue d'un nouveau procès est confirmé. Le pourvoi est donc rejeté.

^c Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—J'ai eu l'occasion de lire les motifs de jugement du juge en chef Lamer mais, en toute déférence, je ne partage pas son avis. Je souscris entièrement à la façon dont mon collègue qualifie, à la p. 643, l'«obligation [qu'a notre Cour] d'apprécier le contenu d'un texte législatif en fonction des garanties contenues dans notre *Charte*, qui sont conçues pour protéger les droits et libertés individuels» quoique, selon moi, la *Charte canadienne des droits et libertés* ne soit pas insensible aux droits de la collectivité. Je souscris aussi volontiers à l'affirmation de mon collègue que la Cour est appelée à réviser les définitions, données par le Parlement, des éléments d'un crime lorsqu'elles sont contestées, pour s'assurer de leur conformité aux principes de justice fondamentale. À mon avis, cependant, notre Cour ne doit pas s'arroger le droit de légiférer de son propre chef. Il ne s'agit pas ici de se demander quel est le «meilleur» critère, mais plutôt quel est le test constitutionnellement valide.

Le juge en chef Dickson a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. L'alinéa 213a) [maintenant l'al. 230a)] du *Code criminel* porte-t-il atteinte aux droits ou aux libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'al. 213a) est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

The same constitutional questions were stated in *R. v. Rodney*, [1990] 2 S.C.R. 687, heard concurrently, judgment also rendered concurrently. *R. v. Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731, *R. v. Arkell*, [1990] 2 S.C.R. 695 and *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711, were also heard and are released concurrently with this appeal. *Logan* deals with the constitutionality of s. 21(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, *Arkell* with s. 214(5) of the *Criminal Code*, and *Luxton* with s. 214(5)(e) of the *Criminal Code*. The latter two appeals also raise the constitutionality of s. 213(a) of the *Criminal Code*, which is the focus of the present appeal.

Section 213 of the *Criminal Code* reads as follows:

213. Culpable homicide is murder where a person causes the death of a human being while committing or attempting to commit high treason or treason or an offence mentioned in section 52 (sabotage), 76 (piratical acts), 76.1 (hijacking an aircraft), 132 or subsection 133(1) or sections 134 to 136 (escape or rescue from prison or lawful custody), section 246 (assaulting a peace officer), section 246.1 (sexual assault), 246.2 (sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm), 246.3 (aggravated sexual assault), 247 (kidnapping and forcible confinement), 302 (robbery), 306 (breaking and entering) or 389 or 390 (arson), whether or not the person means to cause death to any human being and whether or not he knows that death is likely to be caused to any human being, if

(a) he means to cause bodily harm for the purpose of

- (i) facilitating the commission of the offence, or
- (ii) facilitating his flight after committing or attempting to commit the offence,

and the death ensues from the bodily harm;

(b) he administers a stupefying or overpowering thing for a purpose mentioned in paragraph (a), and the death ensues therefrom;

(c) he wilfully stops, by any means, the breath of a human being for a purpose mentioned in paragraph (a), and the death ensues therefrom; or

(d) he uses a weapon or has it upon his person

Les mêmes questions constitutionnelles ont été formulées dans le pourvoi *R. c. Rodney*, [1990] 2 R.C.S. 687, entendu en même temps que le présent pourvoi et dont le jugement est aussi rendu simultanément. Les pourvois *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731, *R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695 et *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711, ont aussi été entendus en même temps que le présent pourvoi et les arrêts s'y rapportant sont rendus simultanément. L'affaire *Logan* porte sur la constitutionnalité du par. 21(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, l'affaire *Arkell* sur celle du par. 214(5) du *Code criminel* et l'affaire *Luxton* sur celle de l'al. 214(5)e) du *Code criminel*. Les deux derniers pourvois soulèvent aussi la constitutionnalité de l'al. 213a) du *Code criminel*, sur lequel est axé le présent pourvoi.

L'article 213 du *Code criminel* se lit:

213. L'homicide coupable est un meurtre lorsqu'une personne cause la mort d'un être humain pendant qu'elle commet ou tente de commettre une haute trahison, une trahison ou une infraction mentionnée aux articles 52 (sabotage), 76 (actes de piraterie), 76.1 (détournement d'aéronef), 132 ou au paragraphe 133(1) ou aux articles 134 à 136 (évasion ou délivrance d'une garde légale), 246 (voies de fait sur un agent de la paix), 246.1 (agression sexuelle), 246.2 (agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles), 246.3 (agression sexuelle grave), 247 (enlèvement et séquestration), 302 (vol qualifié), 306 (introduction par effraction) ou 389 ou 390 (crime d'incendie), qu'elle ait ou non l'intention de causer la mort d'un être humain et qu'elle sache ou non qu'il en résultera vraisemblablement la mort d'un être humain

a) si elle a l'intention de causer des lésions corporelles aux fins

- (i) de faciliter la perpétration de l'infraction, ou
- (ii) de faciliter sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre l'infraction,

et que la mort résulte des lésions corporelles;

b) si elle administre un stupéfiant ou un soporifique à une fin mentionnée à l'alinéa a) et que la mort en résulte;

c) si volontairement, elle arrête, par quelque moyen, la respiration d'un être humain à une fin mentionnée à l'alinéa a) et que la mort en résulte; ou

d) si elle emploie une arme ou l'a sur sa personne

(i) during or at the time he commits or attempts to commit the offence, or

(ii) during or at the time of his flight after committing or attempting to commit the offence,

and the death ensues as a consequence.

My colleague concludes that s. 213(a) is unconstitutional because it violates ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and cannot be saved by s. 1. In his opinion, the principles of fundamental justice demand that subjective foresight of death be proven beyond a reasonable doubt before a conviction for murder can be secured. I reach a contrary conclusion on the basis that subjective foresight is not the only appropriate standard that can be applied to conform to ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. My reasons are as follows: the test of objective foreseeability of death for the crime of murder does not offend the principles of fundamental justice; this Court's decisions, including *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, do not commend such a result; the exclusive standard of subjective foresight of death for the crime of murder has found no parallel in other common law jurisdictions; and there are significant policy considerations in favour of upholding the existing legislation.

Before discussing the substantive legal issues, I wish to recall the particular facts of this case. Martineau and a friend, Tremblay, had set out one evening armed with a pellet pistol and rifle. Martineau had the pellet pistol and Tremblay had the rifle. Martineau's testimony is unclear as to when he first saw the rifle. Martineau testified that he knew that they were going to commit a crime which he thought would be a "b & e" (breaking and entering, which is one of the predicate crimes mentioned in s. 213). They forced their way into a trailer and Martineau put a quilt over the occupant, James McLean's head, and Tremblay tied his hands. The female occupant, Ann McLean, then came home and was similarly covered and bound. Martineau testified that as soon as he heard the first shot, he realized that James McLean had been shot. He then either said, or thought, "Lady, say your prayers". He did nothing

(i) pendant ou alors qu'elle commet ou tente de commettre l'infraction, ou

(ii) au cours ou au moment de sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre l'infraction,

^a et que la mort en soit la conséquence.

Mon collègue conclut que l'al. 213a) est inconstitutionnel parce qu'il porte atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte* et qu'il ne peut être sauvegardé par l'article premier. À son avis, les principes de justice fondamentale exigent la preuve hors de tout doute raisonnable de la prévision subjective de mort pour qu'il y ait déclaration de culpabilité de meurtre. J'arrive à la conclusion opposée parce que, selon moi, la prévision subjective n'est pas le seul critère susceptible de respecter les dispositions de l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* pour les motifs suivants: le critère de prévisibilité objective de mort applicable au crime de meurtre ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale; la jurisprudence de notre Cour, dont l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, n'emporte pas cette conclusion; la norme exclusive de prévision subjective de mort applicable au crime de meurtre n'a d'équivalent dans aucun autre pays de common law; et il existe d'importantes considérations de principe qui militent en faveur de la confirmation de la validité des dispositions législatives existantes.

Avant de discuter des points de droit positif, il y a lieu de rappeler les faits particuliers de l'affaire. Martineau et un ami, Tremblay, se sont mis en route un soir, l'un armé d'un pistolet à air comprimé et l'autre, d'une carabine. Martineau avait le pistolet à air comprimé et Tremblay la carabine. Le témoignage de Martineau n'est pas clair quant au moment où il a aperçu la carabine pour la première fois. Martineau a témoigné qu'il savait qu'ils allaient commettre un crime qui, croyait-il, serait une introduction par effraction, l'une des infractions énumérées à l'art. 213. Ils se sont introduits par effraction dans une maison mobile et Martineau a mis un édredon sur la tête de l'occupant James McLean et Tremblay lui a ligoté les mains. Ann McLean, qui habitait aussi à cet endroit, est arrivée et a elle été recouverte et ligotée de la même façon. Martineau a déclaré que dès qu'il a entendu le premier coup de feu, il a

to stop his friend from proceeding further. Ann McLean was then shot and killed by Tremblay. During cross-examination, Martineau admitted that he knew James McLean had been shot before Ann McLean was shot.

Martineau's testimony did not account for some of the physical evidence in the trailer. There were bullet casings from the rifle and bullet holes showing that it had been fired more often than recounted by Martineau. There was also evidence that there were pools of blood in three rooms of the trailer and that the man had suffered a protracted beating prior to his death and was also probably dragged about.

In the trial judge's charge to the jury both s. 213(a) and (d) were reviewed and the jury was informed that if the Crown could prove the accused was a party then he would be just as guilty as if he had pulled the trigger. After explaining the meaning of aiding and abetting the trial judge proposed to the jury that they proceed in the following sequence: First, consider whether the Crown had proven guilt beyond a reasonable doubt, based upon s. 21(1)(b) and (c), and s. 213(d), with respect to both counts of murder; next, if the Crown's case did not meet that test, they were to consider s. 21(2) as it related to s. 213(d) on both counts; finally, if the Crown did not meet this onus, they were to consider s. 21(1)(a) and (b) in conjunction with s. 213(a), as they related only to the death of the female occupant, Ann McLean. The accused was convicted of two counts of second degree murder.

While s. 21 of the *Criminal Code* was included in the charge to the jury, its constitutionality is not at issue in this appeal. Section 21 reads:

21. (1) Every one is a party to an offence who
 (a) actually commits it,
 (b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it; or

réalisé que James McLean avait été atteint d'un coup de feu. Il a alors dit ou pensé [TRADUCTION] «Madame, faites vos prières». Il n'a rien fait pour empêcher son complice de continuer. Tremblay a ensuite tiré un coup de feu qui a tué Ann McLean. Au cours du contre-interrogatoire, Martineau a reconnu qu'il savait que James McLean avait été atteint d'un coup de feu avant Ann McLean.

Martineau n'a pas explicité, lors de son témoignage, certains éléments de preuve matérielle trouvés dans la maison mobile. Des douilles vides provenant de la carabine et des trous de balle indiquaient un plus grand nombre de coups de feu que ceux mentionnés par Martineau. La preuve révèle aussi qu'il y avait des mares de sang dans trois pièces de la maison mobile et que l'homme avait été longuement battu avant sa mort et qu'il a probablement aussi été traîné d'une pièce à l'autre.

Dans ses directives au jury, le juge du procès a analysé les al. 213(a) et (d) et il a informé les jurés que si le ministère public pouvait prouver que l'accusé était partie au crime, il serait aussi coupable que celui qui a appuyé sur la gâchette. Après avoir expliqué le sens d'«aider et encourager», le juge du procès a proposé au jury d'aborder les questions dans l'ordre suivant: d'abord, examiner si le ministère public a établi la culpabilité hors de tout doute raisonnable, en fonction des al. 21(1)(b) et (c) et de l'al. 213(d), relativement aux deux chefs d'accusation de meurtre; ensuite, si le ministère public n'avait pas satisfait à ce critère, le jury devait examiner le par. 21(2) en fonction de l'al. 213(d) à l'égard des deux chefs d'accusation; enfin, si le ministère public n'avait pas satisfait à ce fardeau, le jury devait examiner les al. 21(1)(a) et (b) conjointement avec l'al. 213(a), à l'égard seulement de la mort de l'occupante Ann McLean. L'accusé a été déclaré coupable sous deux chefs d'accusation de meurtre au deuxième degré.

Bien que l'art. 21 du *Code criminel* ait été mentionné dans les directives du juge au jury, sa constitutionnalité n'est pas ici en débat. L'article 21 se lit ainsi:

21. (1) Est partie à une infraction quiconque
 a) la commet réellement,
 b) accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre, ou

(c) abets any person in committing it.

(2) Where two or more persons form an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein and any one of them, in carrying out the common purpose, commits an offence, each of them who knew or ought to have known that the commission of the offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose is a party to that offence.

The accused's appeal from his convictions was first heard exclusively on grounds relating to the trial judge's charge to the jury. The Court of Appeal (1988), 61 Alta. L.R. (2d) 264, found that the judge's charge to the jury was appropriate given the state of the law at the time of trial. However, following this Court's decision in *Vaillancourt*, a re-hearing was ordered. As a result of *Vaillancourt*, s. 213(d) had been rendered unconstitutional. It failed to meet the objective foreseeability of death test for the crime of murder. Therefore, only the third component of the trial judge's instructions, s. 213(a) as it applies to the killing of Ann McLean, remains to be examined.

I would like to point out that the invocation of s. 213(a) may not have been necessary. In my view, "Lady, say your prayers", whether it was actually said or thought, reflects a mental state of mind sufficient to anchor a charge under s. 212(a), the only truly subjective foresight murder provision of the *Criminal Code*:

212. Culpable homicide is murder

(a) where the person who causes the death of a human being

- (i) means to cause his death, or
- (ii) means to cause him bodily harm that he knows is likely to cause his death, and is reckless whether death ensues or not;

However, the prosecution chose to proceed under s. 213(a), and the trial judge charged the jury accordingly. Hence, the necessity to deal with this provision here.

My colleague has chosen to introduce subjective foresight of death as the exclusive standard for the

c) encourage quelqu'un à la commettre.

(2) Quand deux ou plusieurs personnes forment ensemble le projet de poursuivre une fin illégale et de s'y entraider et que l'une d'entre elles commet une infraction en réalisant cette fin commune, chacune d'elles qui savait ou devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction, est partie à cette infraction.

^b L'audition de l'appel interjeté par l'accusé contre ses déclarations de culpabilité a d'abord porté uniquement sur les directives du juge au jury. La Cour d'appel (1988), 61 Alta. L.R. (2d) 264, a conclu que ces directives étaient adéquates compte tenu de l'état du droit au moment du procès. Cependant, subséquentement à l'arrêt *Vaillancourt* de notre Cour qui a déclaré l'al. 213(d) inconstitutionnel, la Cour d'appel a ordonné une nouvelle audition. Selon cet arrêt, cet alinéa ne respectait pas le critère de prévisibilité objective de mort, applicable au crime de meurtre. En conséquence, seule la troisième partie des directives du juge au jury, qui porte sur l'application de l'al. 213(a) à l'assassinat d'Ann McLean, est ici en litige.

Je ne suis pas certaine qu'en l'espèce le recours à l'al. 213(a) ait été réellement nécessaire. À mon avis, peu importe que la phrase [TRADUCTION] «Madame, faites vos prières» ait été réellement dite ou seulement pensée, elle reflète un état d'esprit suffisant pour justifier une accusation en vertu de l'al. 212(a), la seule disposition en matière de meurtre du *Code criminel* qui porte sur la prévision subjective de la mort:

212. L'homicide coupable est un meurtre

^a lorsque la personne qui cause la mort d'un être humain

- (i) a l'intention de causer sa mort, ou
- (ii) a l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer sa mort, et qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non;

ⁱ Le ministère public a toutefois choisi de procéder en vertu de l'al. 213(a) et le juge du procès a donné des directives au jury en conséquence, d'où la nécessité d'examiner cette disposition.

^j Mon collègue a choisi d'introduire la notion de prévision subjective de la mort comme la seule

crime of murder. In his view, anything short of that requirement would render a provision constitutionally infirm. Given this inauguration in the criminal law, it may be helpful to discuss both the distinction and the interrelationship between subjective foresight and objective foreseeability.

I. Subjective Foresight v. Objective Foreseeability

By definition, a standard of subjective foresight to ground criminal responsibility dictates that:

... the trier of fact must determine what was actually going on in the mind of this particular accused at the time in question. This is variously stated as a requirement of awareness, conscious thought, advertence or simply a requirement that the person was actually thinking.

What is vital is that *this accused* given his personality, situation and circumstances, actually intended, knew or foresaw the consequence and/or circumstance as the case may be. [Stuart, *Canadian Criminal Law* (2nd ed. 1987), at pp. 121, 123.]

In *The Common Law*, Holmes discussed objective foreseeability, at pp. 53-54, as follows:

If the known present state of things is such that the act done will very certainly cause death, and the probability is a matter of common knowledge, one who does the act, knowing the present state of things, is guilty of murder, and the law will not inquire whether he did actually foresee the consequences or not. The test of foresight is not what this very criminal foresaw, but what a man of reasonable prudence would have foreseen. [Emphasis added.]

Gordon, "Subjective and Objective Mens Rea", [1975] 17 *Crim. L.Q.* 355, at p. 359, not only discusses distinctions between subjective foresight and objective foreseeability, but also the interrelationship between them:

... what is important in the context of proof of *mens rea* is that certain objective descriptions of actions are in themselves descriptions of intentional actions, so that once the Crown has proved what happened they have established their case, and need not go on to prove

norme applicable au crime de meurtre. À son avis, tout ce qui ne satisfait pas à cette exigence rend une disposition constitutionnellement invalide. En raison de cette innovation en droit criminel, il me semble utile de faire état à la fois de la distinction et de la corrélation qui existent entre prévision subjective et prévisibilité objective.

I. La prévision subjective et la prévisibilité objective

Par définition, une norme de prévision subjective qui entraînerait une responsabilité criminelle exige que:

[TRADUCTION] ... le juge des faits détermine ce qui s'est effectivement passé dans l'esprit de l'accusé lui-même au moment en cause. Cette situation est énoncée de diverses façons comme une exigence de prise de conscience, de pensée consciente, d'attention ou simplement une exigence que la personne ait réellement pensé.

Ce qui importe c'est que *cet accusé*, compte tenu de sa personnalité, de sa situation et des circonstances, ait réellement, voulu, connu et prévu la conséquence ou la circonstance, ou les deux à la fois, selon le cas. [Stuart, *Canadian Criminal Law* (2^e éd. 1987), aux pp. 121 et 123.]

Dans son ouvrage *The Common Law*, Holmes parle de la prévisibilité objective dans les termes suivants, aux pp. 53 et 54:

[TRADUCTION] Si l'état actuel connu des choses fait que l'acte accompli causera très certainement la mort et que cette probabilité est de notoriété publique, celui qui accomplit cet acte, tout en connaissant l'état actuel des choses, est coupable de meurtre et la loi ne se demandera pas s'il a réellement prévu ces conséquences. Le critère de prévision n'est pas ce que cet accusé même a prévu, mais ce qu'une personne raisonnablement prudente aurait prévu. [Je souligne.]

Gordon, dans «Subjective and Objective Mens Rea», [1975] 17 *Crim. L.Q.* 355, à la p. 359, examine non seulement les différences entre la prévision subjective et la prévisibilité objective, mais également la corrélation qui existe entre les deux:

[TRADUCTION] ... il importe, dans le cadre de la preuve de la mens rea, que certaines descriptions objectives d'actes constituent en soi des descriptions d'actes intentionnels, de sorte que dès que le ministère public a fait la preuve de ce qui s'est passé, il a établi sa preuve et il n'a

separately the existence of some particular event or condition in the agent's mind. In these cases proof of the external behaviour is proof that he was acting intentionally; his only defence, unless of course he can show he was not a voluntary agent, is to show that the objective description offered by the Crown is incorrect, by producing witnesses who described as an accident what the Crown witnesses described as intentional, by showing, e.g., that he did not push the victim but accidentally fell against him. [Emphasis added.]

Furthermore, at p. 368:

We resort to the reasonable man in an endeavour to make it possible for the Crown to prove *mens rea*. We stress that the reasonable man is only a tool to help us discover the accused man's state of mind; that the law goes no further than to entitle the jury to apply this tool to conclude that the accused had the *mens rea* of the reasonable man; and that they are not obliged so to conclude. But very often we have nothing other than the reasonable man to guide us, so the difference between the position I have just described, and a rule that the accused may be held to have acted with a particular intent, if any reasonable man must have had that intent, is not a real one. [Emphasis added.]

Mewett & Manning, *Criminal Law* (2nd ed. 1985) also addresses the association between subjective foresight and objective foreseeability. When assessing the accused's own state of mind, certain inferences may be drawn from the circumstances surrounding the event at issue. As they point out at p. 138:

[The question becomes] whether this is really an objective test or is merely a disguised evidentiary technique for determining what the accused actually foresaw. If the accused were to say that he did not anticipate events that a reasonable man, given the facts as actually appreciated by the accused, would have anticipated, one may wonder whether the jury would have any difficulty in finding that the accused "must have" anticipated them, thus finding not only that a reasonable man would have anticipated them but that the accused actually did anticipate them in spite of what he says.

As Gordon, *supra*, expressed it, at p. 371:

... what is more likely to happen, is that the innocent man will be so nervous and unskilled that he will make a

pas à établir de preuve distincte de l'existence d'un événement ou d'un état d'esprit particulier de l'auteur de l'acte. Dans ces cas, la preuve du comportement extérieur constitue la preuve que l'accusé a agi intentionnellement; son seul moyen de défense, à moins bien sûr qu'il ne puisse prouver que son acte n'était pas intentionnel, est de démontrer que la description objective présentée par le ministère public est inexacte en faisant comparaître des témoins qui décrivent comme un accident ce que les témoins à charge ont décrit comme un acte intentionnel en démontrant, par exemple, qu'il n'a pas bousculé la victime, mais que celle-ci est tombée accidentellement sur lui. [Je souligne.]

Il ajoute, à la p. 368:

Nous avons recours au critère de la personne raisonnable afin qu'il soit possible au ministère public de prouver la *mens rea*. Nous soulignons que le critère de la personne raisonnable n'est qu'un moyen qui nous aide à découvrir l'état d'esprit de l'accusé, que la loi ne fait rien de plus qu'autoriser le jury à utiliser ce moyen pour conclure que l'accusé avait la *mens rea* d'une personne raisonnable, et que les jurés ne sont pas tenus d'arriver à cette conclusion. Mais, très souvent, nous n'avons rien d'autre que le critère de la personne raisonnable pour nous guider, de sorte qu'il n'y a pas vraiment de différence entre le point de vue que je viens de décrire et une règle selon laquelle on peut conclure que l'accusé a agi dans une intention précise, si une personne raisonnable avait nécessairement eu cette intention. [Je souligne.]

Mewett et Manning, *Criminal Law* (2^e éd. 1985) parlent aussi de l'association entre la prévision subjective et la prévisibilité objective. Au moment de déterminer l'état d'esprit de l'accusé, il est possible de tirer certaines conclusions des circonstances entourant l'événement en cause. Ils soulignent, à la p. 138:

[TRADUCTION] [Il s'agit de savoir] si c'est vraiment un critère objectif ou simplement une technique dissimulée de preuve pour établir ce que l'accusé a réellement prévu. Si l'accusé devait soutenir qu'il n'a pas prévu les événements qu'une personne raisonnable aurait prévus, compte tenu des circonstances dont était vraiment conscient l'accusé, on peut se demander si les jurés auraient de la difficulté à conclure que l'accusé «doit les avoir» prévus et conclure ainsi non seulement qu'une personne raisonnable les aurait prévus, mais que l'accusé les aurait vraiment prévus malgré ses affirmations.

Gordon, précité, affirme à la p. 371:

[TRADUCTION] ... ce qui risque le plus de se produire, c'est que la personne innocente sera si nerveuse et si

bad witness, while the man the jury believes will be the plausible psychopath. One of the problems of an excessively "subjective" approach is that it is likely to feed what I often fear is an unfounded conceit in our ability to gauge a witness' truthfulness by his demeanor.

Gordon feels that the ultimate distinction is a "moral" one. In some instances, the subjective failure to foresee certain consequences of one's criminal activity may merit greater public opprobrium than the assumption of a foreseen calculated risk of death. This recognition warrants a classification whereby flagrant callous, ruthless, or selfish acts causing death, perpetrated by one whose purpose is already criminal, will be treated more harshly than a mere accidental killing. As Gordon explains at pp. 389-90:

If, then, it is appropriate to classify certain forms of unintentional killing in a way which distinguishes them from grossly negligent killing, what should be the basis of the classification? Well, the main purpose of the classification, perhaps the only purpose since the disappearance of capital punishment, is stigmatization, and the basis of the classification should be, simply, moral guilt . . . We should distinguish the most heinous, from the not quite so bad, and from the merely venial. And the assessment of moral guilt depends on a view of the whole circumstances, and not on the distinction between the presence or absence of a particular mental event such as the foresight and acceptance of a risk.

. . . any realistic approach to the problem must recognize that what is ultimately in issue is the community's moral judgment on the accused's behaviour, and not the satisfaction of a legal formula. [Emphasis added.]

The above analysis indicates that tests of subjective foresight and objective foreseeability cannot be seen as static or distinct concepts. They are certainly not mutually exclusive. In most instances, and certainly in those limited circumstances delineated by s. 213(a), discussed below, death will be both objectively and subjectively foreseeable. There is a profound interrelationship between the two, especially when dealing with a

maladroite qu'elle constituera un mauvais témoin alors que la personne que les jurés croiront sera le psychopathe aux belles paroles. Un des problèmes suscité par une méthode excessivement «subjective» tient à ce qu'une telle méthode est susceptible de donner lieu à ce qui, je le crains souvent, constitue une affectation sans fondement de la véracité d'un témoin par son comportement.

Gordon estime que la distinction ultime est «morale». Dans certains cas, l'omission subjective de prévoir certaines conséquences de ses actions criminelles justifie une plus grande réprobation sociale que le fait de prendre un risque calculé de causer la mort. La reconnaissance de cette distinction justifie une classification où les actes flagrants, impitoyables, cruels ou égoïstes qui causent la mort, perpétrés par quelqu'un qui a déjà une intention criminelle, seront traités plus sévèrement qu'un homicide purement accidentel. Gordon explique, aux pp. 389 et 390:

[TRADUCTION] S'il convient de classer certaines formes d'homicide non intentionnel d'une façon qui les distingue de l'homicide par négligence coupable, sur quoi devrait se fonder cette classification? Eh bien, le but principal de cette classification, et peut-être son unique objet depuis l'abolition de la peine capitale, est la stigmatisation, et seule la culpabilité morale devrait servir de fondement à cette classification. [...] Nous devrions distinguer les homicides les plus odieux, de ceux qui ne le sont pas autant et de ceux qui sont simplement véniels. De plus, la détermination de la culpabilité morale dépend de l'évaluation de toutes les circonstances et non de la distinction entre la présence ou l'absence d'un événement moral tel que la prévision ou l'acceptation d'un risque.

. . . toute façon réaliste d'aborder le problème doit reconnaître que ce qui est en cause finalement, c'est le jugement moral par la collectivité du comportement de l'accusé plutôt que la correspondance à une formule légale. [Je souligne.]

L'analyse ci-dessus indique qu'on ne peut considérer les critères de prévision subjective et de prévisibilité objective comme des concepts immuables ou distincts. Ils ne sont certainement pas mutuellement exclusifs. Dans la plupart des cas, et certainement dans les circonstances limitées exposées à l'al. 213a) dont je discute ci-après, la mort est à la fois objectivement et subjectivement prévisible. Il existe une corrélation profonde entre les

crime committed during the execution of a predicate crime. The validity of a provision should not be evaluated on a strict "either-or" approach, and a fastidious adherence to prescribed labels becomes particularly obdurate when gauging the constitutionality of Parliamentary legislation.

II. *R. v. Vaillancourt*

My colleague suggests that *Vaillancourt* bears potentially upon the present appeal. However, *Vaillancourt* settled only two legal questions, and this critical feature of the decision must be kept in mind before it is applied to any subsequent holdings of this Court. First, *Vaillancourt* established a standard of objective foreseeability of death for the crime of murder. Second, the decision only disposed of s. 213(d) of the *Criminal Code*, and no other. Any discussion relating to subjective standards or to the constitutional survival of any other provisions was strictly *obiter*. Furthermore, to the extent that such discussion did take place, it did so only in one of the four separate opinions rendered.

The facts themselves in *Vaillancourt* negated *mens rea* as Vaillancourt testified that, at the time of the robbery during which the killing occurred, he was convinced that his accomplice's gun was unloaded. He had agreed to commit the robbery on the condition that only knives were to be used as weapons. When his accomplice arrived with a gun, Vaillancourt insisted that the bullets be removed, and he subsequently placed these bullets in a glove which was later recovered by the police at the scene and produced at trial. Given these facts, it seems unlikely that Vaillancourt, or any reasonable person in his position, had reason to foresee that anyone would be killed in the course of the robbery. Unlike the accused in the present appeal, Vaillancourt could not have been prosecuted under any provision except for s. 213(d). Section 213(d) did not impose the stringent criteria that must be proven before a conviction under s.

deux, surtout lorsqu'il s'agit d'un crime commis pendant la perpétration d'un des actes criminels énumérés. La validité d'une disposition n'est pas fonction d'une analyse strictement dichotomique et l'adhésion scrupuleuse à des étiquettes stéréotypées peut s'avérer trop inflexible lorsqu'il s'agit de juger de la constitutionnalité d'une mesure législative sanctionnée par le Parlement.

b II. *R. c. Vaillancourt*

Mon collègue suggère que l'arrêt *Vaillancourt* influence fortement l'issue du présent pourvoi. Cependant, l'arrêt *Vaillancourt* n'a réglé que deux questions de droit et cet aspect essentiel de l'arrêt doit être souligné avant de l'appliquer à toute décision ultérieure de notre Cour. Premièrement, l'arrêt *Vaillancourt* a établi une norme de prévisibilité objective de la mort, applicable au crime de meurtre. Deuxièmement, la Cour y a statué uniquement sur l'al. 213d) du *Code criminel* et sur rien d'autre. Toute discussion sur les normes subjectives et sur la survie constitutionnelle de toute autre disposition est strictement *obiter*. De plus, dans la mesure où on en a discuté, une seule des quatre opinions distinctes en fait mention.

Dans l'arrêt *Vaillancourt*, les faits mêmes révélaient l'absence de *mens rea* puisque Vaillancourt avait témoigné qu'au moment du vol qualifié pendant lequel l'homicide a été commis, il était convaincu que l'arme à feu de son complice n'était pas chargée. Il avait accepté de commettre le vol à la condition d'utiliser seulement des couteaux comme armes. Quand son complice s'est présenté avec une arme à feu, Vaillancourt a insisté pour que les balles en soient retirées; il a, par la suite, placé ces balles dans un gant que la police a plus tard découvert sur les lieux du crime et produit en preuve lors du procès. Compte tenu de ces faits, il paraît peu probable que Vaillancourt, ou toute personne raisonnable dans la même situation, ait eu des motifs de prévoir que quelqu'un serait tué pendant la perpétration du vol qualifié. À la différence de l'accusé dans le présent pourvoi, Vaillancourt n'aurait pu être poursuivi en vertu d'aucune autre disposition que l'al. 213d). L'alinéa 213d) n'imposait pas les critères stricts qui doivent être prouvés pour qu'une déclaration de culpabilité puisse être prononcée en vertu de l'al. 213a). Selon

213(a) can be secured. Under section 213(d), death caused by the commission of any of the crimes listed in s. 213 was murder, if

213. ...

(d) [the offender] uses a weapon or has it upon his person

(i) during or at the time he commits or attempts to commit the offence, or

(ii) during or at the time of his flight after committing or attempting to commit the offence,

and the death ensues as a consequence.

Admittedly, under this definition, an offender could theoretically be convicted for murder while only minimally to blame for causing death. No intention to injure, physically impair, or to even use a weapon was required. Under section 213(d), anyone who resisted a police officer during the course of an arrest, and happened to have a weapon on his person which accidentally discharged causing death, would be labelled a murderer. No intentional use of the weapon in any fashion was required.

In *Vaillancourt*, Lamer J. (as he then was) determined, at p. 654, that:

... it is a principle of fundamental justice that, absent proof beyond a reasonable doubt of at least objective foreseeability, there surely cannot be a murder conviction.

Furthermore, my colleague's specific displeasure with s. 213(d) emanated from the possibility that a jury could convict in the shadow of "a reasonable doubt as to whether the accused ought to have known that death was likely to ensue", at p. 657:

... if Parliament frames the section so that, upon proof of the conduct, it would be unreasonable for a jury not to conclude beyond a reasonable doubt that the accused ought to have known that death was likely to ensue, then I think that Parliament has enacted a crime which is tantamount to one which has objective foreseeability as an essential element, and, if objective foreseeability is sufficient, then it would not be in violation of s. 7 or s. 11(d) in doing so in that way. [Emphasis added].

l'al. 213d), la mort causée pendant la perpétration de l'un des crimes énumérés à l'art. 213 est un meurtre

213. ...

d) si [le délinquant] emploie une arme ou l'a sur sa personne

(i) pendant ou alors qu'[il] commet ou tente de commettre l'infraction, ou

(ii) au cours ou au moment de sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre l'infraction,

et que la mort en soit la conséquence.

Certes, en vertu de cette définition, un accusé pouvait théoriquement être déclaré coupable de meurtre malgré qu'il ne puisse être que légèrement à blâmer pour avoir causé la mort. Il n'était pas nécessaire d'avoir eu l'intention de causer des blessures, d'infliger des lésions corporelles, ni même d'utiliser une arme. En vertu de l'al. 213d), qui-conque résistait à un policier lors de son arrestation pouvait être qualifié de meurtrier s'il avait en sa possession une arme à feu qui s'était déchargée accidentellement et avait causé la mort. Il n'était nullement nécessaire d'avoir eu l'intention d'utiliser une arme.

Dans l'arrêt *Vaillancourt*, le juge Lamer (tel était alors son titre) a statué, à la p. 654 que:

... c'est un principe de justice fondamentale qu'en l'absence d'une preuve hors de tout doute raisonnable d'au moins une prévisibilité objective, il ne peut sûrement pas y avoir de déclaration de culpabilité de meurtre.

De plus, la difficulté particulière que mon collègue éprouvait quant à l'al. 213d) découlait de la possibilité qu'un jury puisse prononcer une déclaration de culpabilité même s'il pouvait exister «un doute raisonnable que l'accusé aurait dû savoir que la mort était susceptible de s'ensuivre». Il écrit, à la p. 657:

... si le législateur formule la disposition de manière que, une fois établie l'existence de la conduite, il serait déraisonnable que le jury ne conclue pas hors de tout doute raisonnable que l'accusé aurait dû savoir que la mort était susceptible de s'ensuivre, alors j'estime qu'il crée un crime dont la prévisibilité objective constitue un élément essentiel et, si cette prévisibilité objective est suffisante, alors il ne viole pas l'art. 7 ni l'al. 11d) en le faisant de cette manière. [Je souligne.]

Hence the proposed test is whether the *mens rea* requirement under s. 213(d) was such that it must be apparent to the reasonable person in similar circumstances that death was likely to ensue. This *mens rea* requirement is an essential element that the Crown must prove beyond a reasonable doubt, at p. 656:

... the legislature, rather than simply eliminating any need to prove the essential element, may substitute proof of a different element. In my view, this will be constitutionally valid only if upon proof beyond reasonable doubt of the substituted element it would be unreasonable for the trier of fact not to be satisfied beyond reasonable doubt of the existence of the essential element.

Section 213(d) could not meet that test. Section 213(a) does. Section 213(d) had substituted proof of a different element in a manner that could leave a jury in doubt as to the objective foreseeability of the likelihood that death would be caused. Proof beyond a reasonable doubt of objective foreseeability of death was replaced with proof beyond a reasonable doubt of the intention to commit or attempt to commit one of the enumerated predicate crimes, coupled with the intent to use a weapon or have it upon one's person.

In *Vaillancourt*, Lamer J. found that this was an invalid substitution, and that the objective foreseeability test was not met. He also made *obiter* remarks, at p. 654, to the effect that:

I am presently of the view that it is a principle of fundamental justice that a conviction for murder cannot rest on anything less than proof beyond a reasonable doubt of subjective foresight.

This notion of "subjective mental element" from the reasons of Lamer J. in *Vaillancourt* is neither constitutionally mandated nor necessitated by elemental principles of the criminal law. The insistence on a subjective foresight requirement was not germane to the decision in *Vaillancourt*. The *obiter* statements were endorsed by only four of the eight Justices who participated in *Vaillancourt*. Beetz J. (for himself and Le Dain J.), at p. 661, held that:

... I do not find it necessary to decide whether there exists a principle of fundamental justice that a conviction

D'où le test proposé que la *mens rea* à l'al. 213d) soit telle qu'il doive être manifeste pour une personne raisonnable placée dans une situation semblable que la mort est susceptible de s'ensuivre.

^a Cette exigence de *mens rea* est un élément essentiel que le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable (à la p. 656):

... au lieu d'éliminer simplement la nécessité de faire la preuve d'un élément essentiel, le législateur peut remplacer cela par la preuve d'un élément différent. À mon sens, cela ne sera constitutionnel que si après que l'on a prouvé hors de tout doute raisonnable l'existence de l'élément ainsi substitué, il serait déraisonnable que le juge des faits ne soit pas convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de l'élément essentiel.

L'alinéa 213d) ne pouvait pas satisfaire à ce critère. L'alinéa 213a), lui, y satisfait. L'alinéa 213d) substituait la preuve d'un élément différent de façon à laisser le jury dans le doute quant à la prévisibilité objective de la probabilité que la mort s'ensuive. La preuve hors de tout doute raisonnable de la prévisibilité objective de la mort était remplacée par la preuve hors de tout doute raisonnable de l'intention de commettre ou de tenter de commettre l'un des crimes énumérés, jointe à celle d'utiliser une arme ou de l'avoir sur sa personne.

Dans l'arrêt *Vaillancourt*, le juge Lamer a conclu que c'était une substitution invalide qui ne satisfaisait pas au critère de prévisibilité objective. Il a aussi écrit en *obiter*, à la p. 654:

Je suis présentement d'avis qu'en vertu d'un principe de justice fondamentale la déclaration de culpabilité de meurtre ne saurait reposer sur quelque chose de moins que la preuve hors de tout doute raisonnable de la prévision subjective.

La notion «d'élément moral subjectif» qui appert des motifs du juge Lamer dans l'arrêt *Vaillancourt* n'est pas constitutionnellement requise et ne relève pas nécessairement des principes élémentaires du droit criminel. L'insistance sur l'exigence d'une prévision subjective ne fait pas partie de la *ratio decidendi* de l'arrêt *Vaillancourt*. Ces *obiter* n'ont eu l'aval que de quatre des huit juges qui ont participé à l'arrêt *Vaillancourt*. Le juge Beetz (s'exprimant en son propre nom et en celui du juge Le Dain) dit, à la p. 661:

... je ne juge pas nécessaire de déterminer s'il existe un principe de justice fondamentale portant qu'une déclara-

tion for murder cannot rest on anything less than proof beyond a reasonable doubt of subjective foresight.

La Forest J. held at p. 665 that:

... the principles of fundamental justice require a *mens rea* reflecting the particular nature of that crime, namely one referable to causing death. In addition to the intention to cause death, this can include a closely related intention such as intention to cause bodily harm likely to result in death combined with recklessness as to that result. [Emphasis added.]

McIntyre J. dissented, and quoted Martin J.A. in *R. v. Munro and Munro* (1983), 8 C.C.C. (3d) 260, that the required *mens rea* element "is a matter for Parliament and not for the courts".

The other four Justices also exercised deliberate prudence to address only s. 213(d), and not speak to the other paragraphs under s. 213. As La Forest J. held at p. 665:

It is sufficient to say that the mental element required by s. 213(d) of the *Criminal Code* is so remote from the intention specific to murder ... that a conviction under that paragraph violates fundamental justice. All the provision requires is an intention to commit another crime and to possess a weapon while carrying out this intention or in fleeing afterwards. The provision is so broad that under it a person may be found guilty of murder even though the death was the result of an accident. [Emphasis added.]

Beetz J., for himself and Le Dain J., held at p. 661:

I agree that s. 213(d) of the *Criminal Code* does not conform to the principles of fundamental justice ... [Emphasis added.]

Recognizing the difference between the two provisions, the discussion of s. 213(a) was reserved for a later day. Today is that day.

III. Section 213(a) of the *Criminal Code*

Vaillancourt held that s. 213(d) of the *Criminal Code* violated ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and could not be saved by s. 1. Section 213(a) of the *Criminal Code* is completely different—in its historical develop-

tion de culpabilité de meurtre ne saurait reposer sur quelque chose de moins que la preuve hors de tout doute raisonnable d'une prévision subjective.

Le juge La Forest observe, à la p. 665:

... les principes de justice fondamentale exigent une *mens rea* qui reflète la nature particulière de ce crime, savoir une qui se rapporte au fait de causer la mort. Outre l'intention de causer la mort, cela peut inclure une intention très proche comme celle de causer des lésions corporelles de nature à causer la mort, sans se soucier que la mort en résulte ou non. [Je souligne.]

Le juge McIntyre, dissident, a cité les propos du juge Martin de la Cour d'appel, dans l'affaire *R. v. Munro and Munro* (1983), 8 C.C.C. (3d) 260, portant que l'élément de *mens rea* nécessaire [TRANSDUCTION] «est une question qui relève du législateur et non des tribunaux».

Les quatre autres juges ont fait montre d'une prudence délibérée en ne traitant que de l'al. 213(d) sans aborder les autres alinéas de l'art. 213. Ainsi, le juge La Forest affirme, à la p. 665:

Il suffit de dire que l'élément moral requis par l'al. 213(d) du *Code criminel* est si éloigné de l'intention spécifique de commettre un meurtre [...] qu'une déclaration de culpabilité rendue en vertu de cet alinéa est contraire à la justice fondamentale. Tout ce qu'exige cette disposition, c'est l'intention de commettre un autre crime et d'être muni d'une arme en mettant à exécution cette intention ou en s'enfuyant après coup. La disposition est de portée si générale qu'elle permet de déclarer une personne coupable de meurtre même si la mort a été causée accidentellement. [Je souligne.]

Le juge Beetz, en son propre nom et en celui du juge Le Dain, déclare, à la p. 661:

... je suis d'accord pour dire que l'al. 213(d) du *Code criminel* n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale ... [Je souligne.]

Reconnaissant la différence entre les deux dispositions, l'étude de l'al. 213(a) a été reportée à plus tard. Ce moment est maintenant arrivé.

III. L'alinéa 213(a) du *Code criminel*

L'arrêt *Vaillancourt* a décidé que l'al. 213(d) du *Code criminel* violait l'art. 7 et l'al. 11(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il ne pouvait pas être sauvegardé par l'article premier. L'alinéa 213(a) du *Code criminel* est complètement

ment, in its consistency with the objective foreseeability of death test established in *Vaillancourt*, and in the parallel provisions adopted in other common law jurisdictions.

(a) *Historical Background*

The historical background to s. 213(a) reveals that it must be analyzed in a fundamentally different manner than s. 213(d). The language of s. 213(a) can be traced as far back as Coke, *The Third Part of the Institutes of the Laws of England* (6th ed. 1680), where at p. 47, murder was defined as the killing of any human "with malice forethought, either expressed by the party, or implied by Law". By the early part of the nineteenth century the rule had crystallized: if during the commission of an unrelated felony the perpetrator unintentionally killed someone, he was guilty of murder and not merely manslaughter: Archbold, *Pleading and Evidence* (1822). The British Parliamentary Papers "Criminal Law" 1879, vol. 6, stated at pp. 468-70:

For practical purposes we can make no distinction between a man who shoots another through the head, expressly meaning to kill him, a man who strikes another a violent blow with a sword, careless whether he dies of it or not, and a man who, intending for some object of his own, to stop the passage of a railway train, contrives an explosion of dynamite or gunpowder under the engine, hoping indeed that death may not be caused, but determined to effect his purpose whether it is so caused or not.

The equivalent of section 213(a), (b), and (c) [now s. 230(a), (b), (c)] was incorporated as part of Canada's first *Criminal Code* in 1892. Paragraph (d) did not exist, nor had it even been recommended by any of the Commissioners' Reports. It did not appear until 55 years later, in the 1947 version of the *Criminal Code*. It represented an attempt by Parliament to reverse this Court's decision in *R. v. Hughes* (1942), 78 C.C.C. 257, that homicide committed by the accidental discharge of a firearm by an accused during a robbery does not amount to murder. One writer has commented that this new amendment was

différent tant sur le plan de son évolution historique et de sa compatibilité avec le critère de la prévisibilité objective de mort établi dans l'arrêt *Vaillancourt*, que sur celui des dispositions semblables adoptées dans d'autres pays de common law.

a) *Historique*

L'historique de l'al. 213a) révèle qu'il doit être analysé d'une façon fondamentalement différente de l'al. 213d). La formulation de l'al. 213a) remonte aussi loin dans le temps que l'ouvrage de Coke, *The Third Part of the Institutes of the Laws of England* (6^e éd. 1680), qui définit, à la p. 47, le meurtre comme un homicide [TRADUCTION] «avec préméditation exprimée par la partie ou implicite en vertu de la Loi». Dès le début du dix-neuvième siècle, la règle s'était cristallisée: si, au cours de la perpétration d'une infraction majeure quelconque, l'auteur de l'infraction tuait quelqu'un sans le vouloir, il était coupable de meurtre et non de simple homicide involontaire coupable: Archbold, *Pleading and Evidence* (1822). Dans le document du Parlement britannique intitulé «Criminal Law» 1879, vol. 6, aux pp. 468 à 470, on affirme que:

[TRADUCTION] Pour des raisons pratiques, nous ne pouvons faire de différence entre celui qui tire quelqu'un d'autre à la tête dans l'intention de le tuer, celui qui assène à quelqu'un un violent coup d'épée, sans se soucier si sa victime en mourra ou non, et celui qui, dans un dessein particulier, veut provoquer l'arrêt d'un train et qui, pour le faire, provoque une explosion de dynamite ou de poudre à canon sous la locomotive, espérant en fait ne pas causer de perte de vie, mais résolu à réaliser son dessein qu'il en cause ou non.

Les dispositions correspondant aux al. 213a), b) et c) [maintenant les al. 230a), b) et c)] ont été incluses dans le premier *Code criminel* du Canada, en 1892. L'alinéa d) n'existait pas, ni n'a même jamais été recommandé par les rapports des Commissaires. Il n'est apparu que 55 ans plus tard, dans la version de 1947 du *Code criminel*. Il représentait une tentative du Parlement d'infirmier l'arrêt de notre Cour *R. v. Hughes* (1942), 78 C.C.C. 257, selon lequel l'homicide commis par la décharge accidentelle d'une arme à feu au cours d'un vol qualifié ne constituait pas un meurtre. Un auteur a en effet souligné que cette nouvelle modi-

indeed a "strange bedfellow" when compared to the rest of s. 213: Edwards, "Constructive Murder in Canadian and English Law" (1959), 3 *Crim. L.Q.* 481, at p. 491.

Section 213(a) is much more restrictive than the common law rule. The bodily harm inflicted by the perpetrator must have been done for the purpose of facilitating the commission of the offence or the subsequent flight of the offender. Furthermore, only a narrowly circumscribed list of predicate criminal offences can trigger the application of the section. Under the old common law rule, a killing in the midst of any felony would support a charge of murder.

Admittedly, up until the 1955 version of the *Criminal Code*, culpable homicide was murder if the accused meant to inflict "grievous" bodily harm for the purpose of facilitating the commission of the underlying offence or flight from it. For "grievous bodily harm", the injury did not have to be "either permanent or dangerous, if it be such as seriously to interfere with comfort or health, it is sufficient": *R. v. Ashman* (1858), 1 F. & F. 88, 175 E.R. 638; *R. v. Archibald* (1898), 4 C.C.C. 159 (Ont. H.C.); *R. v. Bottrell* (1981), 60 C.C.C. (2d) 211 (B.C.C.A.).

The common law definition of "bodily harm" has been substantially incorporated in s. 245.1(2) of the *Criminal Code*, and means "any hurt or injury to the complainant that interferes with the health or comfort of the complainant and that is more than merely transient or trifling". As Laycraft C.J. pointed out at the Court of Appeal, at p. 277:

The addition of the word "grievous" to the term merely added the connotation of "serious"; in neither case would the injury necessarily be life threatening.

Senator Hayden, who had served on the committee considering the amended *Code* in 1953, explained in the Proceedings of the Standing Com-

mission constituait une [TRADUCTION] «drôle d'association» compte tenu des autres alinéas de l'art. 213: Edwards, «Constructive Murder in Canadian and English Law» (1959), 3 *Crim. L.Q.* 481, à la p. 491.

L'alinéa 213a) est beaucoup plus restrictif que la règle de common law. L'infliction de lésions corporelles par l'auteur de l'infraction doit avoir eu pour objet de faciliter la perpétration de l'infraction ou la fuite de son auteur après qu'il l'eût commise. De plus, seul un nombre restreint d'infractions criminelles y énumérées donne lieu à l'application de cet alinéa. En vertu de l'ancienne règle de common law, l'homicide commis à l'occasion de toute infraction majeure justifiait une accusation de meurtre.

Il est vrai que, jusqu'à la version de 1955 du *Code criminel*, l'homicide coupable était un meurtre si l'accusé avait eu l'intention d'infliger des lésions corporelles «graves» dans le but de faciliter la perpétration de l'infraction sous-jacente ou sa fuite après l'avoir commise. Pour constituer des «lésions corporelles graves», il n'était pas nécessaire que la blessure soit «permanente ou mette la vie en danger, il suffisait qu'elle représente un inconvénient grave pour le bien-être ou la santé d'une personne»: *R. v. Ashman* (1858), 1 F. & F. 88, 175 E.R. 638, *R. v. Archibald* (1898), 4 C.C.C. 159 (H.C. Ont.), *R. v. Bottrell* (1981), 60 C.C.C. (2d) 211 (C.A.C.-B.).

Le paragraphe 245.1(2) du *Code criminel* reprend, pour l'essentiel, la définition de common law de l'expression «lésions corporelles», laquelle désigne «une blessure qui nuit à la santé ou au bien-être du plaignant et qui n'est pas de nature passagère ou sans importance». Comme le juge en chef Laycraft le souligne en Cour d'appel, à la p. 277:

[TRADUCTION] L'ajout du mot «grave» à l'expression a simplement pour effet d'ajouter l'idée de «sérieux»; dans ni l'un ni l'autre cas, il n'est nécessaire que la blessure mette la vie en danger.

Le sénateur Hayden, qui avait participé aux travaux du comité qui a examiné le nouveau *Code* en 1953, fournit l'explication suivante dans les

mittee on Banking and Commerce, June 27, 1961, at p. 41:

There would not be any charge unless death resulted, and then there is the bodily harm which caused the death. We felt that "grievous" in most circumstances was only a complication. If a man means to administer or to do bodily harm to the extent that would enable him to commit any of the enumerated offences, and death results, then we felt that that was enough to constitute murder.

Section 213(d) did not require any intent on the part of the perpetrator to do bodily injury. It only required, minimally, that one of the participants possess a weapon which accidentally discharged and caused death. That is a substantially discounted mental element, one much lower than that required under s. 213(a).

(b) *Section 213(a) Passes the Objective Foreseeability Test*

An exacting combination of factors must be proven, all beyond a reasonable doubt, before the accused can be found guilty of murder under this section. The offender must:

- (1) cause the death by means of the commission of a "culpable homicide";
- (2) cause the death while committing or attempting to commit one of a limited number of very serious crimes all of which are, by their very nature, inherently dangerous;
- (3) intentionally inflict bodily harm while committing one of these inherently dangerous offences, all of which are specific intent crimes;
- (4) inflict the bodily harm purposefully in order to perpetrate the dangerous underlying crime or for the purpose of facilitating his flight; and
- (5) the death must ensue from the bodily harm intentionally inflicted.

It should be noted that in the present case the underlying offence was committed, and the intent to inflict bodily harm was clear. Moreover, this

Délibérations du Comité permanent des banques et du commerce, 27 juin 1961, à la p. 42:

D'une part, on ne porterait aucune accusation de meurtre à moins que la mort s'ensuive, d'autre part, on aurait le cas où les lésions corporelles ont causé la mort. Nous avons pensé que le mot «graves» ne faisait que compliquer les choses dans la plupart des cas. Si un homme avait l'intention de causer des lésions corporelles dans la mesure où cela lui permettrait de commettre un des crimes énumérés et que la mort s'ensuive, c'était suffisant, à notre avis, pour constituer un meurtre.

L'alinéa 213d) n'exigeait aucune intention d'infliger des lésions corporelles de la part de l'auteur de l'infraction. Il exigeait seulement, comme minimum, que l'une des parties à l'infraction possède une arme qui se soit déchargée accidentellement et ait causé la mort. C'est là un élément moral substantiellement moindre, beaucoup moins important que celui qu'exige l'al. 213a).

b) *L'alinéa 213a) satisfait au critère de prévisibilité objective*

La preuve hors de tout doute raisonnable de toute une combinaison astreignante de facteurs doit être apportée pour que l'accusé puisse être déclaré coupable de meurtre en vertu de cet alinéa. L'accusé doit:

- (1) causer la mort par la perpétration d'un «homicide coupable»;
- (2) causer la mort pendant qu'il commet ou tente de commettre l'un des crimes très graves dont le nombre est limité, mais qui sont, de par leur nature même, fondamentalement dangereux;
- (3) infliger intentionnellement des lésions corporelles pendant qu'il commet l'un des crimes fondamentalement dangereux qui sont tous des crimes exigeant une intention spécifique;
- (4) infliger intentionnellement des lésions corporelles dans le but de perpétrer le crime dangereux sous-jacent ou pour faciliter sa fuite; et
- (5) la mort doit résulter des lésions corporelles infligées intentionnellement.

Il y a lieu de noter qu'en l'espèce l'infraction sous-jacente a été commise et que l'intention d'infliger des lésions corporelles était manifeste. De

amalgamation of indispensable prerequisites establishes that this crime, as phrased by Lamer J. in *Vaillancourt*, is “tantamount to one which has objective foreseeability as an essential element, and, if objective foreseeability is sufficient, then it would not be in violation of s. 7 or s. 11(d) in doing so in that way”. I am of the view that in light of these requirements, the test of objective foreseeability is sufficient, and that if that test has been met, then no *Charter* violation has taken place. The above list requires that the accused specifically intend to, and actually commit the underlying offence, and specifically intend to, and actually inflict bodily harm. In my view, the inexorable conclusion is that the resulting death is objectively foreseeable.

Those who are critical of all forms of the “felony-murder” rule base their denunciation on the premise that *mens rea* is the exclusive determinant of the level of “stigma” that is properly applied to an offender. This appears to me to confuse some very fundamental principles of criminal law and ignores the pivotal contribution of *actus reus* to the definition and appropriate response to proscribed criminal offences. If both components, *actus reus* as well as *mens rea*, are not considered when assessing the level of fault attributable to an offender, we would see manslaughter and assault causing bodily harm as no more worthy of condemnation than an assault. Mere attempts would become as serious as full offences. The whole correlation between the consequences of a criminal act and its retributive repercussions would become obscured by a stringent and exclusive examination of the accused’s own asserted intentions.

As stated in Crump and Crump, “In Defense of the Felony Murder Doctrine” (1985), 8 *Harv. J.L. & Pub. Pol’y* 359, at p. 366:

Scholarly criticisms of felony murder have tended to neglect its relationship to proportionality and grading. The criticisms erroneously tend to regard *mens rea* as the only legitimate determinant of the grade of a homicide resulting from a felony. This reasoning sometimes leads modern writers into the same rigid formalism,

plus, cet amalgame de conditions préalables indispensables démontre qu’il s’agit, selon l’expression du juge Lamer dans l’arrêt *Vaillancourt*, d’un crime «dont la prévisibilité objective constitue un élément essentiel et, si cette prévisibilité objective est suffisante, alors il ne viole pas l’art. 7 ni l’al. 11d) en le faisant de cette manière.» Je suis d’avis qu’en raison de ces exigences, le critère de prévisibilité objective est suffisant et que si on a satisfait à ce critère, il n’y a pas eu de violation de la *Charte*. La liste ci-dessus exige que l’accusé ait expressément l’intention de commettre l’infraction sous-jacente, qu’il la commette vraiment, qu’il ait expressément l’intention d’infliger des lésions corporelles et qu’il les inflige réellement. À mon avis, il en découle inexorablement que la mort qui en résulte est objectivement prévisible.

Ceux qui critiquent sous toutes ses formes la règle du «meurtre concomitant d’une infraction majeure» fondent leur opposition sur la prémisse que la *mens rea* détermine à elle seule le niveau de «stigmaté» qui doit marquer un contrevenant. Ce raisonnement me paraît confondre certains principes très fondamentaux du droit criminel et ne pas tenir compte du rôle essentiel de l’*actus reus* dans la définition et le traitement appropriés des infractions criminelles prosrites. Faute de tenir compte de l’*actus reus* autant que de la *mens rea* lorsqu’il s’agit d’évaluer le niveau de faute imputable à un délinquant, l’homicide involontaire coupable et les voies de fait causant des lésions corporelles seraient considérés aussi peu dignes de réprobation que les voies de fait. Les simples tentatives deviendraient aussi graves que la perpétration des infractions elles-mêmes. Toute la corrélation qui existe entre les conséquences d’un acte criminel et ses repercussions sur le plan punitif serait obscurcie par un examen strict et exclusif de l’intention que l’accusé affirmerait avoir eue.

Comme le soulignent Crump et Crump, dans «In Defense of the Felony Murder Doctrine» (1985), 8 *Harv. J.L. & Pub. Pol’y* 359, à la p. 366:

[TRADUCTION] Les auteurs qui critiquent le meurtre concomitant d’une infraction majeure ont eu tendance à négliger son rapport avec la proportionnalité et la classification. Les critiques tendent à tort à considérer la *mens rea* comme le seul élément déterminant de la gravité d’un homicide concomitant d’une infraction

divorced from policy, that they rightly reject in historical justifications of the rule. Mens rea is not a "unified field theory" of homicide, and while such a theory might make the subject artificially "logical" or "consistent", it does not reflect our society's more complex understanding of the nature, function, and purpose of the criminal law. The fallacy of this approach is its denigration of actus reus and its failure to include the result of defendant's conduct as a determinant of just disposition. [Emphasis added.]

Having found that an objective foreseeability of death test is sufficient for the crime of murder, I believe that the test has been met in this appeal. Section 213(a) enumerates a catalogue of criteria, all of which must be conclusively demonstrated before a murder conviction can obtain. In this case, the predicate crime was committed, there was a clear intention to effect bodily harm, and such harm did in fact result in the death of Ann McLean.

(c) *A Comparative Analysis*

This sudden introduction of a subjective foresight standard for the crime of murder is most novel, and finds no parallel in Great Britain, Australia, New Zealand or the United States. While each of these jurisdictions imposes different requirements for the crime of murder, none has adopted the requirement of subjective foresight of death.

(i) England and Scotland

While England did abolish the felony-murder rule in its *Homicide Act, 1957* (U.K.), 5 & 6 Eliz. 2, c. 11, murder is still defined to include killings in circumstances that require a mental state short of a subjective foresight of death; causing death while intending to merely inflict grievous bodily harm is sufficient. Furthermore, Lord Goff, while admittedly rejecting a strict objective foreseeability test, in "The Mental Element in the Crime of Murder" (1988), 104 *L.Q.R.* 30, at p. 58, has advocated that killings in circumstances which manifest "wicked indifference" are properly classified as murder even though at the time of the

majeure. Cette façon de raisonner fait parfois tomber les auteurs modernes dans le même formalisme rigide, étranger aux principes, qu'ils reprochent à bon droit aux justifications historiques de la règle. La mens rea ne forme pas une «théorie unifiée» de l'homicide et, même si une telle théorie pouvait conférer une «logique» ou une «cohérence» artificielle au sujet, elle ne reflète pas la compréhension plus complexe que notre société a de la nature, du rôle et de l'objet du droit criminel. La fausseté de cette méthode tient à son dénigrement de l'actus reus et à son omission de tenir compte du résultat de la conduite de l'accusé pour rendre une décision juste. [Je souligne.]

Ayant conclu que le critère de prévisibilité objective de la mort est suffisant pour le crime de meurtre, j'estime qu'on a satisfait à ce critère en l'espèce. L'alinéa 213a) énumère une série de critères, dont la preuve doit être établie de façon concluante pour qu'il y ait déclaration de culpabilité de meurtre. En l'espèce, le crime énuméré à l'alinéa en question a été commis, il y a eu intention manifeste d'infliger des lésions corporelles et ces lésions ont effectivement entraîné la mort d'Ann McLean.

(c) *Analyse comparative*

Cette introduction soudaine de la norme de prévision subjective pour le crime de meurtre est tout à fait nouvelle et n'a d'équivalent ni en Grande-Bretagne, ni en Australie, ni en Nouvelle-Zélande, ni aux États-Unis. Bien que chacun de ces pays impose des conditions différentes pour qu'il y ait crime de meurtre, aucun n'a adopté l'exigence de prévision subjective de mort.

(i) L'Angleterre et l'Écosse

Bien que l'Angleterre ait aboli la règle relative au meurtre concomitant d'une infraction majeure dans l'*Homicide Act, 1957* (R.-U.), 5 & 6 Eliz. 2, ch. 11, la définition du meurtre comprend encore les homicides commis dans des circonstances qui exigent un état d'esprit moindre que la prévision subjective de la mort; il suffit que l'accusé ait causé la mort en ayant l'intention d'infliger des lésions corporelles graves. De plus, lord Goff, tout en rejetant, il est vrai, un test strict de prévisibilité objective, dans «The Mental Element in the Crime of Murder» (1988), 104 *L.Q.R.* 30, à la p. 58, affirme cependant que les homicides commis dans

killing no subjective awareness of the risk of death exists in the killer. This is the law in Scotland and it is “inherently desirable that the crime of murder should be the same both north and south of the River Tweed”:

I am ... urging that English law should adopt the Scottish concept of wicked recklessness ... [although] I would prefer to describe the concept as indifference to death.

The reactions of the judges and juries ... demonstrate, I think, a strong feeling that the mental element in murder, restricted to intention—whether to kill or to cause grievous bodily harm—is too closely confined to do justice in all cases.

(ii) Australia

Each of the Australian jurisdictions continues to recognize some version of the felony-murder rule. In South Australia, the following mental states constitute the *mens rea* for murder:

- (a) intention to kill;
- (b) intention to cause grievous bodily harm;
- (c) knowing that the probable consequence of an act is either death or grievous bodily harm and nevertheless committing the act; and,
- (d) causing unintended death during the course of certain offences by acts of violence.

R. v. Marshall (1987), 26 A. Crim. R. 259, at p. 266 (Ct. Cr. App. S. Aust.); *R. v. Van Beelen* (1973), 4 S.A.S.R. 353, at pp. 400-404 (S.C. S. Aust.).

Victoria has similar legislation which was recently amended as follows:

3A.(1) A person who unintentionally causes the death of another person by an act of violence done in the course or furtherance of a crime the necessary elements of which include violence for which a person upon first conviction may, under or by virtue of any enactment, be sentenced to life imprisonment or to imprisonment for a term of 10 years or more shall be liable to be convicted

des circonstances qui indiquent une [TRADUCTION] «indifférence malicieuse» sont qualifiés à bon droit de meurtres même si, au moment de l'homicide, son auteur n'a pas eu de conscience subjective du risque de mort. C'est aussi l'état du droit en Écosse et il est [TRADUCTION] «fondamentalement souhaitable que le crime de meurtre soit le même au nord et au sud de la rivière Tweed»:

[TRADUCTION] Je presse [...] le droit anglais d'adopter le concept écossais de négligence malicieuse [...] [quoique] je préférerais définir ce concept comme une indifférence que la mort soit causée ou non.

Les réactions des juges et des jurys [...] démontrent, je crois, un profond sentiment que l'élément moral dans le meurtre, ramené à la seule intention, que ce soit celle de causer la mort ou des lésions corporelles graves, est trop restreint pour que justice soit rendue dans tous les cas.

(ii) L'Australie

Chacune des juridictions de l'Australie continue de reconnaître sous une forme ou une autre la règle du meurtre concomitant d'une infraction majeure. En Australie-Méridionale, les éléments moraux suivants constituent la *mens rea* de meurtre:

- [TRADUCTION]
- a) l'intention de causer la mort;
- b) l'intention d'infliger des lésions corporelles graves;
- c) savoir que la perpétration d'un acte aura pour conséquence probable de causer la mort ou d'infliger des lésions corporelles graves, et accomplir cet acte quand même; et
- d) causer involontairement la mort pendant la perpétration de certaines infractions, en accomplissant des actes de violence.

R. v. Marshall (1987), 26 A. Crim. R. 259, à la p. 266 (Ct. Cr. App., S. Aust.); *R. v. Van Beelen* (1973), 4 S.A.S.R. 353, aux pp. 400 à 404 (S.C.S. Aust.).

L'État de Victoria a une disposition semblable qui a été récemment modifiée de la façon suivante:

[TRADUCTION] 3A. (1) Quiconque cause involontairement la mort d'une autre personne par un acte de violence accompli pendant la perpétration d'un crime dont les éléments essentiels comportent de la violence et dont l'auteur est passible, pour une première déclaration de culpabilité, en vertu d'une loi quelconque, d'une peine d'emprisonnement à perpétuité ou d'une peine d'empri-

of murder as though he had killed that person intentionally.

(2) The rule of law known as the felony-murder rule (whereby a person who unintentionally causes the death of another by an act of violence done in the course or furtherance of a felony of violence is liable to be convicted of murder as though he had killed that person intentionally) is hereby abrogated. [Emphasis added.]

Crimes Act 1958 (Victoria) as amended by the *Crimes (Classification of Offences) Act 1981* (No. 9576, 1981 Statutes of Victoria), s. 3.

In New South Wales murder is defined by s. 18 of the *Crimes Act* as including killing:

- (a) with intent to kill;
- (b) with intent to inflict grievous bodily harm;
- (c) with reckless indifference to human life;
- (d) during or immediately after the commission of a qualifying felony [one punishable by death or life imprisonment].

Queensland, Tasmania, and Western Australia have classified murder in statutory provisions similar to those in the Canadian *Criminal Code*. They provide that an unlawful killing is murder in the following circumstances:

- (1) an intentional killing
 - Queensland, *Criminal Code Act, 1899*, 63 Vic., No. 9, s. 302(1)
 - Western Australia, *Criminal Code, 1913*, s. 278 [guilty of "wilful murder"]
 - Tasmania, *Criminal Code Act, 1924*, 14 Geo. V, No. 69, s. 157(a)
- (2) an intention to do the person killed some grievous bodily harm
 - Queensland, *Criminal Code Act, 1899*, 63 Vic., No. 9, s. 302(1)
 - Western Australia, *Criminal Code, 1913*, s. 279(1)
 - Tasmania, *Criminal Code Act, 1924*, 14 Geo. V, No. 69, s. 157(b) ["intention to cause bodily harm which

sonnement de dix ans ou plus, est coupable de meurtre comme s'il avait causé la mort de cette personne intentionnellement.

(2) La règle de droit connue sous le nom de règle du meurtre concomitant d'une infraction majeure (en vertu de laquelle quiconque cause involontairement la mort d'une autre personne pendant la perpétration d'une infraction majeure comportant de la violence est coupable de meurtre comme s'il avait causé la mort de cette personne intentionnellement) est par les présentes abrogée. [Je souligne.]

Crimes Act 1958 (Victoria) modifiée par la *Crimes (Classification of Offences) Act 1981* (No. 9576, 1981 Statutes of Victoria), art. 3.

En Nouvelle-Galles du Sud, en vertu de l'art. 18 de la *Crimes Act*, un homicide est un meurtre s'il est commis:

[TRADUCTION]

- a) dans l'intention de causer la mort;
- b) dans l'intention d'infliger des lésions corporelles graves;
- c) avec une indifférence téméraire pour la vie humaine;
- d) pendant ou immédiatement après la perpétration d'une infraction majeure précise [punissable de la peine de mort ou de l'emprisonnement à perpétuité].

Le Queensland, la Tasmanie et l'Australie-Occidentale ont classifié le meurtre dans des dispositions législatives semblables à celles du *Code criminel* canadien. Ces dispositions édictent qu'un homicide coupable commis dans les circonstances suivantes est un meurtre si:

[TRADUCTION]

- (1) l'homicide est intentionnel
 - Queensland, *Criminal Code Act, 1899*, 63 Vic., No. 9, par. 302(1)
 - Australie-Occidentale, *Criminal Code, 1913*, art. 278 [culpabilité de «meurtre volontaire»]
 - Tasmanie, *Criminal Code Act, 1924*, 14 Geo. V, No. 69, al. 157(a)
- (2) il y a eu intention d'infliger à la victime des lésions corporelles graves
 - Queensland, *Criminal Code Act, 1899*, 63 Vic., No. 9, par. 302(1)
 - Australie-Occidentale, *Criminal Code, 1913*, par. 279(1)
 - Tasmanie, *Criminal Code Act, 1924*, 14 Geo. V, No. 69, al. 157(b) [«intention d'infliger [...] des lésions

- the offender knew to be likely to cause death ... although he had no wish to cause death"]
- (3) death caused by means of an act done in the prosecution of an unlawful purpose, which act is of such a nature as to be likely to endanger human life
- Queensland, *Criminal Code Act, 1899*, 63 Vic., No. 9, s. 302(2)
- Western Australia, *Criminal Code, 1913*, s. 279(2)
- Tasmania, *Criminal Code Act, 1924*, 14 Geo. V, No. 69, s. 157(c) [by means of any unlawful act ... which the offender knew or ought to have known, to be likely to cause death in the circumstances, although he had no wish to cause death or bodily harm to any person]
- (4) intention to do grievous bodily harm for the purpose of committing certain serious crimes (or the use of a stupefying thing or wilfully stopping breath in the commission of such a crime)
- Queensland, *Criminal Code Act, 1899*, 63 Vic., No. 9, s. 302(3), (4), (5)
- Western Australia, *Criminal Code, 1913*, s. 279(3), (4), (5)
- Tasmania, *Criminal Code Act, 1924*, 14 Geo. V, No. 69 s. 157(1)(d), (e), (f) and s. 157(2)
- (iii) New Zealand
- New Zealand's definition of murder also includes killings which occur in circumstances not involving subjective foresight of death. Homicide is murder if the offender means to cause grievous bodily injury (or administers a stupefying or overpowering thing or wilfully stops the breath of a person) for the purpose of facilitating the commission of a number of enumerated serious offences or for the purpose of resisting lawful apprehension. In these circumstances a homicide is classified as murder "whether the offender means or does not mean death to ensue, or knows or does not know that death is likely to ensue": *New Zealand Crimes Act 1961*, 1961 (N.Z.), No. 43, s. 168.
- (iv) United States
- In the United States the common law notion of felony-murder continues to exist in a modified
- corporelles que le délinquant savait de nature à causer la mort [...] même s'il ne voulait pas causer la mort"]
- (3) la mort est causée par un acte accompli pour réaliser un dessein illégal, lequel acte est, de par sa nature, susceptible de mettre la vie humaine en danger
- Queensland, *Criminal Code Act, 1899*, 63 Vic., No. 9, par. 302(2)
- Australie-Occidentale, *Criminal Code, 1913*, par. 279(2)
- Tasmanie, *Criminal Code Act, 1924*, 14 Geo. V, No. 69, al. 157(c) [par tout acte illégal [...] que le délinquant sait ou devait savoir qu'il serait susceptible de causer la mort dans ces circonstances, même s'il ne voulait pas causer la mort ni infliger des lésions corporelles à qui que ce soit]
- (4) il y a intention de causer des lésions corporelles graves dans le but de commettre certains crimes graves (ou s'il y a emploi d'un stupéfiant ou interruption volontaire de la respiration dans la perpétration de ce crime)
- Queensland, *Criminal Code Act, 1899*, 63 Vic., No. 9, par. 302(3), (4), (5)
- Australie-Occidentale, *Criminal Code, 1913*, par. 279(3), (4), (5)
- Tasmanie, *Criminal Code Act, 1924*, 14 Geo. V, No. 69, al. 157(1)d), e), f) et par. 157(2).
- (iii) La Nouvelle-Zélande
- La définition du meurtre en vigueur en Nouvelle-Zélande inclut aussi l'homicide qui se produit dans des circonstances qui ne comportent pas de prévision subjective de la mort. L'homicide est un meurtre si le délinquant a l'intention d'infliger des lésions corporelles graves (ou d'administrer un stupéfiant ou un soporifique ou s'il interrompt volontairement la respiration d'une personne) dans le but de faciliter la perpétration de certaines infractions graves énumérées ou de résister à une arrestation légale. Dans ces circonstances, l'homicide est qualifié de meurtre [TRADUCTION] «peu importe que le délinquant veuille ou non causer la mort ou qu'il sache ou ignore que la mort est susceptible de s'ensuivre»: *Crimes Act 1961*, de la Nouvelle-Zélande, 1961 (N.Z.), No. 43, art. 168.
- (iv) Les États-Unis
- La notion de common law du meurtre concomitant d'une infraction majeure continue d'exister

form in all but three states. Gilbert, "Degrees of Felony Murder" (1983), 40 *Wash. & Lee L. Rev.* 1601. While a number of jurisdictions have limited the rule by requiring the felony to be inherently violent or by requiring violent means to be used during the course of the felony, the rule still contains no requirement of subjective foresight of death. Apart from certain limits when combined with the death penalty, the United States Supreme Court has consistently upheld the constitutional validity of the felony-murder rule: *Tison v. Arizona*, 107 S.Ct. 1676 (1987); *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976).

In *Substantive Criminal Law* (vol. 2, 1986), LaFave and Scott discuss "depraved-heart murder" in § 7.4, at pp. 199-200:

Extremely negligent conduct, which creates what a reasonable man would realize to be not only an unjustifiable but also a very high degree of risk of death or serious bodily injury to another or to others—though unaccompanied by any intent to kill or do serious bodily injury—and which actually causes the death of another, may constitute murder.

Wharton's Criminal Law (14th ed. 1979), § 145, at pp. 204, 207-08, addresses the rationale behind the felony-murder rule as follows:

In the typical case of felony-murder, there is no malice in "fact", express or implied; the malice is implied by the "law". What is involved is an intended felony and an unintended homicide. The malice which plays a part in the commission of the felony is transferred by the law to the homicide. As a result of the fictional transfer, the homicide is deemed committed with malice; and a homicide with malice is common law murder.

... ordinarily, the doctrine of felony-murder involves an unintended homicide... Under the most common pattern [of state law], an unintended homicide in the course of certain enumerated felonies constitutes murder in the first degree, and an unintended homicide in the course of some other felony constitutes murder in the second

aux États-Unis sous une forme modifiée, sauf dans trois États. Gilbert, «Degrees of Felony Murder» (1983), 40 *Wash. & Lee L. Rev.* 1601. Bien que certains États aient restreint la règle en exigeant que l'infraction majeure soit fondamentalement violente ou en exigeant le recours à la violence pendant la perpétration de l'infraction, la règle ne comporte cependant pas d'exigence de prévision subjective de la mort. Mises à part certaines restrictions apportées quand il y a peine de mort, la Cour suprême des États-Unis a confirmé de façon constante la constitutionnalité de la règle du meurtre concomitant d'une infraction majeure: *Tison v. Arizona*, 107 S.Ct. 1676 (1987), *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976).

Dans *Substantive Criminal Law* (vol. 2, 1986), LaFave et Scott examinent au § 7.4, aux pp. 199 et 200, la notion de [TRADUCTION] «meurtre crapuleux»:

[TRADUCTION] La conduite extrêmement négligente qui donne lieu à une situation qu'une personne raisonnable considérerait non seulement injustifiable, mais aussi assortie d'un très grand risque de causer la mort ou des lésions corporelles graves à autrui, même en l'absence d'intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves à autrui, et qui cause effectivement la mort d'autrui, peut constituer un meurtre.

Wharton's Criminal Law (14^e éd. 1979), § 145, aux pp. 204, 207 et 208, aborde ainsi la justification de la règle du meurtre concomitant d'une infraction majeure:

[TRADUCTION] Dans un cas typique de meurtre concomitant d'une infraction majeure, il n'y a pas d'intention de nuire «réelle», ni explicitement ni implicitement; l'existence de l'intention de nuire est présumée par la «loi». Elle met en cause une infraction majeure intentionnelle et un homicide involontaire. L'intention de nuire qui joue un rôle dans la perpétration de l'infraction majeure est transférée à l'homicide par la loi. En raison de ce transfert fictif, l'homicide est réputé commis dans l'intention de nuire, et un homicide commis dans l'intention de nuire constitue un meurtre de common law.

... ordinairement, la théorie du meurtre concomitant d'une infraction majeure porte sur un homicide involontaire. [...] En vertu des dispositions les plus courantes [des lois des États], un homicide involontaire commis pendant la perpétration de certaines infractions majeures énumérées constitue un meurtre au premier degré et

degree. Although the felonies which are enumerated vary from state to state, the ones that seem to have found their way into most statutes are arson, rape, robbery, and burglary. Other felonies, such as kidnapping, mayhem, and forcible sodomy, are often added to the list. What the enumerated felonies always seem to have in common is the element of danger or violence. By holding a felony-murderer strictly accountable, even though the homicide is unintended, the law is attempting to protect innocent lives—victims, law enforcement officers, bystanders. The law is not attempting merely to deter the commission of dangerous or violent felonies; presumably, the punishment authorized by law for such felonies is sufficiently severe to accomplish that purpose. But rather, the law is attempting to deter the commission of such felonies in a dangerous or violent way. For example, a potential robber may be encouraged to use an unloaded gun, to use a club rather than a gun, to use no weapon at all; or a potential arsonist or burglar may be encouraged to make certain that a target building is unoccupied. [Emphasis added.]

In *People v. Rose*, 227 Cal. Rep. 570 (1986), the defendant urged that the felony-murder rule is unconstitutional since it lacks both a legitimate deterrent rationale and a legitimate retributive rationale. The court rejected both these arguments, at p. 574:

The Legislature has said in effect that this deterrent purpose [to deter felons from killing negligently or accidentally by holding them strictly responsible for killings they commit] outweighs the normal legislative policy of examining the individual state of mind of each person causing an unlawful killing to determine whether the killing was with or without malice, deliberate or accidental, and calibrating our treatment of the person accordingly. Once a person perpetrates or attempts to perpetrate one of the enumerated felonies, then in the judgment of the Legislature, he is no longer entitled to such fine judicial calibration, but will be deemed guilty of first degree murder for any homicide committed in the course thereof. [Emphasis added.]

un homicide involontaire concomitant de certaines autres infractions majeures constitue un meurtre au deuxième degré. Bien que la liste des infractions majeures varie d'un État à l'autre, celles que les lois mentionnent le plus souvent sont le crime d'incendie, le viol, le vol qualifié et le cambriolage. D'autres infractions majeures comme l'enlèvement, les mutilations et la sodomie avec violence sont souvent ajoutées à la liste. Ce que les infractions majeures énumérées semblent toujours avoir en commun c'est l'élément de danger ou de violence. En assujettissant l'auteur d'un meurtre concomitant d'une infraction majeure à une responsabilité stricte, même si l'homicide a été involontaire, la loi tente de protéger la vie des innocents—les victimes, les forces de l'ordre et les passants. La loi vise non seulement à décourager la perpétration d'infractions majeures dangereuses ou violentes; la peine prévue par la loi pour ces délinquants est censé être assez sévère pour le faire. Mais plutôt, la loi tente de décourager la perpétration de ces infractions d'une manière dangereuse ou violente. Ainsi, celui qui prépare un vol qualifié sera amené à utiliser une arme non chargée, un bâton plutôt qu'une arme à feu, ou même à ne pas utiliser d'arme du tout; un pyromane ou un cambrioleur en puissance peut être encouragé à s'assurer que l'immeuble qu'il vise est inoccupé. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *People v. Rose*, 227 Cal. Rep. 570 (1986), le défendeur a fait valoir que la règle du meurtre concomitant d'une infraction majeure est inconstitutionnelle puisqu'elle n'a pas de justification légitime ni par son effet dissuasif, ni par son effet punitif. La cour a rejeté ces deux prétentions ainsi à la p. 574:

[TRADUCTION] Le législateur a effectivement dit que l'objectif de dissuasion [celui de dissuader les auteurs d'infractions majeures de commettre des homicides par négligence ou accidentellement, en les tenant strictement responsables de l'homicide qu'ils commettent] emporte sur le principe législatif ordinaire qui consiste à examiner l'état d'esprit particulier de toute personne qui commet un homicide coupable pour déterminer si l'homicide a été accompli avec ou sans intention de nuire, s'il a été délibéré ou accidentel et à traiter chaque personne en conséquence. En commettant ou tentant de commettre l'une des infractions majeures énumérées, de l'avis du législateur, son auteur n'a plus droit à un jugement aussi finement calibré de la part de la justice, mais il est présumé coupable de meurtre au premier degré pour tout homicide concomitant de cette infraction. [Je souligne.]

It must be recalled that the felony-murder rule in the United States includes the potential that accidental homicides might be labelled murder. As England abolished this possibility, however remote, so did this Court in *Vaillancourt*. What remains is a test of objective foreseeability, as well as specific intent for at least two underlying serious and dangerous crimes. The chance that an accidental homicide will be encompassed within this definition has been judicially eliminated.

In conclusion, no other common law jurisdiction has found that fundamental justice is offended by something less than an exclusive subjective foresight standard for the crime of murder. On the whole, s. 213(a) is comprehensively disparate from s. 213(d). It finds enduring support in criminal legislation. It satisfies all the components of the objective foreseeability test established by this Court in *Vaillancourt*. It is consistent with similar provisions enacted in other common law jurisdictions. For these reasons, I am of the view that s. 213(a) does not offend the principles of fundamental justice, and therefore ss. 7 and 11(d) of our *Canadian Charter of Rights and Freedoms* have not been violated in the present case.

IV. Policy Considerations

During the 27-year period from 1961-1987, the evidence reveals that 2177 homicide offences occurred during the commission of another criminal act. The percentage of homicide offences committed during the commission of another criminal act has varied from 11.9 per cent in 1965 to 28.4 per cent in 1970. The annual average for the period was 16.7 per cent. See "Homicide in Canada: Offences Committed During the Commission of Another Criminal Act", statistics provided by R.C.M.P. for the period 1961-1987. The homicide offences committed during another criminal act are divided into four categories:

Robbery: includes robbery, theft, and break and enter offences. 1315 victims; 61.7% of all homicide offences committed during another criminal act.

Il faut rappeler qu'aux États-Unis la règle du meurtre concomitant d'une infraction majeure englobe la possibilité qu'un homicide accidentel soit qualifié de meurtre. Tout comme l'Angleterre a aboli cette possibilité, même éloignée, notre Cour a fait de même dans l'arrêt *Vaillancourt*. Reste le critère de la prévisibilité objective en plus de l'intention spécifique relativement à au moins deux crimes sous-jacents, crimes graves et dangereux. La possibilité que cette définition englobe un homicide accidentel a été écartée par les tribunaux.

En conclusion, aucun autre pays de common law n'a jugé contraire à la justice fondamentale un critère moindre que celui de la prévision exclusivement subjective pour le crime de meurtre. Dans l'ensemble, l'al. 213a) et l'al. 213d) sont totalement disparates. L'alinéa 213a) trouve appui dans la législation criminelle. Il satisfait à tous les aspects du critère de prévisibilité objective établi par notre Cour dans l'arrêt *Vaillancourt*. Il est compatible avec des dispositions semblables adoptées dans d'autres pays de common law. Pour ces motifs, je suis d'avis que l'al. 213a) ne contrevient pas aux principes de justice fondamentale et qu'en conséquence ni l'art. 7 ni l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'ont été violés en l'espèce.

IV. Considérations de principe

La preuve révèle que, pendant la période de 27 ans qui va de 1961 à 1987, 2 177 homicides ont été commis pendant la perpétration d'un autre acte criminel. Le pourcentage des homicides commis pendant la perpétration d'un autre acte criminel a oscillé entre 11,9 pour 100 en 1965 et 28,4 pour 100 en 1970. La moyenne annuelle pour cette période est de 16,7 pour 100. Voir [TRADUCTION] «L'homicide au Canada: Infractions commises pendant la perpétration d'un autre acte criminel», statistiques fournies par la GRC pour la période de 1961 à 1987. Les homicides commis pendant la perpétration d'un autre acte criminel se divisent en quatre catégories:

[TRADUCTION] Vol qualifié: comprend le vol qualifié, le vol et les infractions d'introduction par effraction. 1 315 victimes; 61,7 pour 100 de tous les homicides commis pendant la perpétration d'un autre acte criminel.

Sexual Assault & Rape: includes all sexual attacks on either males or females. 483 victims; 22.3% of all homicide offences committed during another criminal act.

Escape: involves attempts to escape from correctional institutions or lawful custody, to avoid arrest, or to escape detection as a parole or probation violator. 346 victims; 14.2% of all homicide offences committed during another criminal act.

Other: includes other types of criminal acts such as arson, assault, kidnapping, etc. 33 victims; 1.8% of all homicide offences committed during another criminal act.

These statistics reflect a matter of critical public concern, and sustain the Legislature's compulsion to deliver an appropriate response. It is constitutionally permissible under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to define the mental element required for murder with reference to an intention by the perpetrator to harm or injure the victim, with death resulting. How that harm or injury is to be defined, and what level of harm or injury is required are matters for Parliament to consider and decide. As La Forest J. said in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 795:

It must be remembered that the business of government is a practical one. The Constitution must be applied on a realistic basis having regard to the nature of the particular area sought to be regulated and not on an abstract theoretical plane.

In this same case, Dickson C.J. noted at p. 782 that:

The courts are not called upon to substitute judicial opinions for legislative ones as to the place at which to draw a precise line. [Emphasis added.]

Dickson C.J. expanded on this notion recently in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 990:

Where the legislature mediates between the competing claims of different groups in the community, it will inevitably be called upon to draw a line marking where one set of claims legitimately begins and the other fades away without access to complete knowledge as to its

Agression sexuelle et viol: comprend toutes les agressions sexuelles contre des hommes ou des femmes. 483 victimes; 22,3 pour 100 de tous les homicides commis pendant la perpétration d'un autre acte criminel.

Évasion: comporte les tentatives de s'évader d'un établissement correctionnel ou d'une garde légale, d'éviter d'être arrêté ou repris pour avoir manqué aux conditions d'une ordonnance de libération conditionnelle ou de probation. 346 victimes; 14,2 pour 100 de tous les homicides commis pendant la perpétration d'un autre acte criminel.

Autres infractions: comprend tous les autres types d'actes criminels comme le crime d'incendie, les voies de fait, l'enlèvement, etc. 33 victimes; 1,8 pour 100 de tous les homicides commis pendant la perpétration d'un autre acte criminel.

Ces statistiques traduisent une inquiétude profonde de la part du public et justifient l'obligation qu'a ressentie le législateur d'y répondre de façon appropriée. La *Charte canadienne des droits et libertés* permet de définir l'élément moral requis pour le meurtre en fonction de l'intention de l'auteur de l'infraction d'infliger des lésions ou des blessures à la victime, et de la mort qui en résulte. Ce en quoi ces lésions ou blessures doivent consister et leur degré requis de gravité relèvent de la décision du Parlement. Comme l'exprime le juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 795:

Il faut se rappeler que la tâche de gouverner revêt un caractère pratique. L'application de la Constitution doit se faire de manière réaliste en tenant compte de la nature du domaine particulier qu'on veut réglementer et ne pas être une affaire de théorie abstraite.

Dans le même arrêt, le juge en chef Dickson fait remarquer, à la p. 782 que:

Les tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l'endroit où tracer une ligne de démarcation. [Je souligne.]

Le juge en chef Dickson a explicité cette notion récemment dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 990:

Lorsque le législateur arbitre entre les revendications divergentes de différents groupes de la collectivité, il est obligé de tracer une ligne de démarcation qui est à la fois le point de départ légitime des unes et le point où les autres disparaissent, sans être en mesure de savoir exac-

precise location. If the legislature has made a reasonable assessment as to where the line is most properly drawn... it is not for the court to second guess. [Emphasis added.]

The criminal law must reconcile two "competing claims" as well. Social protection must be measured against justice to the individual accused. The appropriate balance between these two will certainly vary, and "A monolithic approach to the proper basis of culpability will be unable to respond to the varying nature of that conflict": Wells, "Swatting the Subjectivist Bug", [1982] *Crim. L.R.* 209, at p. 212.

As Lamer J. held in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 512:

The term "principles of fundamental justice" is not a right, but a qualifier of the right not to be deprived of life, liberty and security of the person; its function is to set the parameters of that right.

Consequently, the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets and principles, not only of our judicial process, but also of the other components of our legal system.

The fact that the principles embraced by s. 213(a) have existed for over 300 years is in itself relevant, though not necessarily determinative, of whether or not a rule of "fundamental justice" has been breached by virtue of their adoption by the Parliament of Canada. In my view, while the guarantee entrenched in s. 7 of the *Charter* is to have broad application, it cannot go so far as to grant the courts judicial licence to modify or strike down legislation in the absence of a constitutional violation.

Lamer J. infused s. 7 with palpable content in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, at p. 512:

Sections 8 to 14 address specific deprivations of the "right" to life, liberty and security of the person in breach of the principles of fundamental justice, and as such, violations of s. 7. They are therefore illustrative of the meaning, in criminal or penal law, of "principles of

tement où cette ligne se trouve. Si le législateur a fait une évaluation raisonnable quant à la place appropriée de la ligne de démarcation [...] il n'appartient pas aux tribunaux de se prononcer après coup. [Je souligne.]

^a Le droit criminel doit lui aussi concilier deux «impératifs contradictoires». La protection de la société doit être évaluée au regard de la mesure de justice envers un individu qui est accusé. L'équilibre à établir entre ces deux «impératifs» variera certainement de sorte que [TRADUCTION] «Une analyse monolithique du juste fondement de la culpabilité s'avèrera incapable de répondre à la nature variable de cette contradiction»: Wells, ^b «Swatting the Subjectivist Bug», [1982] *Crim. L.R.* 209, à la p. 212.

Comme le souligne le juge Lamer, dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 ^d R.C.S. 486, à la p. 512:

L'expression «principes de justice fondamentale» constitue non pas un droit, mais un modificatif du droit de ne pas se voir porter atteinte à sa vie, à sa liberté et à la sécurité de sa personne; son rôle est d'établir les paramètres de ce droit. ^e

En conséquence, les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux non seulement de notre processus judiciaire, mais aussi des autres composantes de notre système juridique. ^f

Le fait que les principes énoncés dans l'al. 213a) existent depuis plus de 300 ans est pertinent en soi, même s'il n'est pas nécessairement déterminant, ^g pour établir si leur adoption par le Parlement canadien a violé un principe de «justice fondamentale». À mon avis, même si la garantie contenue à l'art. 7 de la *Charte* doit recevoir une interprétation large, elle ne peut aller jusqu'à conférer aux tribunaux la liberté de modifier ou d'invalider des dispositions législatives en l'absence d'atteinte à la Constitution. ^h

Le juge Lamer a reconnu le sens clair de l'art. 7 dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, en disant, à la p. 512 que:

Les articles 8 à 14 visent des atteintes spécifiques au «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, qui contreviennent aux principes de justice fondamentale et qui, en tant que telles, violent l'art. 7. Ils constituent donc des illustrations du sens, en droit

fundamental justice"; they represent principles which have been recognized by the common law, the international conventions and by the very fact of entrenchment in the *Charter*, as essential elements of a system for the administration of justice which is founded upon the belief in the dignity and worth of the human person and the rule of law. [Emphasis added.]

Of sections 8 to 14, only s. 11(d) is being challenged here. Section 11(d) of the *Charter* guarantees that:

11. Any person charged with an offence has the right

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal; . . .

It is difficult for me to see how this right has been violated in the present appeal. The accused has been presumed innocent. His trial was "a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal". He was subsequently "proven guilty according to law". The alleged infringement is that the presumption of innocence is displaced by the lack of a subjective foresight requirement. This is just not so. The law as it stands necessitates conclusive proof beyond a reasonable doubt of factors that are collectively tantamount to an objective foreseeability requirement. According to *Vaillancourt*, this condition does not defeat the presumption of innocence. None of the other reference provisions which give content and scope to s. 7 is impugned. Therefore, in my view, no *Charter* guarantee has been offended.

Section 213(a) is intended to carve out certain killings and place them in a category of the most serious culpable homicides, murder. This is a designation which Parliament is entitled to ascribe pursuant to its responsibility for the protection of those under its dominion. This legislative objective can be anchored in Parliament's legitimate attempt to deter persons from conduct which falls within s. 213(a). In particular, Parliament is attempting to deter those who commit crimes from intentionally inflicting actual bodily harm on their victims in order to achieve their unlawful purpose. The killings subsumed within s. 213(a) are regard-

pénal ou criminel, de l'expression «principes de justice fondamentale»; ils représentent des principes reconnus, en vertu de la *common law*, des conventions internationales et de l'enchâssement même dans la *Charte*, comme des éléments essentiels d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et en la primauté du droit. [Je souligne.]

Des articles 8 à 14, seul l'al. 11d) est ici contesté. L'alinéa 11d) de la *Charte* garantit que:

11. Tout inculpé a le droit:

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

Il m'est difficile de voir comment ce droit a été violé en l'espèce. L'accusé a été présumé innocent. Il a été jugé par «un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable». Il a donc été «déclaré coupable, conformément à la loi». La violation alléguée tiendrait à ce que l'absence d'une exigence de prévision subjective écarte la présomption d'innocence. Il n'en est rien. La loi, dans son état actuel, exige la preuve concluante hors de tout doute raisonnable de facteurs qui, dans l'ensemble, équivalent à une exigence de prévisibilité objective. Selon l'arrêt *Vaillancourt*, cette condition n'écarte pas la présomption d'innocence. Aucune des autres dispositions citées qui définissent le sens et la portée de l'art. 7 n'est contestée. En conséquence, j'estime qu'il n'y a eu violation d'aucune garantie de la *Charte*.

L'alinéa 213a) vise à particulariser certains homicides en les classant dans la catégorie du plus grave des homicides coupables, le meurtre. C'est une qualification que le Parlement a le droit d'attribuer en raison de la responsabilité qu'il a de protéger ceux qui relèvent de lui. Cet objectif législatif peut se rattacher à la tentative légitime du Parlement de dissuader les gens d'accomplir les actes visés par l'al. 213a). Plus précisément, le Parlement cherche à dissuader ceux qui commettent des crimes d'infliger intentionnellement des lésions corporelles à leurs victimes dans le but de réaliser leur dessein illégal. Les homicides subsu-

ed as sufficiently heinous to warrant being placed in the category of the gravest culpable homicides. Parliament felt that this was the appropriate manner to ensure that the criminal law is in accordance with social values as to the gravity of such killings, and that this was an effective method to preserve the lives and safety of Canadians.

In *R. v. Arkell* (1988), 43 C.C.C. (3d) 402 (B.C.C.A.), at pp. 412-13, McLachlin J.A. (now of this Court) considered the validity of s. 214(5) (now s. 231(5)). Writing for the British Columbia Court of Appeal—this Court's decision in *Arkell* is being rendered concurrently with the present one—she held that:

... it must be recognized that many factors other than the accused's degree of moral blameworthiness must be considered by Parliament in establishing a sentencing scheme. General deterrence, the degree of perceived danger to the public and the prevalence of certain types of offences are only some of the other considerations which Parliament may properly consider. It follows that the mere fact that a harsher sentence may be imposed for one offence than for another offence which is arguably more blameworthy, does not mean that the scheme that permits the sentence violates s. 7 of the Charter.

Many factors enter into the determination of an appropriate penalty for a particular offence; the degree of blameworthiness is only one. The question is one of policy, to be determined by Parliament. So long as Parliament does not act irrationally or arbitrarily or in a manner otherwise inconsistent with the fundamental principles of justice, its choice must be upheld. [Emphasis added.]

I agree completely, and find that the test applies to s. 213(a) as well. If Parliament chooses to label a crime "murder" and attach commensurate penalties, so long as a *mens rea* requirement is imposed, as it is here, this Court should not lightly interfere with that legislative decision. Mewett & Manning, writing before this Court's decision in *Vaillancourt*, acknowledged at pp. 544-45 that:

més sous l'al. 213a) sont considérés comme suffisamment odieux pour être classés dans la catégorie des homicides coupables les plus graves. Le Parlement a jugé qu'il s'agissait là d'une mesure appropriée pour s'assurer que le droit criminel correspond aux valeurs de la société quant à la gravité de ces homicides et que c'était là une méthode efficace de préserver la vie et la sécurité des Canadiens.

Dans l'arrêt *R. v. Arkell* (1988), 43 C.C.C. (3d) 402 (C.A.C.-B.), aux pp. 412 et 413, le juge McLachlin (maintenant de notre Cour) a examiné la validité du par. 214(5) (maintenant le par. 231(5)). S'exprimant au nom de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (l'arrêt de notre Cour dans le pourvoi *Arkell* est rendu en même temps que l'arrêt en l'espèce), elle conclut:

[TRADUCTION] ... il faut reconnaître que le Parlement doit tenir compte de nombreux facteurs autres que le degré de culpabilité morale de l'accusé dans l'établissement d'un régime de détermination de la peine. La dissuasion générale, le degré de danger perçu pour le public et la prédominance de certains types d'infractions ne sont que quelques-uns des autres facteurs dont le Parlement est fondé à tenir compte. Il s'ensuit que le seul fait qu'une infraction puisse être sanctionnée par une peine plus sévère qu'une autre infraction qu'on peut prétendre plus répréhensible ne signifie pas que le régime qui autorise la peine viole l'art. 7 de la Charte.

De nombreux facteurs entrent dans la détermination d'une peine appropriée à une infraction donnée; le degré de culpabilité morale n'est qu'un de ceux-ci. C'est une question de principe qui doit être tranchée par le Parlement. Tant que le Parlement n'agit pas d'une manière irrationnelle ou arbitraire ou d'une manière par ailleurs incompatible avec les principes de justice fondamentale, son choix doit être respecté. [Je souligne.]

Je suis entièrement d'accord et j'estime que ce test s'applique également à l'al. 213a). Si le Parlement choisit de qualifier un crime de «meurtre» et de l'assortir de peines proportionnelles, pour autant qu'une *mens rea* est exigée, comme c'est le cas en l'espèce, notre Cour ne doit pas s'immiscer à la légère dans cette décision du législateur. Mewett et Manning ont reconnu, avant que notre Cour ne rende l'arrêt *Vaillancourt*, aux pp. 544 et 545 que:

Section 213 [now section 230] and the concept of constructive murder have been much criticized and, in fact, abolished in many jurisdictions. The criticism is that it imposes liability for murder in situations where death was not intended nor even, in some cases, foreseen. But murder is a legal concept; it does not have to be defined in terms of intentional killing, and even under s. 212 [now s. 229] the definition is not this narrow. The policy behind s. 213 is to put the risk of killing a victim during the course of the commission of certain offences upon the offender to a higher degree than if it were merely classified as manslaughter. In any case, with the present distinction between murder punishable by death and murder punishable by life imprisonment now abolished, much of the criticism loses its force. It was the thought of someone being executed for a non-intended homicide that led to the feeling that the definition of murder should somehow be limited to the old common law concept of "murder with malice aforethought". [Emphasis added.]

Parliament can abrogate s. 213 in its entirety and pioneer a strict subjective standard for the crime of murder, but the Constitution does not require that it do so. As McIntyre J. said, dissenting in *Vaillancourt*, at p. 663:

The principal complaint in this case is not that the accused should not have been convicted of a serious crime deserving of severe punishment, but simply that Parliament should not have chosen to call that crime "murder". No objection could be taken if Parliament classified the offence as manslaughter or a killing during the commission of an offence, or in some other manner . . . while it may be illogical to characterize an unintentional killing as murder, no principle of fundamental justice is offended only because serious criminal conduct, involving the commission of a crime of violence resulting in the killing of a human being, is classified as murder and not in some other manner. [Emphasis added.]

In *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, Lamer J. cited numerous examples of curial deference to Parliamentary enactments. My colleague then adopted, at p. 1070, the following passage of Borins Dist. Ct. J. from *R. v. Guiller*, Ont. Dist. Ct., Sept. 23, 1985, unreported:

[TRADUCTION] L'article 213 [maintenant l'art. 230] et la notion de meurtre par imputation ont fait l'objet de nombreuses critiques et, en réalité, plusieurs juridictions ont aboli cette notion. On la critique pour le motif qu'elle impose une responsabilité de meurtre dans des situations où la mort n'a pas été voulue ni même, dans certains cas, prévue. Mais le meurtre est une notion juridique; il n'est pas nécessaire de le définir comme étant un homicide intentionnel, et même en vertu de l'art. 212 la définition n'est pas aussi stricte. Suivant le principe qui sous-tend l'art. 213, le risque de tuer une personne au cours de la perpétration de certaines infractions doit peser plus lourdement sur les épaules du contrevenant que s'il s'agissait simplement d'un homicide involontaire coupable. Quoi qu'il en soit, puisque la distinction entre un meurtre punissable de mort et un meurtre punissable d'emprisonnement à perpétuité est maintenant abolie, une bonne partie de ces critiques perd de sa force. C'est la pensée que quelqu'un pourrait être exécuté pour un homicide non intentionnel, qui a amené à croire que la définition de meurtre devait d'une façon ou d'une autre être limitée à l'ancienne notion de common law qu'était le «meurtre avec malice intentionnelle». [Je souligne.]

Le Parlement a le pouvoir d'abroger l'art. 213 en entier et d'édicter une norme strictement subjective à l'égard du crime de meurtre, mais la Constitution n'exige pas qu'il le fasse. Comme l'exprime le juge McIntyre, dissident dans l'arrêt *Vaillancourt*, à la p. 663:

L'argument principal en l'espèce n'est pas que l'accusé n'aurait pas dû être déclaré coupable d'un crime grave qui mérite une peine sévère, mais simplement que le législateur n'aurait pas dû choisir d'appeler ce crime un «meurtre». On ne saurait s'objecter si le législateur avait classé l'infraction comme homicide involontaire coupable ou homicide commis pendant la perpétration d'une infraction, ou de quelque autre manière. [. . .] bien qu'il puisse être illogique de qualifier de meurtre l'homicide involontaire, aucun principe de justice fondamentale n'est violé du seul fait qu'une conduite criminelle grave comportant la perpétration d'un crime violent qui entraîne la mort d'un être humain, soit qualifiée de meurtre et non de quelque autre manière. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, le juge Lamer cite de nombreux exemples de déférence des tribunaux envers les dispositions édictées par le législateur. Mon collègue a alors fait sien, à la p. 1070, le passage suivant du juge Borins, dans la décision *R. v. Guiller*, décision inédite de la Cour de district de l'Ontario, 23 septembre 1985:

It is not for the court to pass on the wisdom of Parliament with respect to the gravity of various offences and the range of penalties which may be imposed upon those found guilty of committing the offences. Parliament has broad discretion in proscribing conduct as criminal and in determining proper punishment. While the final judgment as to whether a punishment exceeds constitutional limits set by the *Charter* is properly a judicial function the court should be reluctant to interfere with the considered views of Parliament and then only in the clearest of cases where the punishment prescribed is so excessive when compared with the punishment prescribed for other offences as to outrage standards of decency. [Emphasis added.]

In the present appeal, my colleague's justification (at pp. 645-46) for insisting on the narrowest of all possible definitions for the crime of murder is that:

A conviction for murder carries with it the most severe stigma and punishment of any crime in our society. . . . [and] should be reserved for those who choose to intentionally cause death or who choose to inflict bodily harm that they know is likely to cause death.

The menacing component of "stigma" was discussed in *Vaillancourt* as well. As Lindsay pointed out in "The Implications of *R. v. Vaillancourt: Much Ado About Nothing?*" (1989), 47 *U. of T. Fac. Law Rev.* 465, at p. 472:

It should also be noted that Lamer J. justified a requirement of a "special mental element" based on either the stigma associated with a crime or the penalties available. A murder conviction qualified on both grounds. However, theft can involve penalties as low as an absolute discharge. Thus, the inclusion of theft in Lamer J.'s list of crimes requiring a "special mental element" must have been based on stigma rather than available penalties. [Emphasis added.]

I find this concentration on social "stigma" to be overemphasized, and in the great majority of cases, completely inapplicable. The facts in the present appeals reveal the truly heinous nature of the criminal acts at issue. The concern that these offenders not endure the Mark of Cain is, in my view, an egregious example of misplaced compas-

[TRADUCTION] Il n'appartient pas au tribunal de se prononcer sur la sagesse du législateur fédéral en ce qui concerne la gravité de diverses infractions et les différentes peines qui peuvent être infligées aux personnes reconnues coupables de les avoir commises. Le législateur jouit d'une compétence discrétionnaire étendue pour interdire certains comportements considérés comme criminels et pour déterminer quelle doit être la sanction appropriée. Si le jugement définitif quant à savoir si une peine excède les limites constitutionnelles fixées par la *Charte* constitue à bon droit une fonction judiciaire, le tribunal devrait néanmoins hésiter à intervenir dans les vues mûrement réfléchies du législateur et ne le faire que dans les cas les plus manifestes où la peine prescrite est excessive, comparativement à la peine prévue pour d'autres infractions, au point de constituer une atteinte aux normes de la décence. [Je souligne.]

Dans le présent pourvoi, aux pp. 645 et 646, mon collègue invoque la justification suivante pour insister sur la définition la plus restrictive possible du crime de meurtre:

Une déclaration de culpabilité de meurtre entraîne les stigmates et la peine les plus sévères qui soient pour un crime dans notre société. [. . .] [et] devra[it] être réservé[e] à ceux qui ont choisi de causer intentionnellement la mort ou d'infliger des lésions corporelles dont ils savaient qu'elles étaient susceptibles de causer la mort.

La menace des «stigmates» a aussi été abordée dans l'arrêt *Vaillancourt*. Ainsi que Lindsay le souligne dans «The Implications of *R. v. Vaillancourt: Much Ado About Nothing?*» (1989), 47 *U. of T. Fac. Law Rev.* 465, à la p. 472:

[TRADUCTION] Il faut aussi souligner que le juge Lamer justifie l'exigence d'«un élément moral spécial» soit par les stigmates associés à un crime, soit par les peines qu'il fait encourir. Une déclaration de culpabilité de meurtre se justifie par les deux raisons. Cependant, le vol peut comporter une peine aussi légère que la libération sans condition. Donc, l'inclusion par le juge Lamer du vol dans la liste des crimes qui exigent «un élément moral spécial» doit se justifier plutôt par les stigmates que par les peines qu'il fait encourir. [Je souligne.]

Je trouve cette insistance sur les «stigmates» sociaux exagérée et, dans la plupart des cas, complètement inapplicable. Les faits des présents pourvois révèlent la nature vraiment odieuse des actes criminels en cause. Le souci que ces contrevenants ne soient pas marqués de l'opprobre du condamné constitue, à mon avis, un exemple par-

sion. If the apprehension is that the offenders in question will suffer from their "murderer" label, I suspect they will fare little better tagged as "manslaughterers". Accidental killings cannot, after *Vaillancourt*, result in murder prosecutions. Only killings resulting from circumstances in which death is, at a minimum, objectively foreseeable will be prosecuted under s. 213(a). Furthermore, the duration of imprisonment, if at all different, will not attenuate the "stigma". To the extent that any such "stigma" can be said to exist, it is at least as palpable upon release to the outside world as it is within the prison environment itself.

The "stigma" and punishment attached to murder need not be proportionate to the *mens rea* alone. Rather they must correspond to the combination of the physical and mental elements that collectively define a murder. As stated in Crump and Crump, "In Defense of the Felony Murder Doctrine," *supra*, at pp. 362-63:

The classification and grading of offenses so that the entire scheme of defined crimes squares with societal perceptions of proportionality . . . is a fundamental goal of the law of crimes.

The felony murder doctrine serves this goal, just as do the distinctions inherent in the separate offenses of attempted murder and murder, or impaired driving and vehicular homicide. . . . [T]he felony murder doctrine reflects the conclusion that a robbery that causes death is more closely akin to murder than to robbery. If this conclusion accurately reflects societal attitudes, and if classification of crimes is to be influenced by such attitudes in order to avoid depreciation of the seriousness of the offense and to encourage respect for the law, then the felony murder doctrine is an appropriate classificatory device. [Emphasis added.]

Recalling all the necessary hurdles which the Crown must prove beyond a reasonable doubt before s. 213(a) can operate, the elements of deterrence as well as retribution become critical. As the Crumps discuss at pp. 370-71:

fait de compassion mal placée. Si l'on craint que ces délinquants souffrent de leur qualification de «meurtrier», je ne crois pas que leur sort sera plus enviable si on les qualifie d'«auteurs d'homicide involontaire coupable». Depuis l'arrêt *Vaillancourt*, les homicides accidentels ne peuvent plus donner lieu à des poursuites pour meurtre. Seuls les homicides résultant de circonstances où la mort était au moins objectivement prévisible donneront lieu à des poursuites fondées sur l'al. 213a). De plus, la durée de l'emprisonnement, si tant est qu'elle soit différente, n'atténuera pas les «stigmates». Dans la mesure où on peut dire que de tels «stigmates» existent, ils sont au moins aussi évidents après une libération que dans le milieu carcéral lui-même.

Les «stigmates» et la peine rattachés au meurtre n'ont pas à être proportionnés à la seule *mens rea*. Ils doivent plutôt correspondre à une combinaison d'éléments physiques et moraux qui pris ensemble définissent le meurtre. Comme Crump et Crump l'affirment dans «In Defense of the Felony Murder Doctrine,» précité, aux pp. 362 et 363:

[TRADUCTION] La classification des infractions de manière à ce que la gamme complète des crimes définis corresponde à l'idée que se fait la société de la proportionnalité [. . .] est l'un des objectifs fondamentaux du droit criminel.

La théorie du meurtre concomitant d'une infraction majeure tend vers cet objectif, tout comme le font les distinctions que comportent en soi les infractions différentes de la tentative de meurtre et du meurtre, de la conduite en état d'ébriété et de l'homicide par négligence au volant. [. . .] la théorie du meurtre concomitant d'une infraction majeure reflète la conclusion qu'un vol qualifié qui entraîne la mort ressemble davantage à un meurtre qu'à un vol qualifié. Si cette conclusion reflète exactement des attitudes de la société et si la classification des crimes doit être influencée par ces attitudes pour éviter que les infractions graves ne soient banalisées et pour favoriser le respect de la loi, alors la théorie du meurtre concomitant d'une infraction majeure se justifie comme moyen de classification. [Je souligne.]

Compte tenu de tous les éléments dont le ministère public doit nécessairement faire la preuve hors de tout doute raisonnable pour que l'al. 213a) s'applique, les aspects dissuasif et punitif revêtent une importance cruciale. Selon Crump et Crump, aux pp. 370 et 371:

The conclusion does not follow, however, that felons cannot be deterred, or that criminals are so different from other citizens that they are impervious to inducements or deterrents that would affect people in general. There is mounting evidence that serious crime is subject to deterrence if consequences are adequately communicated. The felony murder rule is just the sort of simple, commonsense, readily enforceable, and widely known principle that is likely to result in deterrence.

The proposition that accidental killings cannot be deterred is inconsistent with the widespread belief that the penalizing of negligence, and even the imposition of strict liability, may have deterrent consequences. [Emphasis added.]

Section 213(a) does not deal with accidental killings, but rather with killings that are objectively foreseeable as a result of the abominable nature of the predicate crimes, committed with specific intent, coupled with the intentional infliction of bodily harm. Given the dual subjective requirement already in place, the deterrence factor is most cogent in these circumstances. Whatever the competing arguments may be with respect to deterring the merely negligent, here we are dealing with those who have already expressly acted with the intent to commit at least two underlying serious crimes. If deterrence is to ever have any application to the criminal law, and in my view it should, this is the place.

Deterrence can neither be analyzed in the abstract nor in isolation from the context of the provision in question. Section 213(a) deals with one who has already proven to be a "hijacker", a "kidnapper", a "rapist", or an "arsonist". Furthermore, this person has already proven willing to cause bodily harm to commit the offence or to enable himself to escape after having committed the offence. In these circumstances, it is certainly appropriate for Parliament to put this person on notice, that if these purposeful acts result in death, you will be charged as a "murderer" as well.

This notion of Parliamentary autonomy cannot be displaced unless a *Charter* violation has

[TRANSLATION] Cependant, il ne s'ensuit pas que les délinquants soient réfractaires à la dissuasion ou que les criminels soient si différents des autres citoyens qu'il soient insensibles aux incitations ou aux mesures de dissuasion auxquelles la population en général réagirait. Il est de plus en plus reconnu qu'il est possible de dissuader quelqu'un de commettre un crime grave pourvu que les conséquences en soient adéquatement publicisées. La règle du meurtre concomitant d'une infraction majeure est exactement le type de principe simple, sensé, facile à appliquer et très connu qui est susceptible d'entraîner la dissuasion.

L'affirmation qu'il est impossible de dissuader quelqu'un de commettre un homicide accidentel est incompatible avec la conviction très répandue que la répression de la négligence et même l'imposition de la responsabilité stricte peuvent avoir un effet dissuasif. [Je souligne.]

L'alinéa 213a) porte non pas sur les homicides accidentels, mais plutôt sur les homicides objectivement prévisibles comme conséquence de la nature abominable des crimes énumérés, commis dans une intention spécifique outre celle d'infliger des lésions corporelles. En raison de la double condition subjective déjà imposée, le facteur de dissuasion est très pertinent dans ces circonstances. Quels que puissent être les arguments divergents pour ce qui est de dissuader ceux qui ont simplement fait preuve de négligence, nous avons ici affaire à des individus qui ont déjà posé des actes expressément dans l'intention de commettre au moins deux infractions sous-jacentes graves. Si la dissuasion doit jamais avoir une application en droit criminel, ce doit, à mon avis, être le cas ici.

On ne peut examiner la question de la dissuasion dans l'abstrait et hors du contexte de la disposition en cause. L'alinéa 213a) vise quelqu'un déjà déclaré coupable de détournement, d'enlèvement, de viol ou de crime d'incendie. De plus cette même personne s'est déjà révélée disposée à causer des lésions corporelles pour commettre l'infraction ou pour faciliter sa fuite après l'avoir commise. Dans ces circonstances, il est certainement approprié que le Parlement lui serve un avertissement que si ces actes réfléchis entraînent la mort, elle pourra être également accusée de meurtre.

Ce principe d'autonomie du Parlement s'applique à moins qu'il n'y ait eu violation de la *Charte*.

occurred. In my view that has not taken place here. Repeating my colleague's own test, as articulated in *Vaillancourt* at p. 657, if the legislation is "tantamount to one which has objective foreseeability as an essential element, and, if objective foreseeability is sufficient, then it would not be in violation of s. 7 or s. 11(d) in doing so in that way."

V. Conclusion

Policy considerations in Canada as well as in other jurisdictions have inspired legislation that considers objective foreseeability sufficient as the minimum *mens rea* requirement for murder. While it may not be the very best test for all cases, it is certainly a constitutionally valid one. Parliament did not have to enact s. 213(a), but that is not the question before this Court. The issue is whether it could. In my view, the answer rests on what level of foreseeability will be required before a conviction for murder can be returned. Based on this Court's precedents, and the principles of fundamental justice, I believe that the objective foreseeability of death test for the crime of murder is constitutionally valid. The additional mandatory elements demanded by s. 213(a) lend even greater force to this conclusion.

Striking down the legislation simply because some other scheme may be preferable would be an unwarranted intrusion into Parliament's prerogative, and would undermine the means it has chosen to protect its citizens. The *Charter* is not designed to allow this Court to substitute preferable provisions for those already in place in the absence of a clear constitutional violation. Such a task should be reserved for the Law Reform Commission or other advisory bodies. This Court's province is to pronounce upon the constitutionality of those provisions properly before it. The *Charter* does not infuse the courts with the power to declare legislation to be of no force or effect on the basis that they believe the statute to be undesirable as a matter of criminal law policy. For the aforementioned reasons, I do not believe that s. 213(a)

À mon avis, une telle violation n'a pas été démontrée en l'espèce. D'après le test que mon collègue a lui-même énoncé à la p. 657 de l'arrêt *Vaillancourt*, si la disposition législative est formulée de manière que la «prévisibilité objective [en] constitue un élément essentiel, et si cette prévisibilité objective est suffisante, alors [elle] ne viole pas l'art. 7 ni l'al. 11d) en le faisant de cette manière.»

b V. Conclusion

Des considérations de principe ont amené le législateur au Canada et dans d'autres pays à édicter des dispositions qui établissent la prévisibilité objective comme exigence minimale de *mens rea* suffisante pour constituer un meurtre. Bien que cette exigence ne soit pas nécessairement le «meilleur» critère pour tous les cas, elle est certainement valide du point de vue constitutionnel. Le Parlement n'était pas tenu d'édicter l'al. 213a), mais telle n'est pas la question soumise à notre Cour. La question en litige est de savoir s'il pouvait le faire. À mon avis, la réponse dépend du niveau de prévisibilité qui sera requis pour qu'il puisse y avoir déclaration de culpabilité de meurtre. Compte tenu de la jurisprudence antérieure de notre Cour et des principes de justice fondamentale, j'estime que le critère de prévisibilité objective de mort pour le crime de meurtre est valide du point de vue constitutionnel. Les autres éléments exigés par l'al. 213a) renforcent encore davantage cette conclusion.

Déclarer la disposition législative inopérante simplement parce qu'il pourrait être préférable d'utiliser une autre formule constituerait un empiétement injustifié sur la prérogative du Parlement et minerait l'efficacité des moyens qu'il a choisis d'utiliser pour protéger les citoyens. La *Charte* n'a pas pour but de permettre à notre Cour de substituer des dispositions qu'elle préfère à celles qui existent déjà, s'il n'y a pas de violation claire de la Constitution. Ce rôle devrait être réservé à la Commission de réforme du droit ou à d'autres organismes consultatifs. Notre Cour a compétence pour juger de la constitutionnalité des dispositions dont elle est proprement saisie. La *Charte* n'a pas donné aux tribunaux judiciaires le pouvoir de déclarer des dispositions nulles ou inopérantes uniquement parce qu'ils estiment que la

offends the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Therefore, I would allow this appeal, restore the conviction for second degree murder with respect to the death of Ann McLean, and answer the constitutional questions as follows:

Q. Does s. 213(a) of the *Criminal Code* infringe or deny the rights or freedoms guaranteed by s. 7 and/or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. No.

Q. If the answer to question 1 is affirmative, is s. 213(a) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

A. I need not answer this question in light of my answer to the first question.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—I have had the advantage of reading the reasons of Chief Justice Lamer and Justice L'Heureux-Dubé. I agree with Lamer C.J. that there must be a new trial in this case. I would give the same answers to the constitutional questions as Lamer C.J. but, with respect, I cannot agree with his reasons.

In my view, the issue of subjective foresight of death should be addressed only if it is necessary to do so in order to decide this case or if there is an overriding reason making it desirable to do so. Overbroad statements of principle are inimical to the tradition of incremental development of the common law. Likewise, the development of law under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is best served by deciding cases before the courts, not by anticipating the results of future cases.

The first inquiry is whether ruling on the issue of subjective foresight is necessary for the disposition of this case. In my view, the case at bar is

loi dénote une piètre politique en matière de droit criminel. Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis que l'al. 213a) ne viole pas la *Charte canadienne des droits et libertés*.

^a En conséquence, j'accueillerais le pourvoi, je rétablirais la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré relativement à la mort d'Ann McLean et je répondrais aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

^b Q. L'alinéa 213a) du *Code criminel* porte-t-il atteinte aux droits ou aux libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

^c R. Non.

^d Q. Si la réponse à la première question est affirmative, l'al. 213a) est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

^e R. Vu la réponse que je donne à la première question, il ne m'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA—J'ai pris connaissance des motifs de jugement du juge en chef Lamer et de ceux du juge L'Heureux-Dubé. Comme le juge en chef Lamer, je suis d'avis qu'il doit y avoir un nouveau procès en l'espèce. Je répondrais de la même façon que lui aux questions constitutionnelles, mais avec égards, je ne puis souscrire à ses motifs.

^f À mon avis, il n'y a lieu d'aborder la question de la prévision subjective de la mort que s'il est nécessaire de le faire pour trancher la présente affaire ou s'il existe un motif impératif de le faire. Les déclarations de principe trop générales sont contraires à la tradition de développement progressif de la common law. De même, les décisions judiciaires au fur et à mesure que les cas surviennent favorise mieux le développement du droit relatif à la *Charte canadienne des droits et libertés* que l'anticipation du résultat d'affaires futures.

^g La première question à résoudre est celle de savoir si la décision de l'espèce exige que l'on tranche la question de la prévision subjective. À

governed by the reasons given in this Court's decision in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636. The Court need go no further.

In *Vaillancourt*, the majority of the Court held that s. 213(d) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, was unconstitutional. Lamer J. (as he then was), Dickson C.J. and Estey and Wilson JJ. concurring, held that it is a principle of fundamental justice that a person cannot be convicted of murder without proof beyond a reasonable doubt of at least objective foreseeability of the victim's death. La Forest J. held that fundamental justice requires that the *mens rea* requirement for murder be one referable to causing death. Beetz and Le Dain JJ. agreed with the reasons of both Lamer and La Forest JJ. supporting the conclusion that s. 213(d) of the *Criminal Code* did not conform to the principles of fundamental justice.

Each of these three sets of reasons stated that it was not necessary to address the issue of whether subjective foresight of death is a constitutional requirement for a valid murder charge. However, Lamer J. (and therefore four of the eight judges participating) adopted the view, in *obiter*, that subjective foresight of death is indeed the standard demanded by s. 7 of the *Charter*.

Accepting the majority position in *Vaillancourt* that objective foreseeability of death is a constitutional minimum for the definition of murder, the conclusion must follow that s. 213(a) does not meet this constitutional minimum. With respect, I cannot agree with the contrary conclusion reached by L'Heureux-Dubé J.

Section 213(a) applies "whether or not the person means to cause death to any human being". It substitutes for proof of these mind-states the requirement that culpable homicide is murder when a person intentionally causes bodily harm and death ensues from the bodily harm, if the harm is caused for the purpose of facilitating the

mon avis, les motifs énoncés par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, s'appliquent à l'espèce. Notre Cour n'a pas à aller plus loin.

^a Dans l'arrêt *Vaillancourt*, notre Cour a statué, à la majorité, que l'al. 213d) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, est inconstitutionnel. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef), aux motifs duquel le juge en chef Dickson et les juges Estey et Wilson ont souscrit, a affirmé qu'il existe un principe de justice fondamentale selon lequel une personne ne peut être déclarée coupable de meurtre à moins qu'on ne fasse la preuve hors de tout doute raisonnable d'au moins la prévisibilité objective de la mort de la victime. Le juge La Forest a conclu que la justice fondamentale requiert que l'exigence de *mens rea* du meurtre se rapporte au fait de causer de la mort. Les juges Beetz et Le Dain ont souscrit aux motifs du juge Lamer et à ceux du juge La Forest qui ont statué que l'al. 213d) du *Code criminel* est contraire aux principes de justice fondamentale.

^e Chacun de ces trois ensembles de motifs portait qu'il n'était pas nécessaire de se demander si la prévision subjective de la mort était une condition constitutionnelle de la validité d'une accusation de meurtre. Cependant, le juge Lamer a exprimé l'avis (et donc quatre des huit juges qui ont participé au jugement), sous forme d'opinion incidente, que la prévision subjective de la mort est de fait la norme exigée par l'art. 7 de la *Charte*.

^g Si l'on accepte l'avis de la majorité dans l'arrêt *Vaillancourt*, selon lequel la prévisibilité objective de la mort est l'exigence constitutionnelle minimale de la définition du meurtre, il faut en déduire que l'al. 213a) ne satisfait pas à cette exigence constitutionnelle minimale. En toute déférence, je ne puis souscrire à l'avis contraire du juge L'Heureux-Dubé.

ⁱ L'alinéa 213a) s'applique «que [la personne] ait ou non l'intention de causer la mort d'un être humain.» Il substitue à la preuve de ces états d'esprit la condition que l'homicide coupable est un meurtre quand la personne cause intentionnellement des lésions corporelles et que la mort résulte de ces lésions corporelles, si les lésions ont

commission of or flight from certain offences. It is not difficult to imagine a case in which the underlying offence is committed, bodily harm is intended, and death ensues which is not objectively foreseeable. For instance, A shoves B out of the way to facilitate flight from a robbery, intentionally inflicting bodily harm in the sense of a non-trivial interference with the health or comfort of B. B unexpectedly missteps as a result of being pushed, falls, strikes his head, and dies. Section 213(a) would label this state of affairs murder, even though there is reasonable doubt that B's death was objectively foreseeable. Section 213(a) therefore offends the principle of fundamental justice described in *Vaillancourt*.

I conclude that in the case at bar it is clearly not necessary to address the issue of subjective foresight of death to dispose of the case. The question is then whether there is an overriding reason making it desirable to do so.

In *Vaillancourt*, Lamer J. explicitly narrowed his decision to address only objective foreseeability of death as a constitutional requirement for murder, because otherwise his comments would have had a bearing on sections not challenged in the case, namely ss. 212(c) and 205(5)(a). A significant factor behind this approach was that only the Attorney General for Ontario appeared as intervener in that case. The Attorney General of Canada did not appear, although he may well have done so had ss. 212(c) and 205(5)(a) been raised.

In the case at bar, Lamer C.J. does not narrow the issue to avoid commenting on the validity of s. 212(c); rather he widens the issue in order to cast "serious if not fatal doubt" upon it. He gives two reasons. First, unlike *Vaillancourt* there was wide participation by the Attorneys General. The Attorneys General of Canada, Ontario, Quebec, Manitoba and British Columbia intervened on the issue of whether subjective foresight or objective foreseeability of death is the constitutionally required minimum *mens rea* for murder. Second,

pour objet de faciliter la perpétration de certaines infractions ou la fuite après leur perpétration. Il est facile d'imaginer une situation où il y a perpétration de l'infraction sous-jacente, intention de causer des lésions corporelles et mort de quelqu'un sans qu'elle soit objectivement prévisible. Par exemple, si A bouscule B dans sa fuite après avoir commis un vol qualifié, lui infligeant intentionnellement des lésions corporelles qui causent plus que des inconvénients mineurs à la santé ou au bien-être de B. Ce dernier fait un faux-pas parce qu'il a été bousculé, tombe, se blesse à la tête et meurt. L'alinéa 213a) qualifie cette situation de meurtre, même s'il subsiste un doute raisonnable que la mort de B ait été objectivement prévisible. En conséquence, l'alinéa 213a) viole le principe de justice fondamentale défini dans l'arrêt *Vaillancourt*.

Je conclus qu'en l'espèce, il est manifestement inutile de poser la question de la prévision subjective de la mort pour trancher le litige. Il s'agit donc de déterminer s'il existe un motif impératif de le faire.

Dans l'arrêt *Vaillancourt*, le juge Lamer a expressément réduit la portée de sa décision afin de viser seulement la prévisibilité objective de la mort à titre d'exigence constitutionnelle relativement au meurtre, parce qu'autrement ses commentaires se seraient appliqués à des dispositions qui n'étaient pas contestées, notamment les al. 212c) et 205(5)a). Un des motifs déterminants de cette attitude tenait à ce que seul le procureur général de l'Ontario était intervenu dans la cause. Le procureur général du Canada n'était pas intervenu, bien qu'il l'aurait probablement fait si la validité des al. 212c) et 205(5)a) avait été mise en cause.

En l'espèce, le juge en chef Lamer ne réduit pas la portée de sa décision afin d'éviter de se prononcer sur la validité de l'al. 212c); il élargit plutôt le sujet dans le but d'y soulever «un doute sérieux, sinon fatal». Il invoque deux motifs. En premier lieu, à la différence de l'affaire *Vaillancourt*, il y a eu l'intervention de nombreux procureurs généraux. Les procureurs généraux du Canada, de l'Ontario, du Québec, du Manitoba et de la Colombie-Britannique sont intervenus sur la question de savoir si la prévision subjective ou la

justice would not be served if this case were to return to this Court a second time on the ground that there is doubt as to the validity of s. 212(c).

In my view, it is dangerous to justify a wider scope of decision in this case than in *Vaillancourt* by reason of the participation of a greater number of Attorneys General. If the fact of their participation puts at risk a wider range of legislation, this practically creates a disincentive to the exercise of their right to intervene. A more important consideration is that it is not strictly accurate to state that the Attorneys General intervened on the issue of whether subjective foresight or objective foreseeability is the constitutionally required minimum *mens rea* for murder. While this was, of course, canvassed, the focus of argument was on whether s. 213(a) met constitutional standards or whether it could be justified under s. 1, in distinction from s. 213(d). I am not convinced that the submissions of the Attorneys General, not to mention the parties, would have been the same had s. 212(c) or other sections been challenged.

Admittedly, it is an important function of this Court to provide guidance to lower courts. In the context of this case, it would also be desirable that the validity of s. 212(c) be known with certainty for the purposes of the new trial. However, this desirable result does not outweigh the importance of deciding on the validity of s. 212(c) in a case where it is directly in issue and is fully argued by the parties.

I would therefore limit myself to the conclusion that s. 213(a) is unconstitutional because (i) it places a restriction on s. 7 of the *Charter* by permitting a person to be convicted of murder without proof beyond a reasonable doubt of objective foreseeability of death, or of an equivalent substitute requirement, and (ii) for the reasons expressed by Lamer C.J. in *Vaillancourt* and in the case at bar, it cannot be saved by s. 1. Other

prévisibilité objective de la mort est la *mens rea* minimale constitutionnellement requise pour le meurtre. En second lieu, justice ne serait pas rendue si cette affaire devait être à nouveau soumise à notre Cour pour le motif qu'il subsiste un doute quant à la validité de l'al. 212c).

À mon avis, il est dangereux de justifier une plus grande portée du présent arrêt que celle de l'arrêt *Vaillancourt* à cause de la participation d'un plus grand nombre de procureurs généraux. Si le seul fait de leur participation expose plus de dispositions législatives au risque de l'annulation, il en résulte presque une forme d'incitation à ne pas se prévaloir de leur droit d'intervenir. Un motif plus important découle du fait qu'il n'est pas strictement exact de dire que les procureurs généraux sont intervenus sur la question de savoir si la prévision subjective ou la prévisibilité objective est la *mens rea* minimale constitutionnellement requise pour le meurtre. Bien que la question ait été naturellement soulevée, l'argumentation a surtout porté sur la question de savoir si l'al. 213a) satisfait aux normes constitutionnelles ou s'il peut être justifié en vertu de l'article premier, à la différence de l'al. 213d). Je ne suis pas convaincu que les plaidoiries des procureurs généraux, sans parler de celles des parties, auraient été les mêmes si l'al. 212c) ou d'autres dispositions avaient été contestées.

Certes, notre Cour a pour fonction importante de guider les tribunaux d'instance inférieure. Dans le cadre de l'espèce, il serait aussi souhaitable que la validité de l'al. 212c) soit connue avec certitude pour les fins du nouveau procès. Cependant, ce résultat souhaitable ne l'emporte pas sur l'importance de déterminer la validité de l'al. 212c) dans une affaire qui le mettrait en jeu directement et où il serait plaidé complètement par les parties.

Je me bornerai donc à conclure que l'al. 213a) est inconstitutionnel parce que (i) il apporte une restriction à l'art. 7 de la *Charte* en faisant en sorte qu'une personne puisse être déclarée coupable de meurtre sans preuve hors de tout doute raisonnable de la prévisibilité objective de la mort, ou d'une exigence de remplacement équivalente, et (ii) pour les motifs exposés par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Vaillancourt* et en l'espèce, il

constitutional issues with respect to the murder provisions of the *Criminal Code* I would leave for another day.

Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Jack Watson, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Philip G. Lister, Edmonton.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

ne peut être sauvegardé par l'article premier. Les autres questions constitutionnelles soulevées par les dispositions du *Code criminel* relatives au meurtre devront attendre une autre occasion pour être tranchées.

Pourvoi rejeté, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.

Procureur de l'appelante: Jack Watson, Edmonton.

Procureur de l'intimé: Philip G. Lister, Edmonton.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Allan Ronald Rodney *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General for Alberta and the Attorney General of Newfoundland *Interveners*

INDEXED AS: R. v. RODNEY

File No.: 21284.

1990: March 26; 1990: September 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Constructive murder — Whether s. 213(a) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 213(a).

Criminal law — Constructive murder — Whether s. 213(a) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter.

Respondent was convicted of second degree murder, under s. 213(a) of the *Criminal Code*, in the killing of a person who had been abducted for ransom and killed by one of his accomplices involved in the kidnapping plan. The credibility of the witness used to establish respondent's role in the kidnapping was severely attacked in cross-examination. The Court of Appeal, following *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, struck down s. 213(a) and held that a new trial should be ordered on an indictment charging second degree murder as the Crown had not met the test in s. 613(1)(b)(iii). The constitutional questions queried (1) whether s. 213(a) contravened ss. 7 and/or 11(d) of the *Charter*, and (2), if so, whether it was justified by s. 1. Also at issue was

* Chief Justice at the time of hearing.

** Chief Justice at the time of judgment.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Allan Ronald Rodney *Intimé*

a

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général de l'Alberta et le procureur général de Terre-Neuve *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. RODNEY

N° du greffe: 21284.

1990: 26 mars; 1990: 13 septembre.

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

d Sopinka, Gonthier et Cory.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Meurtre par imputation — L'article 213a) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d) — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 213a).

Droit criminel — Meurtre par imputation — L'article 213a) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?

L'intimé a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré, en vertu de l'al. 213a) du *Code criminel*, en rapport avec la mort d'une personne qui avait été enlevée en vue d'une rançon et tuée par un de ses complices impliqué dans le projet d'enlèvement. La crédibilité du témoin utilisé pour établir le rôle de l'intimé dans l'enlèvement a été sérieusement attaquée en contre-interrogatoire. Suivant l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, la Cour d'appel a annulé l'al. 213a) et décidé qu'un nouveau procès fondé sur un acte d'accusation de meurtre au deuxième degré devait être ordonné parce que le ministère public n'avait pas satisfait au critère du sous-al. 613(1)(b)(iii). Les questions constitutionnelles sont de savoir (1) si l'al. 213a) enfreint l'art. 7

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

** Juge en chef à la date du jugement.

whether the Court of Appeal erred in failing to apply s. 613(1)(b)(iii).

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be dismissed. The first constitutional question should be answered in the affirmative, the second in the negative.

Per Dickson C.J. and Lamer C.J. and Wilson, Gonthier and Cory JJ.: For the reasons given in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, the first constitutional question should be answered in the affirmative and the second in the negative.

Respondent could be found guilty of second degree murder if he knew or ought to have known the murder of the victim was a probable consequence of carrying out the kidnapping. As a result of the combined effect of *R. v. Martineau*, involving s. 213(a), and *R. v. Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731, involving s. 21(2), a new trial must be ordered. Section 21(2), in so far as it permits a conviction of a party for murder on the basis of objective foreseeability, which is a lesser degree of *mens rea* than that constitutionally required of the principal, is contrary to the principles of fundamental justice.

As regards the application of s. 613(1)(b)(iii), the jury acting reasonably would not necessarily have found respondent guilty of murder had it been left with the proper test.

Per Sopinka J.: For the reasons given in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, it is unnecessary to decide whether subjective foresight is an essential requirement of the offence of murder. Section 213(a) is invalid on the basis of *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636. No constitutional question was stated with respect to s. 21(2) of the *Criminal Code*; it was not an issue in this appeal.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The appeal should be allowed for the reasons stated in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633. Section 213(a) is entirely different from s. 213(d). It satisfies the objective foreseeability standard, and if all the elements of s. 213(a) are proven beyond a reasonable doubt, a murder conviction can validly and constitutionally obtain.

ou l'al. 11d) de la *Charte*, ou les deux à la fois, et (2), dans l'affirmative, s'il est justifié par l'article premier. Est également soulevée la question de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en n'appliquant pas le sous-al. 613(1)(b)(iii).

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est rejeté. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative, la seconde une réponse négative.

Le juge en chef Dickson, le juge en chef Lamer et les juges Wilson, Gonthier et Cory: Pour les motifs exposés dans l'arrêt *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, la première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative et la seconde, une réponse négative.

L'intimé pouvait être déclaré coupable de meurtre au deuxième degré s'il savait ou devait savoir que l'assassinat de la victime était une conséquence probable de l'exécution de l'enlèvement. Par suite de l'effet conjugué de l'arrêt *R. c. Martineau*, portant sur l'al. 213a), et de l'arrêt *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731, portant sur le par. 21(2), un nouveau procès doit être ordonné. Dans la mesure où le par. 21(2) permet de déclarer une partie coupable de meurtre pour cause de prévisibilité objective, c'est-à-dire un degré de *mens rea* moindre que celui constitutionnellement requis dans le cas de l'auteur principal, il est contraire aux principes de justice fondamentale.

Quant à l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii), le jury, en agissant raisonnablement, n'aurait pas nécessairement déclaré l'intimé coupable de meurtre si le bon critère avait été soumis à son appréciation.

Le juge Sopinka: Pour les motifs exposés dans l'affaire *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, il n'est pas nécessaire de décider si la prévision subjective est une condition essentielle de l'infraction de meurtre. L'alinéa 213a) est invalide compte tenu de l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636. Aucune question constitutionnelle n'a été formulée quant au par. 21(2) du *Code criminel*; il n'était pas en cause en l'espèce.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Le pourvoi devrait être accueilli pour les motifs exposés dans l'arrêt *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633. L'alinéa 213a) est très différent de l'al. 213d). Il satisfait au critère de la prévisibilité objective et, tous les éléments de l'al. 213a) étant prouvés hors de tout doute raisonnable, une déclaration de culpabilité de meurtre valide du point de vue constitutionnel peut être rendue.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731; **referred to:** *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636.

By Sopinka J.

Applied: *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Martineau, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21, 205, 212, 213(a), (d), 613(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 280, 46 C.C.C. (3d) 323, allowing the respondent's appeal from a conviction on a charge of second degree murder by Hinds J. sitting with jury. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

James D. Taylor, Q.C., for the appellant.

Ian Donaldson and Malcolm Ruby, for the respondent.

Bruce MacFarlane, Q.C., and *Don Avison*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Jacques Gauvin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

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

Wayne Gorman, for the intervener the Attorney General of Newfoundland.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer C.J. and Wilson, Gonthier and Cory JJ. was delivered by

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts appliqués: *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731; **arrêt mentionné:** *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636.

Citée par le juge Sopinka

Arrêt appliqué: *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. Martineau, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11(d).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 21, 205, 212, 213(a), (d), 613(1)(b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 280, 46 C.C.C. (3d) 323, qui a accueilli l'appel interjeté par l'intimé à l'encontre d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Hinds, siégeant avec jury, relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

James D. Taylor, c.r., pour l'appelante.

Ian Donaldson et Malcolm Ruby, pour l'intimé.

Bruce MacFarlane, c.r., et *Don Avison*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Jacques Gauvin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

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

Wayne Gorman, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve.

Version française du jugement du juge en chef Dickson, du juge en chef Lamer et des juges Wilson, Gonthier et Cory rendu par

LAMER C.J.—

Introduction

This is a case, heard together with *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, dealing with the constitutional validity of s. 213(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, (now s. 230(a), *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46). Chief Justice Dickson stated the following constitutional questions:

1. Does s. 213(a) of the *Criminal Code* (as it read on May 30, 1984) contravene the rights and freedoms guaranteed by s. 7 and/or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is affirmative, is s. 213(a) of the *Criminal Code* (as it read on May 30, 1984) justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

For the reasons that I have expressed in *Martineau*, *supra*, I would answer the constitutional questions as follows:

1. Yes, s. 213(a) contravenes both ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.
2. No.

The remaining issue involves whether the Court of Appeal for British Columbia erred in failing to apply the provisions of s. 613(1)(b)(iii) (now s. 686(1)(b)(iii)) of the *Criminal Code*. In this regard it will be necessary to recite at some length the facts and procedural history of this case.

Facts

The respondent was convicted of second degree murder in connection with the killing of the wife of the manager of a supermarket. The respondent became involved in a plan with two other accomplices to abduct and hold for ransom the victim. Various phone calls were made to the husband of the victim after she was kidnapped demanding ransom. The victim was then shot and killed by one of the respondent's accomplices. The Crown alleged that the respondent was a party to the kidnapping and shooting of the victim by virtue of ss. 21(2), 212, 213(a) and (d) of the *Code*. A witness at the trial, David Drew, gave evidence to the effect that while bowling the respondent told him of his involvement in the kidnapping. The

LE JUGE EN CHEF LAMER—

Introduction

Le présent pourvoi, entendu en même temps que l'affaire *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, porte sur la constitutionnalité de l'al. 213a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, (maintenant l'al. 230a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46). Le juge en chef Dickson a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. L'alinéa 213a) du *Code criminel* (tel qu'il était formulé au 30 mai 1984) enfreint-il les droits et libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, l'al. 213a) du *Code criminel* (tel qu'il était formulé au 30 mai 1984) est-il justifié par l'article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Pour les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *Martineau*, précité, je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. Oui, l'al. 213a) contrevient à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*.
2. Non.

L'autre point consiste à déterminer si la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commis une erreur en n'appliquant pas les dispositions du sous-al. 613(1)b)(iii) (maintenant le sous-al. 686(1)b)(iii)) du *Code criminel*. À cet égard, il sera nécessaire d'exposer plus en détail les faits et l'historique des procédures de cette affaire.

Les faits

L'intimé a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré en rapport avec la mort de l'épouse du gérant d'un supermarché. L'intimé a participé avec deux autres complices à un projet d'enlèvement et de séquestration de la victime en vue d'obtenir une rançon. Après l'enlèvement de la victime, le mari a reçu divers appels téléphoniques au cours desquels on exigeait une rançon. L'un des complices de l'intimé a ensuite tué la victime par balle. Le ministère public a prétendu que l'intimé était partie à l'enlèvement et à l'assassinat de la victime en vertu du par. 21(2), de l'art. 212 et des al. 213a) et d) du *Code*. Au procès, l'un des témoins, David Drew, a témoigné que pendant qu'il jouait aux quilles l'intimé lui a fait part de sa

respondent told Drew that his role was to watch the comings and goings of people at the home of the victim, and to give the times to his accomplice. He described how all three had followed the victim, grabbed her in an alleyway, hauled her into a van, tied her feet and hands and gagged and blindfolded her. The witness Drew also claimed that the respondent told him how they transported the victim to Burnaby Mountain where one of the respondent's accomplices took her out of the vehicle and shot her. The credibility of Drew was severely attacked in cross-examination, especially on the grounds that he had 15 criminal convictions, he was arrested as a suspect in the murder and that the victim's gloves were found in the garbage behind his flat. The respondent was convicted of second degree murder, following deliberations by the jury that lasted three days.

Judgment Below

Court of Appeal for British Columbia

The Court of Appeal for British Columbia observed that the evidence at trial suggested that the respondent did not actually kill the victim but that the jury believed he was involved in the kidnapping and killing. The jury was instructed at trial according to the law as it stood at the time, that is to say that the respondent could be convicted as a party to the killing under ss. 21, 205, and 212, or as a party to constructive murder under s. 213. In light of this Court's decision in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, the Court of Appeal for British Columbia struck down s. 213(a) of the *Code*. As regards the application of s. 613(1)(b)(iii) of the *Code*, the Court said the following:

... as the law presently stands it is clear to us that this accused may have been convicted because of the constructive murder provisions of Code s. 213, which is constitutionally invalid, and for that reason we are constrained to allow the appeal. We are not satisfied that the Crown has met the test required by Code

participation à l'enlèvement. L'intimé a dit à Drew que son rôle était de surveiller les allées et venues des personnes au domicile de la victime et d'informer son complice de l'heure des arrivées et des départs. Il a décrit comment les trois avaient suivi la victime, s'étaient emparés d'elle dans une ruelle, l'avaient fait monter dans une fourgonnette, lui avaient lié les pieds et les mains, l'avaient baillonnée et lui avaient bandé les yeux. Le témoin Drew a également affirmé que l'intimé lui avait dit comment ils avaient transporté la victime à Burnaby Mountain où l'un des complices de l'intimé l'a fait sortir du véhicule et l'a tuée par balle. La crédibilité de Drew a été sérieusement attaquée en contre-interrogatoire, surtout parce qu'il a déjà été déclaré coupable de 15 infractions criminelles, qu'il a été arrêté comme suspect relativement au meurtre et que les gants de la victime ont été retrouvés dans les poubelles derrière son appartement. Après trois jours de délibérations, le jury a déclaré l'intimé coupable de meurtre au deuxième degré.

e La décision du tribunal d'instance inférieure

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a remarqué que la preuve soumise au procès laissait entendre que l'intimé n'avait pas réellement tué la victime mais que le jury a cru qu'il avait participé à l'enlèvement et à l'homicide. Les directives données au jury au procès étaient conformes à l'état du droit tel qu'il existait à l'époque, c'est-à-dire que l'intimé pouvait être déclaré coupable comme partie à l'homicide en vertu des art. 21, 205 et 212 ou comme partie à un meurtre par imputation en vertu de l'art. 213. Compte tenu de l'arrêt de notre Cour *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a annulé l'al. 213a) du *Code*. En ce qui concerne l'application du sous-al. 613(1)b)(iii) du *Code*, la Cour a dit ce qui suit:

[TRADUCTION] ... selon l'état actuel du droit, il nous paraît clair que cet accusé a pu être déclaré coupable en raison des dispositions relatives au meurtre par imputation contenues à l'art. 213 du *Code*, lequel est inconstitutionnel, et pour cette raison nous devons accueillir l'appel. Nous ne sommes pas convaincus que le ministère

s. 613(1)(b)(iii) and must, therefore, order a new trial on an indictment charging second degree murder.

Analysis

There is no doubt that the respondent was a party to a kidnapping. It is not clear, however, on what basis the jury decided that the respondent was a party to murder. It is clear that by virtue of s. 21(2) of the *Code* the respondent could be found guilty of second degree murder if the respondent knew or ought to have known that the murder of the victim was a probable consequence of carrying out the kidnapping. The constitutional validity of s. 21(2) is not an issue in this appeal, but it was an issue in a case, *R. v. Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731, heard together with the present appeal. As a result of the combined effect of my reasons in *Martineau* and *Logan*, released concurrently, I am of the view that a new trial must be ordered in this case. A conviction for murder must be based on proof of subjective foresight of death. In *Logan*, what was at issue was a charge of attempted murder in which there must be proof of a specific intent to kill. This Court affirmed that, in so far as s. 21(2) permits a conviction of a party for the offence of attempted murder on the basis of objective foreseeability, which is a lesser degree of *mens rea* than that constitutionally required for a conviction for that offence, it is contrary to the principles of fundamental justice. The reasoning therein applies with equal force to the case of murder where proof of subjective foresight of death is required. A party to a murder, therefore, cannot be convicted upon proof that he ought to have known that the murder was a probable consequence of carrying out the common purpose. In the case at bar, it was open to the jury to find that the respondent had formed an intention in common with his accomplices to kidnap the victim and that he ought to have known that the killing of the victim was a probable consequence of carrying out the common purpose. The jury could have entertained a reasonable doubt that the respondent had subjective foresight that the murder would be a probable consequence of the kidnapping and yet still would have to convict the respondent as a party to murder. Such a result would be contrary to the principles of fundamental

public a satisfait au critère du sous-al. 613(1)(b)(iii) du Code et nous devons donc ordonner la tenue d'un nouveau procès fondé sur un acte d'accusation de meurtre au deuxième degré.

^a L'analyse

Il ne fait pas de doute que l'intimé était partie à l'enlèvement. Les raisons pour lesquelles le jury a décidé que l'intimé était partie à un meurtre ne sont cependant pas claires. Il est certain qu'en vertu du par. 21(2) du *Code* l'intimé pouvait être déclaré coupable de meurtre au deuxième degré s'il savait ou devait savoir que l'exécution de l'enlèvement aurait pour conséquence probable le meurtre de la victime. La constitutionnalité du par. 21(2) n'est pas contestée dans ce pourvoi mais l'a été dans l'affaire *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731, entendue en même temps que celle-ci. Par suite de l'effet conjugué de mes motifs dans les arrêts *Martineau* et *Logan*, rendus simultanément, je suis d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès en l'espèce. Une déclaration de meurtre doit être fondée sur la preuve d'une prévision subjective de la mort. Dans le pourvoi *Logan*, le litige portait sur une accusation de tentative de meurtre qui exige la preuve d'une intention spécifique de tuer. Notre Cour a confirmé que, dans la mesure où le par. 21(2) permet de déclarer une partie coupable de l'infraction de tentative de meurtre pour cause de prévisibilité objective, c'est-à-dire un degré de *mens rea* moindre que celui constitutionnellement requis pour être déclaré coupable de cette infraction, il est contraire aux principes de justice fondamentale. Le raisonnement de la cour s'applique avec la même rigueur dans le cas de meurtre où la preuve d'une prévision subjective de la mort est requise. Par conséquent, une partie à un meurtre ne peut être déclarée coupable parce qu'il a été prouvé qu'elle devait savoir que le meurtre était une conséquence probable de la réalisation de l'intention commune. En l'espèce, le jury pouvait conclure que l'intimé et ses complices avaient formé ensemble le projet d'enlever la victime et qu'il devait savoir que l'assassinat de la victime était une conséquence probable de la réalisation de l'intention commune. Le jury aurait pu avoir un doute raisonnable quant à savoir si l'intimé avait prévu subjectivement que le meurtre serait une conséquence probable de l'enlèvement, mais il aurait

justice and the presumption of innocence. As regards the application of s. 613(1)(b)(iii), I am not convinced that had the jury been left with the proper test, namely subjective foresight, they would, acting reasonably, have necessarily found the respondent guilty of murder. The judgment of the Court of Appeal for British Columbia ordering a new trial is, therefore, affirmed. Accordingly, the appeal is dismissed.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—I have had the advantage of the opinion of Chief Justice Lamer, and with respect I must dissent for the reasons stated in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, released concurrently. As in *Martineau*, this appeal raises the constitutionality of s. 213(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 230(a)) as regards ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In that case I found that an objective foreseeability test of death was constitutionally valid for the crime of murder, and I distinguished this Court's decision in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636. In the present case, the British Columbia Court of Appeal, in my view, interpreted *Vaillancourt* too broadly when it stated:

We are all of the view that the majority judgments of the Supreme Court of Canada in *R. v. Vaillancourt* ... which struck down Code s. 213(d) on constitutional grounds requires [*sic*] us to apply the same reasoning and reach the same conclusion with respect to Code s. 213(a).

In *Vaillancourt*, this Court dealt with s. 213(d) of the *Criminal Code* and did not hold that subjective foresight of death was constitutionally mandated for the crime of murder. Section 213(a) satisfies the objective foreseeability standard, and if all the elements of s. 213(a) are proven beyond a reasonable doubt, a murder conviction can validly and constitutionally obtain. As I discussed in *Martineau*, s. 213(a) is entirely different than s. 213(d) in its historical background, in its consistency with the test in *Vaillancourt*, and in its

quand même dû le déclarer coupable comme partie au meurtre. Un tel résultat serait contraire aux principes de justice fondamentale et à la présomption d'innocence. Quant à l'application du sous-al. 613(1)b(iii), je ne suis pas convaincu que si le bon critère avait été soumis à l'appréciation du jury, savoir la prévision subjective, il aurait, en agissant raisonnablement, nécessairement déclaré l'intimé coupable de meurtre. L'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ordonnant la tenue d'un nouveau procès est donc confirmé. Par conséquent, le pourvoi est rejeté.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—J'ai pris connaissance de l'opinion du juge en chef Lamer qu'en toute déférence je ne puis partager pour les motifs exposés dans l'arrêt *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, rendu en même temps que celui-ci. À l'instar de l'affaire *Martineau*, le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité de l'al. 213a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, al. 230a)) dans le contexte de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans cette affaire, j'ai conclu à la constitutionnalité d'un critère de prévisibilité objective de la mort pour le crime de meurtre et j'ai distingué l'arrêt de notre Cour *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a ici, selon moi, donné à l'arrêt *Vaillancourt* une interprétation trop large lorsqu'elle affirme:

[TRADUCTION] Nous sommes tous d'avis que les motifs des juges formant la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt* ... qui ont annulé l'al. 213d) du Code pour cause d'inconstitutionnalité, nous commandent d'appliquer le même raisonnement et de tirer la même conclusion relativement à l'al. 213a) du Code.

Dans l'arrêt *Vaillancourt*, notre Cour a examiné l'al. 213d) du *Code criminel* et n'a pas jugé que la prévision subjective de la mort était exigible du point de vue constitutionnel pour le crime de meurtre. L'alinéa 213a) satisfait au test de prévisibilité objective et, tous les éléments de l'al. 213a) étant prouvés hors de tout doute raisonnable, une déclaration de culpabilité de meurtre valide du point de vue constitutionnel peut être rendue. Comme je l'ai mentionné dans *Martineau*, l'al. 213a) est très différent de l'al. 213d) tant sur le plan de son

resemblance to similar provisions enacted in other common law jurisdictions. Therefore, I must respectfully dissent from my colleague's disposition for the reasons stated in *Martineau*. I would allow this appeal, reverse the judgment of the British Columbia Court of Appeal, and restore the conviction entered at trial.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—I have read the reasons of Chief Justice Lamer and Justice L'Heureux-Dubé, and would dispose of the appeal as proposed by Lamer C.J.

For the reasons I gave in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, it is unnecessary to decide whether subjective foresight is an essential requirement of the offence of murder. On the basis of *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, s. 213(a) is invalid. Since it was put to the jury and may have been acted upon, there must be a new trial.

With respect to s. 21(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, no constitutional question was stated and it is not an issue in this appeal.

Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Nanaimo.

Solicitors for the respondent: Oliver & Company, Vancouver.

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

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland: The Attorney General of Newfoundland, St. John's.

historique et de sa cohérence avec le test de l'arrêt *Vaillancourt* que sur celui de sa ressemblance avec des dispositions semblables adoptées dans d'autres pays de common law. Par conséquent, pour les motifs exposés dans *Martineau*, je ne saurais, en toute déférence, être d'accord avec la façon dont mon collègue statue sur le présent pourvoi. J'accueillerais le pourvoi, j'infirmerais l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et je rétablirais la déclaration de culpabilité telle que rendue au procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA—J'ai pris connaissance des motifs du juge en chef Lamer et du juge L'Heureux-Dubé et je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la manière proposée par le juge en chef Lamer.

Pour les motifs que j'ai exposés dans l'affaire *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, il n'est pas nécessaire de décider si la prévision subjective est une condition essentielle de l'infraction de meurtre. Compte tenu de l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, l'al. 213(a) est invalide. Étant donné que cet article a été soumis à l'appréciation du jury et que celui-ci a pu en tenir compte, il y a lieu d'ordonner un nouveau procès.

Quant au par. 21(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, aucune question constitutionnelle n'a été formulée et il n'est pas en cause en l'espèce.

Pourvoi rejeté, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.

Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Nanaimo.

Procureurs de l'intimé: Oliver & Company, Vancouver.

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

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve: Le procureur général de Terre-Neuve, St. John's.

Kevin James Arkell *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney of Quebec, the Attorney General of Manitoba and the Attorney General for Alberta *Interveners*

INDEXED AS: R. v. ARKELL

File No.: 21076.

1990: March 26; 1990: September 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Constructive murder — Whether s. 213(a) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter — Whether s. 214(5) of the Criminal Code violates s. 7 of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 213(a), 214(5).

Criminal law — Constructive murder — Whether s. 213(a) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter — Whether s. 214(5) of the Criminal Code violates s. 7 of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter.

Appellant was convicted, under s. 214(5) of the *Criminal Code*, of the first degree murder of a woman who was killed while he attempted to commit a sexual assault. The jury was charged on ss. 212 and 213 in relation to murder. The conviction was upheld on appeal. The constitutional questions before this Court queried: (1) whether s. 213(a) of the *Criminal Code* contravened ss. 7 and/or 11(d) of the *Charter*; and, (2)

* Chief Justice at the time of hearing.

** Chief Justice at the time of judgement.

Kevin James Arkell *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

a

et

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

RÉPERTORIÉ: R. c. ARKELL

N° du greffe: 21076.

c 1990: 26 mars; 1990: 13 septembre.

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

d EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Meurtre par imputation — L'article 213a) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — L'article 214(5) du Code criminel viole-t-il l'art. 7 de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d) — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 213a), 214(5).

Droit criminel — Meurtre par imputation — L'article 213a) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — L'article 214(5) du Code criminel viole-t-il l'art. 7 de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?

L'appellant a été reconnu coupable, en vertu du par. 214(5) du *Code criminel*, du meurtre au premier degré d'une femme qui a été tuée pendant qu'il tentait de commettre une agression sexuelle. Le jury a reçu des directives sur les art. 212 et 213 relativement au meurtre. La déclaration de culpabilité a été confirmée en appel. Les questions constitutionnelles soumises à la Cour sont de savoir: (1) si l'al. 213a) du *Code criminel*

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

** Juge en chef à la date du jugement.

if so, whether it was justified by s. 1; (3) whether s. 214(5) of the *Criminal Code* contravened s. 7 of the *Charter*; and (4), if so, whether it was justified by s. 1. A further issue was whether s. 613(1)(b)(iii) should be applied.

Held: The appeal should be dismissed. The first constitutional question should be answered in the affirmative, and the second and third in the negative; the fourth needed not be answered.

Per Dickson C.J. and Lamer C.J. and Wilson, Gonthier and Cory JJ.: For the reasons stated in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, s. 213(a) of the *Criminal Code* is of no force or effect.

Section 214(5) is neither arbitrary nor irrational and therefore does not infringe upon s. 7 of the *Charter*. It does not result in punishment disproportionate to the seriousness of the offences giving rise to the sentences. Only those who have committed the most serious crime in the *Code* with the highest level of moral culpability are affected by Parliament's decision in s. 214(5) to impose a more serious punishment on those found guilty of murder while committing certain listed offences. This Court affirmed, in *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618, that s. 214 is a classification section concerned with sentencing and does not create a substantive offence. No principle of fundamental justice prevents Parliament from classifying murders done while committing certain underlying offences as more serious, and thereby attaching more serious penalties to them. This distinction is neither arbitrary nor irrational. The relationship between the classification and the moral blameworthiness of the offender clearly exists.

Section 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* should be applied and the verdict of the jury that the appellant was guilty of first degree murder should be upheld notwithstanding the error of leaving s. 213 with the jury. The jury's verdict of murder under s. 212(a) was inescapable in light of the description of the attack and the nature of the victim's injuries.

Per L'Heureux-Dubé J.: For the reasons stated in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, the first constitutional question should be answered in the negative. The second, accordingly, needed not be answered. The third should be answered in the negative. Section 214(5) does not offend s. 7 of the *Charter*. Before s. 214(5) can apply, the accused must first have been found guilty of

porte atteinte à l'art. 7 ou à l'al. 11*d*) de la *Charte*, ou aux deux à la fois, et (2), dans l'affirmative, s'il est justifié par l'article premier, (3) si le par. 214(5) du *Code criminel* enfreint l'art. 7 de la *Charte*, et (4), dans l'affirmative, s'il est justifié par l'article premier. Se pose également la question de savoir s'il y a lieu d'appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii).

Arrêt: Le pourvoi est rejeté. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative, la deuxième et la troisième une réponse négative; il n'est pas nécessaire de répondre à la quatrième.

Le juge en chef Dickson, le juge en chef Lamer et les juges Wilson, Gonthier et Cory: Pour les motifs exposés dans l'arrêt *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, l'al. 213a) du *Code criminel* est inopérant.

Le paragraphe 214(5) n'est ni arbitraire ni irrationnel et, par conséquent, il ne contrevient pas à l'art. 7 de la *Charte*. Il n'engendre pas des peines qui ne sont pas proportionnées à la gravité des infractions qui donnent lieu à ces peines. Seuls ceux qui ont commis le crime le plus grave du *Code* avec le plus haut niveau de culpabilité morale sont visés par la décision du Parlement d'imposer une punition plus sévère aux personnes déclarées coupables d'avoir commis un meurtre pendant qu'elles commettaient certaines infractions énumérées. Notre Cour a affirmé, dans l'arrêt *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618, que l'art. 214 est une disposition qui établit une classification aux fins de la détermination de la peine, et non une disposition qui crée une infraction matérielle précise. Aucun principe de justice fondamentale n'empêche le Parlement de qualifier de plus graves les meurtres concomitants de la perpétration de certaines infractions sous-jacentes et, ainsi, de les assortir de peines plus graves. Cette distinction n'est ni arbitraire ni irrationnelle. Il y a nettement un rapport entre la classification et la culpabilité morale du contrevenant.

Il convient d'appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* et de confirmer le verdict du jury que l'appelant est coupable de meurtre au premier degré malgré l'erreur qui a consisté à soumettre l'art. 213 à l'appréciation du jury. Le verdict de culpabilité de meurtre en application de l'al. 212a) était inévitable compte tenu de la description de l'attaque et de la nature des blessures de la victime.

Le juge L'Heureux-Dubé: Pour les motifs exposés dans l'arrêt *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, la première question constitutionnelle reçoit une réponse négative. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de répondre à la deuxième. La troisième reçoit une réponse négative. Le paragraphe 214(5) ne contrevient pas à l'art. 7 de la *Charte*. Pour que le par. 214(5) puisse

murder. It thus does not deprive an accused of "life, liberty or security of the person" in a manner which is inconsistent with the principles of fundamental justice. Many factors enter into a determination of an appropriate sentence and the degree of blameworthiness is but one. When all these factors are consolidated, it is certainly appropriate for Parliament to impose its most severe punishment. The question is one of policy, to be determined by Parliament and its choice must be upheld so long as it does not act irrationally or arbitrarily or in a manner otherwise inconsistent with the fundamental principles of justice.

Per Sopinka J.: The appeal must be dismissed pursuant to s. 613(1)(b)(iii). The reasons given in *R. v. Martineau* were applicable to the constitutional questions relating to s. 213(a). The reasons of Lamer C.J. with respect to s. 214(5) were agreed with, except to the extent that those reasons rely on the view that murder, and hence first degree murder, constitutionally requires subjective foresight of death.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618; **referred to:** *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711; *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636.

By Sopinka J.

Applied: *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21(2), 213(a), 214(5), 613(1)(b)(iii), 669(a).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 179, 43 C.C.C. (3d) 402, dismissing the

s'appliquer, l'accusé doit d'abord avoir été reconnu coupable de meurtre. Il ne prive donc pas un accusé de «la vie, [de] la liberté [ou de] la sécurité de sa personne» d'une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale. Le degré de culpabilité n'est qu'un des nombreux facteurs qui entrent en ligne de compte dans la détermination d'une peine appropriée. Lorsque tous ces facteurs sont réunis, il est certes approprié que le Parlement impose la peine la plus sévère. C'est une question de principe qui doit être tranchée par le Parlement dont le choix doit être respecté tant qu'il n'agit pas d'une manière irrationnelle ou arbitraire ou d'une manière par ailleurs incompatible avec les principes de justice fondamentale.

Le juge Sopinka: Le pourvoi doit être rejeté conformément au sous-al. 613(1)(b)(iii). Les motifs exposés dans l'affaire *R. c. Martineau* s'appliquent aux questions constitutionnelles relatives à l'al. 213a). L'opinion exprimée par le juge en chef Lamer relativement au par. 214(5) est partagée sauf dans la mesure où elle repose sur le point de vue que le meurtre, et partant, le meurtre au premier degré, exige constitutionnellement la prévision subjective de la mort.

e Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts appliqués: *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618; **arrêts mentionnés:** *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711; *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636.

h Citée par le juge Sopinka

Arrêt appliqué: *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11(d).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 21(2), 213(a), 214(5), 613(1)(b)(iii), 669(a).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 179, 43 C.C.C. (3d) 402, qui a rejeté l'appel

appellant's appeal from a conviction on a charge of first degree murder by Paris J. sitting with jury. Appeal dismissed.

Robert Lawler, for the appellant.

James D. Taylor, Q.C., for the respondent.

Bruce MacFarlane, Q.C., and *Don Avison*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Jacques Gauvin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

J. G. Dangerfield, Q.C., and *Marva J. Smith*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

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

The judgment of Dickson C.J. and Lamer C.J. and Wilson, Gonthier and Cory JJ. was delivered by

LAMER C.J.—In addition to raising the constitutionality of s. 213(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, a matter dealt with in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, released concurrently, this case also raises the issue of whether s. 214(5) of the *Code* which classifies murder committed in certain circumstances as first degree murder, offends the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Facts

The appellant was convicted of the first degree murder of Lisa Clark, who died of skull injuries and whose body had been burned. The Crown's theory was that the victim's death was caused while the appellant attempted to commit a sexual assault. In support of this theory, the Crown led the evidence of a fellow prisoner who testified that while in prison the appellant told him that he had run down the victim with his car as she was attempting to escape from his sexual advances and then stripped her body and burned it. Another witness testified that the appellant denied making any sexual advances or assault upon the victim, stating that she had fallen accidentally while help-

interjeté par l'appellant à l'encontre d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Paris, siégeant avec jury, relativement à une accusation de meurtre au premier degré. Pourvoi rejeté.

Robert Lawler, pour l'appellant.

James D. Taylor, c.r., pour l'intimée.

Bruce MacFarlane, c.r., et *Don Avison*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Jacques Gauvin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

J. G. Dangerfield, c.r., et *Marva J. Smith*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

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

Version française du jugement du juge en chef Dickson, du juge en chef Lamer et des juges Wilson, Gonthier et Cory rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER—En plus de soulever la constitutionnalité de l'al. 213a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, une question examinée dans l'arrêt *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, rendu en même temps que celui-ci, ce pourvoi soulève également la question de savoir si le par. 214(5) du *Code*, qui qualifie le meurtre commis dans certaines circonstances de meurtre au premier degré, contrevient à la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Les faits

L'appellant a été reconnu coupable du meurtre au premier degré de Lisa Clark qui est décédée de blessures au crâne et dont le corps a été brûlé. La théorie du ministère public est que la mort de la victime a été causée pendant que l'appellant tentait de commettre une agression sexuelle. À l'appui de cette théorie, le ministère public a produit le témoignage d'un codétenu qui a déposé que pendant qu'il était incarcéré l'appellant lui a dit avoir heurté la victime avec sa voiture alors qu'elle tentait d'échapper à ses avances sexuelles, puis l'avoir dévêtue et brûlé son corps. Un autre témoin a déposé que l'appellant a nié avoir fait des avances sexuelles à la victime ou l'avoir agressée sexuelle-

ing him push-start his car, after which, in a panic, he burned her body. The trial judge told the jury that in order to find the appellant guilty of first degree murder, they must find that murder was committed while committing a sexual assault or attempting to commit a sexual assault. The trial judge charged the jury on ss. 212 and 213 in relation to murder. The jury returned a verdict of guilty of first degree murder.

Relevant Statutory Provisions

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 214(5) and 669(a).

214. ...

(5) Irrespective of whether a murder is planned and deliberate on the part of any person, murder is first degree murder in respect of a person when the death is caused by that person while committing or attempting to commit an offence under one of the following sections:

- (a) section 76.1 (hijacking an aircraft);
- (b) section 246.1 (sexual assault);
- (c) section 246.2 (sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm);
- (d) section 246.3 (aggravated sexual assault); or
- (e) section 247 (kidnapping and forcible confinement).

669. The sentence to be pronounced against a person who is to be sentenced to imprisonment for life shall be,

- (a) in respect of a person who has been convicted of high treason or first degree murder, that he be sentenced to imprisonment for life without eligibility for parole until he has served twenty-five years of his sentence;

Judgment below

Court of Appeal for British Columbia (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 179

The only ground of appeal before the Court was whether the provision in s. 214(5) of the *Criminal Code* that murder committed in the course of committing or attempting to commit a sexual assault is first degree murder, violates the appellant's rights under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. The appellant made two arguments in this respect:

ment, disant qu'elle était tombée accidentellement pendant qu'elle l'aidait à pousser sa voiture pour la faire démarrer, après quoi, pris de panique, il a brûlé son corps. Le juge du procès a dit au jury que, pour déclarer l'appelant coupable de meurtre au premier degré, il devait conclure que le meurtre avait été commis pendant la perpétration d'une agression sexuelle ou d'une tentative d'agression sexuelle. Il a donné des directives au jury sur les art. 212 et 213 relativement au meurtre. Le jury a rendu un verdict de culpabilité de meurtre au premier degré.

Les dispositions législatives pertinentes

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, par. 214(5) et al. 669a)

214. ...

(5) Indépendamment de toute préméditation, commet un meurtre au premier degré quiconque cause la mort d'une personne en commettant ou tentant de commettre une infraction prévue à l'un des articles suivants:

- a) article 76.1 (détournement d'aéronef);
- b) article 246.1 (agression sexuelle);
- c) article 246.2 (agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infraction de lésions corporelles);
- d) article 246.3 (agression sexuelle grave); ou
- e) article 247 (enlèvement et séquestration).

669. Le bénéfice de la libération conditionnelle est subordonné, en cas de condamnation à l'emprisonnement à perpétuité

- a) pour haute trahison ou meurtre au premier degré, à l'accomplissement d'au moins vingt-cinq ans de la peine;

Le jugement du tribunal d'instance inférieure

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 179

Le seul moyen d'appel dont a été saisie la cour était de savoir si la disposition du par. 214(5) du *Code criminel* portant que le meurtre commis pendant la perpétration ou la tentative de perpétration d'une agression sexuelle est un meurtre au premier degré viole les droits garantis à l'appelant en vertu de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte*.

first, that the principles established in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, apply to s. 214(5), rendering it invalid, and second, that the arbitrary nature of the distinction between first and second degree murder in s. 214(5) is inconsistent with ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

In respect of the first argument, the Court considered the applicability of this Court's decision in *Vaillancourt*. The Court of Appeal held that *Vaillancourt* is concerned with the elements essential to the creation of an offence, not with sentencing after an offence has been established. It expressed this view, at pp. 187-88, in the following way:

The appellant, if he is to succeed in bringing his challenge to s. 214(5) within the ambit of *Vaillancourt*, supra, must establish that the classification of first and second degree murder creates an offence lacking the necessary element of mens rea. This he cannot do. First, s. 214(5) does not create an offence. The Supreme Court of Canada has held that the effect of s. 214(5) is to classify offences that have been found to be murder under other provisions of the Code: *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618 . . . This decision makes it clear that s. 214(5) is not a substantive provision creating a new offence, but rather merely classifies for purposes of sentencing offences that have already been found to be murder under the Criminal Code . . .

Second, the classification effected by s. 214(5) does not exclude mens rea. Rather, mens rea is presupposed by the existence of a valid conviction for murder under s. 212 or 213 of the Criminal Code, without which s. 214(5) does not come into play.

Since s. 214 is not concerned with defining the elements of an offence and does not exclude mens rea, *Vaillancourt* has no application.

As regards the appellant's second argument, the Court of Appeal held that the sentencing scheme set up by ss. 214(5) and 669 of the *Criminal Code* meets the requirements of fundamental justice. The Court noted that s. 214(5) is calculated to deprive a person convicted of first degree murder of liberty beyond that of a person convicted of second degree murder. The issue is whether this

L'appelant a présenté deux arguments à cet égard: premièrement, les principes établis dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, s'appliquent au par. 214(5), le rendant invalide et deuxièmement, la nature arbitraire de la distinction entre le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré établie au par. 214(5) est incompatible avec l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*.

À l'égard du premier argument, la cour a examiné l'applicabilité de l'arrêt *Vaillancourt* de notre Cour. La Cour d'appel a conclu que l'arrêt *Vaillancourt* porte sur les éléments essentiels à la création d'une infraction, non sur la détermination de la peine après que l'existence d'une infraction a été établie. Elle a exprimé cette opinion ainsi, aux pp. 187 et 188:

[TRADUCTION] S'il doit réussir à faire relever sa contestation du par. 214(5) de la portée de l'arrêt *Vaillancourt*, précité, l'appelant doit établir que la classification de meurtre au premier et au deuxième degré crée une infraction dont est absent l'élément nécessaire de la mens rea. Il ne peut pas le faire. Premièrement, le par. 214(5) ne crée pas une infraction. La Cour suprême du Canada a conclu que le par. 214(5) a pour effet de classer des infractions qu'on a jugé constituer des meurtres en vertu d'autres dispositions du Code: *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618 [. . .] Cet arrêt établit clairement que le par. 214(5) n'est pas une disposition de fond qui crée une nouvelle infraction, mais qu'il classe simplement, aux fins de déterminer la peine, des infractions qu'on a déjà jugé constituer des meurtres en vertu du Code criminel . . .

Deuxièmement, la classification établie par le par. 214(5) n'exclut pas la mens rea. La mens rea est plutôt presupposée par l'existence d'une déclaration valide de culpabilité de meurtre en vertu de l'art. 212 ou de l'art. 213 du Code criminel, sans quoi le par. 214(5) n'entre pas en jeu.

Puisque l'art. 214 ne définit pas les éléments d'une infraction et qu'il n'exclut pas la mens rea, l'arrêt *Vaillancourt* n'est pas applicable.

Quant au second argument de l'appelant, la Cour d'appel a conclu que le régime de détermination de la peine établi par le par. 214(5) et l'art. 669 du *Code criminel* satisfait aux exigences de la justice fondamentale. La cour a fait remarquer que le par. 214(5) est conçu de manière à priver une personne reconnue coupable de meurtre au premier degré de plus de liberté qu'une personne

distinction is contrary to the principles of fundamental justice. The Court of Appeal accepted that in a fair and just penal system there should be a general correlation between the imposition of harsh penalties and the seriousness of the offence and that distinctions in sentencing schemes should not be arbitrary or irrational. By the same token, however, the Court of Appeal stated that many factors other than the accused's degree of moral blameworthiness must be considered. General deterrence, the degree of the perceived danger to the public and the prevalence of certain types of offences are a few of the factors that Parliament must consider in developing a sentencing scheme. The Court held, therefore, that the fact that a harsher sentence may be imposed for one offence than for another offence which is arguably more blameworthy, does not mean that the scheme that permits the sentence violates s. 7 of the *Charter*.

In addition, the Court of Appeal relied on this Court's decision in *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618, for the view that there is a rational justification for the distinction between first and second degree murder drawn by s. 214(5) of the *Code*. The following passage from *Paré*, at p. 633 was quoted by the Court of Appeal:

The offences listed in s. 214(5) are all offences involving the unlawful domination of people by other people. Thus an organizing principle for s. 214(5) can be found. This principle is that where a murder is committed by someone already abusing his power by illegally dominating another, the murder should be treated as an exceptionally serious crime. Parliament has chosen to treat these murders as murders in the first degree.

The Court of Appeal concluded that it could not, therefore, be contended that the distinction is arbitrary and irrational. As a result, as long as Parliament's policy choice was not arbitrary or irrational, it must be respected. The appeal was, accordingly, dismissed.

reconnue coupable de meurtre au second degré. Il s'agit de savoir si cette distinction est contraire aux principes de justice fondamentale. La Cour d'appel a reconnu que dans un système pénal juste et équitable il doit y avoir une corrélation générale entre la sévérité de la peine et la gravité de l'infraction et que les distinctions dans les régimes de détermination de la peine ne doivent être ni arbitraires ni irrationnelles. En même temps, la Cour d'appel a cependant dit qu'il faut tenir compte de nombreux facteurs autres que le degré de culpabilité morale de l'accusé. La dissuasion générale, le degré de danger perçu pour le public et la prédominance de certains types d'infractions sont quelques-uns des facteurs que le Parlement doit considérer en établissant un régime de détermination de la peine. La cour a donc conclu que le fait qu'une infraction puisse être sanctionnée par une peine plus sévère qu'une autre infraction qu'on peut prétendre plus répréhensible ne signifie pas que le régime qui autorise la peine viole l'art. 7 de la *Charte*.

De plus, la Cour d'appel s'est fondée sur l'arrêt de notre Cour *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618, pour dire qu'il existe une justification rationnelle à la distinction entre meurtre au premier et au deuxième degré établie par le par. 214(5) du *Code*. La Cour d'appel a cité l'extrait suivant de la p. 633 de l'arrêt *Paré*:

Les infractions énumérées au par. 214(5) comportent toutes un élément de domination illégale de certaines personnes par d'autres personnes. On peut donc dégager du par. 214(5) un principe directeur. Suivant ce principe, lorsqu'un meurtre est perpétré par une personne qui commet déjà un abus de pouvoir en dominant illégalement une autre personne, ce meurtre doit être traité comme un crime exceptionnellement grave. Aussi, le législateur a-t-il décidé d'assimiler ce type de meurtres à des meurtres au premier degré.

La Cour d'appel a conclu qu'on ne pouvait donc pas prétendre que la distinction est arbitraire et irrationnelle. En conséquence, comme le choix de principe du Parlement n'est ni arbitraire ni irrationnel, il doit être respecté. L'appel a donc été rejeté.

Issues

The following constitutional questions were stated by Chief Justice Dickson:

1. Does s. 213(a) of the *Criminal Code* (as it read in November 1984) contravene the rights and freedoms guaranteed by s. 7 and/or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is affirmative, is s. 213(a) of the *Criminal Code* (as it read in November 1984) justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?
3. Does s. 214(5) of the *Criminal Code* (as it read in November 1984) contravene the rights and freedoms guaranteed by s. 7 of the *Charter*?
4. If the answer to question 3 is affirmative, is s. 214(5) of the *Criminal Code* (as it read in November 1984) justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Analysis

For the reasons I have stated in *R. v. Martineau*, s. 213(a) of the *Criminal Code* is of no force or effect, and the first two constitutional questions should, therefore, be answered accordingly. The third and fourth constitutional questions require an analysis of s. 214(5) of the *Criminal Code*. The main argument of the appellant, as regards his constitutional challenge of the section, is that it is arbitrary and irrational and thereby offends s. 7 of the *Charter*. In my view, this submission is answered by this Court's judgment in *Paré, supra*. In that case a unanimous seven person panel affirmed that s. 214 is a classification section concerned with sentencing and does not create a substantive offence. Wilson J., speaking for the Court, put it this way at p. 625:

It is clear from a reading of these provisions that s. 214 serves a different function from ss. 212 and 213. Sections 212 and 213 create the substantive offence of murder. Section 214 is simply concerned with classifying for sentencing purposes the offences created by ss. 212 and 213. It tells us whether the murder is first degree or second degree. This view of s. 214 was expressly adopted

Les questions en litige

Le juge en chef Dickson a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

- a 1. L'alinéa 213a) du *Code criminel* (tel qu'il était formulé en novembre 1984) porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- b 2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'al. 213a) du *Code criminel* (tel qu'il était formulé en novembre 1984) est-il justifié par l'article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?
- c 3. Le paragraphe 214(5) du *Code criminel* (tel qu'il était formulé en novembre 1984) enfreint-il les droits et libertés garantis par l'art. 7 de la *Charte*?
- d 4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, le par. 214(5) du *Code criminel* (tel qu'il était formulé en novembre 1984) est-il justifié par l'article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

e Analyse

Pour les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *R. c. Martineau*, l'al. 213a) du *Code criminel* est inopérant et les deux premières questions constitutionnelles doivent donc recevoir la réponse qui s'impose. Les troisième et quatrième questions constitutionnelles exigent une analyse du par. 214(5) du *Code criminel*. Dans sa contestation de la constitutionnalité de ce paragraphe, l'appelant allègue principalement que celui-ci est arbitraire et irrationnel et qu'il contrevient ainsi à l'art. 7 de la *Charte*. À mon avis, l'arrêt *Paré*, précité, de notre Cour répond à cet argument. Dans cet arrêt, une formation de sept juges a affirmé à l'unanimité que l'art. 214 est une disposition qui établit une classification aux fins de la détermination de la peine, et non une disposition qui crée une infraction matérielle précise. Le juge Wilson affirme, au nom de la Cour, à la p. 625:

Il est évident à la lecture de ces dispositions que l'art. 214 remplit une fonction différente de celle des art. 212 et 213. Ces derniers créent l'infraction matérielle précise de meurtre. L'article 214, par contre, ne fait que classer aux fins de la détermination de la sentence les infractions prévues aux art. 212 et 213. Il nous dit s'il s'agit d'un meurtre au premier degré ou d'un meurtre au

by this Court in *R. v. Farrant*, [1983] 1 S.C.R. 124 (*per* Dickson J. (as he then was) at p. 140) and in *Droste v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 208 (*per* Dickson J. (as he then was) at p. 218).

Indeed, the appellant concedes that s. 214(5) is a sentencing classification provision.

The argument of the appellant suggests that the sentencing scheme is flawed and in violation of s. 7 of the *Charter* because it results in the punishment of individuals that is not proportionate to the seriousness of the offences giving rise to the sentences. First, I must note that as a result of this Court's decision in *Martineau*, released concurrently, it can no longer be said that s. 214(5) has the potential to classify unintentional killings as first degree murder. A conviction for murder requires proof beyond a reasonable doubt of subjective foresight of death. Therefore, when we reach the stage of classifying murders as either first or second degree, we are dealing with individuals who have committed the most serious crime in our *Criminal Code*, and who have been proven to have done so with the highest level of moral culpability, that of subjective foresight. Section 214(5) represents a decision by Parliament to impose a more serious punishment on those found guilty of murder while committing certain listed offences.

This leads me to a second point, namely a consideration of the underlying rationale of s. 214(5). Again, I refer to the decision of this Court in *Paré*, at pp. 632-33:

All murders are serious crimes. Some murders, however, are so threatening to the public that Parliament has chosen to impose exceptional penalties on the perpetrators. One such class of murders is that found in s. 214(5), murders done while committing a hijacking, a kidnapping and forcible confinement, a rape, or an indecent assault.

The offences listed in s. 214(5) are all offences involving the unlawful domination of people by other people. Thus an organizing principle for s. 214(5) can be found. This

deuxième degré. Cette conception de l'art. 214 a été expressément adoptée par cette Cour dans l'arrêt *R. c. Farrant*, [1983] 1 R.C.S. 124 (le juge Dickson, alors juge puîné, à la p. 140), et dans l'arrêt *Droste c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 208 (le juge Dickson, alors juge puîné, à la p. 218).

En fait, l'appelant reconnaît que le par. 214(5) est une disposition qui établit une classification aux fins de la détermination de la peine.

L'argument de l'appelant porte que le régime de détermination de la peine est vicié et viole l'art. 7 de la *Charte* parce qu'il engendre des peines qui ne sont pas proportionnées à la gravité des infractions qui donnent lieu à ces peines. En premier lieu, je dois souligner que par suite de l'arrêt *Martineau* de notre Cour, rendu en même temps que celui-ci, on ne peut plus dire que le par. 214(5) comporte la possibilité de qualifier les meurtres non intentionnels de meurtres au premier degré. Une déclaration de culpabilité de meurtre exige une preuve hors de toute doute raisonnable d'une prévision subjective de la mort. Par conséquent, quand nous arrivons au stade de la classification en meurtre au premier ou au deuxième degré, nous avons affaire à des individus qui ont commis le crime le plus grave dans notre *Code criminel* et au sujet desquels on a prouvé qu'ils ont agi avec le plus haut niveau de culpabilité morale, celui de la prévision subjective. Le paragraphe 214(5) représente une décision du Parlement d'imposer une punition plus sévère aux personnes déclarées coupables d'avoir commis un meurtre pendant qu'elles commettaient certaines infractions énumérées.

Cela m'amène au second point, l'examen de la justification fondamentale du par. 214(5). À nouveau, je renvoie à l'arrêt *Paré* de notre Cour, aux pp. 632 et 633:

Tout meurtre est un crime grave. Certains meurtres, cependant, sont à ce point menaçants pour le public que le législateur a choisi d'imposer à leurs auteurs des peines exceptionnelles. Font partie de cette catégorie, les meurtres énoncés au par. 214(5), c'est-à-dire ceux concomitants de la perpétration d'un détournement d'aéronef, d'un enlèvement et d'une séquestration, d'un viol ou d'un attentat à la pudeur.

Les infractions énumérées au par. 214(5) comportent toutes un élément de domination illégale de certaines personnes par d'autres personnes. On peut donc dégager

principle is that where a murder is committed by someone already abusing his power by illegally dominating another, the murder should be treated as an exceptionally serious crime. Parliament has chosen to treat these murders as murders in the first degree.

I can find no principle of fundamental justice that prevents Parliament, guided by the organizing principle identified by this Court in *Paré*, from classifying murders done while committing certain underlying offences as more serious, and thereby attaching more serious penalties to them. In the case of the distinction between first and second degree murder, the difference is a maximum extra fifteen years that must be served before one is eligible for parole. This distinction is neither arbitrary nor irrational. The section is based on an organizing principle that treats murders committed while the perpetrator is illegally dominating another person as more serious than other murders. Further, the relationship between the classification and the moral blameworthiness of the offender clearly exists. Section 214 only comes into play when murder has been proven beyond a reasonable doubt. In light of *Martineau*, this means that the offender has been proven to have had subjective foresight of death. Parliament's decision to treat more seriously murders that have been committed while the offender is exploiting a position of power through illegal domination of the victim accords with the principle that there must be a proportionality between a sentence and the moral blameworthiness of the offender and other considerations such as deterrence and societal condemnation of the acts of the offender. Therefore, I conclude that in so far as s. 214(5) is neither arbitrary nor irrational, it does not infringe upon s. 7 of the *Charter*. I note that in this appeal there was no argument made as regards s. 12 of the *Charter*, although that issue was raised in a case heard and disposed of concurrently, *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711.

du par. 214(5) un principe directeur. Suivant ce principe, lorsqu'un meurtre est perpétré par une personne qui commet déjà un abus de pouvoir en dominant illégalement une autre personne, ce meurtre doit être traité comme un crime exceptionnellement grave. Aussi, le législateur a-t-il décidé d'assimiler ce type de meurtres à des meurtres au premier degré.

Je ne puis trouver de principe de justice fondamentale qui empêche le Parlement, guidé par le principe directeur que notre Cour a identifié dans l'arrêt *Paré*, de qualifier de plus graves les meurtres concomitants de la perpétration de certaines infractions sous-jacentes et, ainsi, de les assortir de peines plus graves. Dans le cas de la distinction entre le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré, la différence est qu'un maximum de quinze années supplémentaires d'incarcération doivent être purgées avant que quelqu'un soit admissible à la libération conditionnelle. Cette distinction n'est ni arbitraire ni irrationnelle. Le paragraphe est fondé sur un principe directeur qui considère que le meurtre commis pendant que son auteur domine illégalement une autre personne est plus grave qu'un autre meurtre. De plus, il y a nettement un rapport entre la classification et la culpabilité morale du délinquant. L'article 214 n'entre en jeu que lorsque l'existence d'un meurtre a été établie hors de tout doute raisonnable. Compte tenu de l'arrêt *Martineau*, cela signifie qu'on doit démontrer que le délinquant avait prévu subjectivement la mort. La décision du Parlement de traiter plus sévèrement les meurtres commis pendant que leur auteur exploitait une situation de puissance par la domination illégale de la victime est conforme au principe qu'il doit y avoir proportionnalité entre une peine et la culpabilité morale du délinquant, ainsi qu'à d'autres considérations comme la dissuasion et la réprobation sociale des actes du délinquant. Par conséquent, je conclus que, dans la mesure où le par. 214(5) n'est ni arbitraire ni irrationnel, il ne contrevient pas à l'art. 7 de la *Charte*. Je fais remarquer qu'aucun argument n'a été avancé dans ce pourvoi concernant l'art. 12 de la *Charte*, bien que ce point ait été soulevé dans le pourvoi *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711, entendu et tranché en même temps que celui-ci.

The remaining issue in this case is whether s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* should be applied. On the facts of this case I would apply s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, and uphold the conclusion of the jury that the appellant was guilty of first degree murder. I first note that the trial judge instructed the jury on s. 212(a) of the *Code*. Further, in order to convict the appellant of first degree murder, the jury must have found that the appellant caused the death of the victim in the course of a sexual assault. The only evidence before the jury as to a sexual assault was the testimony of the witness Barr to whom the appellant made certain statements. Accordingly, it is clear that the jury must have also accepted the testimony of Barr as to how the appellant killed the victim. According to Barr, the appellant told him that he went with the victim to a cabin where he grabbed her and attempted to force her to perform an act of fellatio. The victim resisted, there was an argument and she ran away. The appellant got in his car and ran over her. He stopped the car, got out and smashed her head with a rock. The appellant further told Barr that he took the body down a trail and hid it. He then went to buy gas and oil from a Canadian Tire store, got a shovel from his father, put the body in a pit and set it ablaze. Therefore, even with the error in leaving s. 213 with the jury, I am convinced that no jury acting reasonably could have returned any verdict other than guilty of murder. It is plain from the jury's verdict that it rejected the possibility that the appellant killed the victim after the commission of the sexual assault, and rather found that the sexual assault and the killing were part of one continuing sequence of events so as to form a single transaction. It is not conceivable that the jury, accepting Barr's evidence to convict the appellant of first degree murder, could have rejected his evidence as to how the appellant caused the victim's death. The nature of the injuries suffered by the victim coupled with the description of the attack by the appellant on the

La dernière question dans ce pourvoi est de savoir s'il convient d'appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Vu les faits de l'espèce, je suis d'avis d'appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* et de confirmer la conclusion du jury que l'appelant est coupable de meurtre au premier degré. Je souligne en premier lieu que le juge du procès a donné au jury des directives sur l'al. 212a) du *Code*. En outre, pour reconnaître l'appelant coupable de meurtre au premier degré, le jury doit avoir conclu que l'appelant a causé la mort de la victime au cours d'une agression sexuelle. La seule preuve d'agression sexuelle dont disposait le jury est le témoignage de Barr à qui l'appelant a fait certaines déclarations. Par conséquent, il est clair que le jury doit également avoir accepté le témoignage de Barr quant à la manière dont l'appelant a tué la victime. Selon Barr, l'appelant lui a dit s'être rendu avec la victime dans une cabane où il l'a saisie et a tenté de la forcer à pratiquer la fellation. La victime a résisté, il y a eu une dispute et elle s'est enfuie en courant. L'appelant est monté dans sa voiture et lui est passé sur le corps. Il a stoppé la voiture, en est sorti et lui a fracassé la tête avec une pierre. L'appelant a aussi dit à Barr avoir amené le corps dans un sentier et l'avoir caché. Il est alors allé acheter de l'essence et de l'huile à un magasin Canadian Tire, il a pris une pelle chez son père, a placé le corps dans une fosse et y a mis le feu. Par conséquent, malgré l'erreur qui a consisté à soumettre l'art. 213 à l'appréciation du jury, je suis convaincu qu'aucun jury agissant de manière raisonnable n'aurait pu prononcer autre chose qu'un verdict de culpabilité de meurtre. Le verdict du jury montre clairement qu'il a rejeté la possibilité que l'appelant ait tué la victime après la perpétration de l'agression sexuelle, et qu'il a plutôt conclu que l'agression sexuelle et le meurtre faisaient partie d'une suite ininterrompue d'événements de manière à constituer une seule affaire. Il est inconcevable que le jury, ayant accepté le témoignage de Barr pour reconnaître l'appelant coupable de meurtre au premier degré, ait pu rejeter son témoignage quant à la manière dont l'appelant a causé la mort de la victime. La nature des blessures de la victime, jointe à la description de l'attaque de l'appelant contre elle, ne me laisse aucun doute

victim leave me with no doubt that a reasonable jury could come to any other conclusion than a verdict of guilty of murder pursuant to s. 212(a).

I would, accordingly, dismiss the appeal and answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 213(a) of the *Criminal Code* (as it read in November 1984) contravene the rights and freedoms guaranteed by s. 7 and/or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. Yes.

2. If the answer to question 1 is affirmative, is s. 213(a) of the *Criminal Code* (as it read in November 1984) justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

A. No.

3. Does s. 214(5) of the *Criminal Code* (as it read in November 1984) contravene the rights and freedoms guaranteed by s. 7 of the *Charter*?

A. No.

4. If the answer to question 3 is affirmative, is s. 214(5) of the *Criminal Code* (as it read in November 1984) justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

A. In light of the answer to question 3, this question does not have to be answered.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—While I agree with Chief Justice Lamer's resolution of this appeal, given my position in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, released concurrently, I wish to add the following remarks, particularly regarding s. 214(5) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34.

As the facts and relevant legislation have been recounted by my colleague, I will not restate them. The following constitutional questions were framed by Chief Justice Dickson:

1. Does s. 213(a) [now s. 230(a)] of the *Criminal Code* (as it read in November 1984) contravene the rights

quant à savoir si un jury raisonnable aurait pu rendre un autre verdict que celui de culpabilité de meurtre en application de l'al. 212a).

a Je suis par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. L'alinéa 213a) du *Code criminel* (tel qu'il était formulé en novembre 1984) porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. Oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'al. 213a) du *Code criminel* (tel qu'il était formulé en novembre 1984) est-il justifié par l'article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

d R. Non.

3. Le paragraphe 214(5) du *Code criminel* (tel qu'il était formulé en novembre 1984) enfreint-il les droits et libertés garantis par l'art. 7 de la *Charte*?

e R. Non.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, le par. 214(5) du *Code criminel* (tel qu'il était formulé en novembre 1984) est-il justifié par l'article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

f R. Compte tenu de la réponse à la troisième question, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

g

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Bien que je sois d'accord avec le dispositif de l'opinion du juge en chef Lamer, compte tenu mon opinion dans l'arrêt *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, rendu ce jour, je désire faire les remarques suivantes, particulièrement en ce qui concerne le par. 214(5) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34.

Mon collègue a exposé les faits et les dispositions législatives pertinentes et je ne les répéterai pas. Le juge en chef Dickson a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. L'alinéa 213a) [maintenant l'al. 230a)] du *Code criminel* (tel qu'il était formulé en novembre 1984)

and freedoms guaranteed by ss. 7 and/or 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If the answer to question 1 is affirmative, is s. 213(a) of the *Criminal Code* (as it read in November 1984) justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?
3. Does s. 214(5) [now s. 231(5)] of the *Criminal Code* (as it read in November 1984) contravene the rights and freedoms guaranteed by s. 7 of the *Charter*?
4. If the answer to question 3 is affirmative, is s. 214(5) of the *Criminal Code* (as it read in November 1984) justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

For the reasons stated in *Martineau*, I am of the view that the first question must be answered in the negative, and therefore the second question need not be answered. I would also answer question 3 in the negative, relying principally on McLachlin J.A.'s (now of this Court) opinion, writing for the British Columbia Court of Appeal (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 179.

In *Martineau*, the sole issue was the constitutionality of s. 213(a). Under s. 213(a), a whole series of requirements must be met before an accused can be convicted for murder. While I disagreed with my colleague's introduction of subjective foresight of death as the exclusive constitutional standard to be applied for the crime of murder, I do agree with his assessment in *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711, at p. 720, released concurrently, that "[t]he distinction between first and second degree murder only comes into play when it has first been proven beyond a reasonable doubt that the offender is guilty of murder".

In order to be found guilty of first degree murder under s. 214(5), the offender must have committed murder while "abusing his power by illegally dominating another": *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618, at p. 633. This is in addition to the stringent criteria for the crime of murder itself; either subjective foresight of death, and/or the

porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'al. 213a) du *Code criminel* (tel qu'il était formulé en novembre 1984) est-il justifié par l'article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?
3. Le paragraphe 214(5) [maintenant le par. 231(5)] du *Code criminel* (tel qu'il était formulé en novembre 1984) enfreint-il les droits et libertés garantis par l'art. 7 de la *Charte*?
4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, le par. 214(5) du *Code criminel* (tel qu'il était formulé en novembre 1984) est-il justifié par l'article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Pour les motifs exposés dans l'affaire *Martineau*, la première question doit à mon avis recevoir une réponse négative et il n'est donc pas nécessaire de répondre à la deuxième question. Essentiellement pour les motifs du juge McLachlin (maintenant de notre Cour), qui a rédigé l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 179, je suis également d'avis de répondre à la troisième question par la négative.

Le seul point en litige dans l'affaire *Martineau* était la constitutionnalité de l'al. 213a). En vertu de cet alinéa, toute une série d'exigences doivent être respectées pour qu'un accusé puisse être reconnu coupable de meurtre. Bien que je ne sois pas d'accord avec mon collègue lorsqu'il introduit la prévision subjective de la mort comme norme constitutionnelle exclusive à appliquer au crime de meurtre, je suis d'accord avec lui lorsqu'il dit dans l'arrêt *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711, à la p. 720, rendu ce jour, que «[l]a distinction entre le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré n'entre en jeu qu'après qu'il a été établi hors de tout doute raisonnable que le délinquant est coupable de meurtre».

Pour être reconnu coupable de meurtre au premier degré en vertu du par. 214(5), l'accusé doit avoir commis le meurtre pendant qu'il commettait «un abus de pouvoir en dominant illégalement une autre personne»: *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618, à la p. 633. Cette exigence s'ajoute aux critères stricts applicables au crime de meurtre lui-même:

commission of a predicate crime included in a circumscribed list of offences under s. 213, combined with the concomitant intentional infliction of bodily harm resulting in death. When all of these factors are consolidated, it is certainly appropriate for Parliament to impose its most severe punishment.

After citing this Court's decision in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, McLachlin J.A. held, at pp. 187-88 that:

... Parliament cannot, in the absence of moral blameworthiness established by the objective foreseeability of killing, make homicide murder. However, Parliament may, in the same circumstances, impose heavy sentences equivalent to those imposed for murder when this is necessary to deter particular types of conduct.

The appellant, if he is to succeed in bringing his challenge to s. 214(5) within the ambit of *Vaillancourt*, supra, must establish that the classification of first and second degree murder creates an offence lacking the necessary element of mens rea. This he cannot do. First, s. 214(5) does not create an offence.

Second, the classification effected by s. 214(5) does not exclude mens rea. Rather, mens rea is presupposed by the existence of a valid conviction for murder under s. 212 or 213 of the Criminal Code, without which s. 214(5) does not come into play. [Emphasis added.]

McLachlin J.A. also addressed, at p. 189, the contention that s. 214(5) is inconsistent with ss. 7 and 11(d) of the *Charter* because the distinction between first and second degree murder is arbitrary and unrelated to the moral blameworthiness of the accused:

I note initially that it is only s. 7 of the *Charter* which is of concern in this case. The presumption of innocence enshrined in s. 11(d) of the *Charter* can play no role, because before s. 214(5) can come into play the accused must first have been found guilty of murder. Thus, the only question is whether s. 214(5) deprives an accused of "life, liberty or security of person" in a manner which is not consistent with the principles of fundamental justice.

la prévision subjective de la mort ou la perpétration d'un crime compris dans une liste restreinte d'infractions énumérées à l'art. 213, ou les deux à la fois, jointe à l'infliction intentionnelle concomitante de lésions corporelles causant la mort. Lorsque tous ces facteurs sont réunis, il est certes approprié que le Parlement impose la peine la plus sévère.

Après avoir cité l'arrêt de notre Cour *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, le juge McLachlin fait observer, aux pp. 187 et 188, que

[TRADUCTION] ... le Parlement ne peut, en l'absence de culpabilité morale établie par la prévisibilité objective de la mort, faire de l'homicide un meurtre. Le Parlement peut cependant, dans les mêmes circonstances, imposer des peines sévères qui équivalent à celles qui sont imposées pour le meurtre, lorsque cela est nécessaire pour dissuader les gens d'adopter certains types de conduite.

S'il doit réussir à faire relever sa contestation du par. 214(5) de la portée de l'arrêt *Vaillancourt*, précité, l'appelant doit établir que la classification de meurtre au premier et au deuxième degré crée une infraction dont est absent l'élément nécessaire de la mens rea. Il ne peut pas le faire. Premièrement, le par. 214(5) ne crée pas une infraction.

Deuxièmement, la classification établie par le par. 214(5) n'exclut pas la mens rea. La mens rea est plutôt présumée par l'existence d'une déclaration valide de culpabilité de meurtre en vertu de l'art. 212 ou de l'art. 213 du Code criminel, sans quoi le par. 214(5) n'entre pas en jeu. [Je souligne.]

Le juge McLachlin discute également, à la p. 189, de l'argument portant que le par. 214(5) est incompatible avec l'art. 7 et avec l'al. 11(d) de la *Charte* parce que la distinction entre le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré est arbitraire et sans rapport avec la culpabilité morale de l'accusé:

[TRADUCTION] Je remarque d'abord que seul l'art. 7 de la *Charte* nous intéresse en l'espèce. La présomption d'innocence enchâssée à l'al. 11(d) de la *Charte* ne saurait jouer aucun rôle parce que, pour que le par. 214(5) puisse entrer en jeu, l'accusé doit d'abord avoir été reconnu coupable de meurtre. Ainsi, la seule question est de savoir si le par. 214(5) prive un accusé de «la vie, [de] la liberté [ou de] la sécurité de sa personne» d'une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale.

With respect to this latter issue of sentencing and its affiliation to moral blameworthiness, McLachlin J.A. concluded at pp. 189-90 that:

... it must be recognized that many factors other than the accused's degree or [*sic*] moral blameworthiness must be considered by Parliament in establishing a sentencing scheme. General deterrence, the degree of perceived danger to the public and the prevalence of certain types of offences are only some of the other considerations which Parliament may properly consider. It follows that the mere fact that a harsher sentence may be imposed for one offence than for another offence which is arguably more blameworthy does not mean that the scheme that permits the sentence violates s. 7 of the Charter.

Many factors entered into the determination of an appropriate penalty for a particular offence; the degree of blameworthiness is only one. The question is one of policy, to be determined by Parliament. So long as Parliament does not act irrationally or arbitrarily or in a manner otherwise inconsistent with the fundamental principles of justice, its choice must be upheld. [Emphasis added.]

I agree with the above characterization of both the legislation and Parliament's prerogative with respect to establishing a sentencing scheme. Therefore, while I concur with Lamer C.J.'s ultimate disposition, I would dismiss the appeal for the reasons of the British Columbia Court of Appeal. I would answer the constitutional questions posed as follows:

1. Does s. 213(a) [now s. 230(a)] of the *Criminal Code* (as it read in November 1984) contravene the rights and freedoms guaranteed by ss. 7 and/or 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. No.

2. If the answer to question 1 is affirmative, is s. 213(a) of the *Criminal Code* (as it read in November 1984) justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

A. This question need not be answered.

Concernant cette dernière question de la détermination de la peine et de son lien avec la culpabilité morale, le juge McLachlin conclut, aux pp. 189 et 190:

[TRADUCTION] ... il faut reconnaître que le Parlement doit tenir compte de nombreux facteurs autres que le degré de culpabilité morale de l'accusé dans l'établissement d'un régime de détermination de la peine. La dissuasion générale, le degré de danger perçu pour le public et la prédominance de certains types d'infractions ne sont que quelques-uns des autres facteurs dont le Parlement est fondé à tenir compte. Il s'ensuit que le seul fait qu'une infraction puisse être sanctionnée par une peine plus sévère qu'une autre infraction qu'on peut prétendre plus répréhensible ne signifie pas que le régime qui autorise la peine viole l'art. 7 de la Charte.

De nombreux facteurs entrent dans la détermination d'une peine appropriée à une infraction donnée; le degré de culpabilité morale n'est qu'un de ceux-ci. C'est une question de principe qui doit être tranchée par le Parlement. Tant que le Parlement n'agit pas d'une manière irrationnelle ou arbitraire ou d'une manière par ailleurs incompatible avec les principes de justice fondamentale, son choix doit être respecté. [Je souligne.]

Je suis d'accord avec cette qualification de la disposition législative et de la prerogative du Parlement concernant l'établissement d'un régime de détermination de la peine. Par conséquent, bien que je souscrive au dispositif du juge Lamer, je rejetterais le pourvoi pour les motifs exprimés par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. L'alinéa 213a) [maintenant l'al. 230a)] du *Code criminel* (tel qu'il était formulé en novembre 1984) porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. Non.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'al. 213a) du *Code criminel* (tel qu'il était formulé en novembre 1984) est-il justifié par l'article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

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

3. Does s. 214(5) [now s. 231(5)] of the *Criminal Code* (as it read in November 1984) contravene the rights and freedoms guaranteed by s. 7 of the *Charter*?

A. No.

4. If the answer to question 3 is affirmative, is s. 214(5) of the *Criminal Code* (as it read in November 1984) justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

A. This question need not be answered.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—I agree with Chief Justice Lamer that the appeal must be dismissed pursuant to s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. With respect to s. 213(a), I would answer the constitutional questions in the manner proposed by Lamer C.J. I would do so for the reasons I gave in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633. With respect to s. 214(5), I agree with Lamer C.J. except to the extent that he relies on the view that murder, and hence first degree murder, constitutionally requires subjective foresight of death.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Robert R. Lawler, Victoria.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Nanaimo.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

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

3. Le paragraphe 214(5) [maintenant le par. 231(5)] du *Code criminel* (tel qu'il était formulé en novembre 1984) enfreint-il les droits et libertés garantis par l'art. 7 de la *Charte*?

a R. Non.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, le par. 214(5) du *Code criminel* (tel qu'il était formulé en novembre 1984) est-il justifié par l'article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

b

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

Version française des motifs rendus par

c

LE JUGE SOPINKA—Je suis d'accord avec le juge en chef Lamer pour dire que le pourvoi doit être rejeté conformément au sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Quant à l'al. 213a), je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la manière proposée par le juge en chef Lamer. Je suis d'avis de le faire pour les raisons que j'ai exposées dans l'affaire *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633. En ce qui concerne le par. 214(5), je partage l'opinion du juge en chef Lamer sauf dans la mesure où il se fonde sur le point de vue que le meurtre, et partant, le meurtre au premier degré, exige constitutionnellement la prévision subjective de la mort.

d

e

f

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appellant: Robert R. Lawler, Victoria.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Nanaimo.

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

h

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

i

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

j

Robert Nelson Luxton *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba and the Attorney General of British Columbia *Intervenors*

INDEXED AS: R. V. LUXTON

File No.: 21252.

1990: March 26, 27; 1990: September 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Constructive murder — Whether s. 213(a) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter — Whether s. 214(5)(e) of the Criminal Code violates ss. 7, 9 or 12 of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 213(a), 214(5)(e).

Criminal law — Constructive murder — Whether s. 213(a) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter — Whether s. 214(5)(e) of the Criminal Code violates ss. 7, 9 or 12 of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter.

Appellant was convicted of first degree murder as a result of culpable homicide committed during unlawful confinement: the victim, a cab driver, died of multiple stab wounds after being held at knife-point and robbed. The appellant had told police on his arrest that he had been drinking and taking drugs before getting into the cab. An appeal from conviction to the Court of Appeal

* Chief Justice at the time of hearing.

** Chief Justice at the time of judgment.

Robert Nelson Luxton *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

a

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba et le procureur général de la Colombie-Britannique *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. C. LUXTON

c N° du greffe: 21252.

1990: 26, 27 mars; 1990: 13 septembre.

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

d

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Meurtre par imputation — L'article 213a) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — L'article 214(5)e) du Code criminel viole-t-il les art. 7, 9 ou 12 de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9 — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 213a), 214(5)e).

Droit criminel — Meurtre par imputation — L'article 213a) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — L'article 214(5)e) du Code criminel viole-t-il les art. 7, 9 ou 12 de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?

L'appellant a été reconnu coupable de meurtre au premier degré par suite d'un homicide coupable commis au cours d'une séquestration. La victime, un chauffeur de taxi, est décédée des suites de plusieurs coups de couteau après avoir été détenue à la pointe d'un couteau et volée. L'appellant a raconté à la police lors de son arrestation qu'il avait bu et consommé de la drogue

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

** Juge en chef à la date du jugement.

was dismissed. Six constitutional questions were stated in this Court: (1) whether s. 213(a) of the *Criminal Code* contravened ss. 7 and/or 11(d) of the *Charter*, and (2), if so, whether s. 213(a) was justified by s. 1; (3) whether s. 214(5)(e) was inconsistent with s. 7 of the *Charter*; (4) whether s. 214(5)(e) in combination with s. 669(a) of the *Code* was inconsistent with ss. 7, 9 and 12 of the *Charter* or (5) infringed s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*; and (6), if questions 3 or 4 were answered in the affirmative, whether s. 214(5)(e) was justified by s. 1 of the *Charter*.

Held: The appeal should be dismissed. The first constitutional question should be answered in the affirmative, the second through fifth in the negative and the sixth needed not be answered.

Per Dickson C.J. and Lamer C.J. and Wilson, Gonthier and Cory JJ.: The first constitutional question was answered in the affirmative and the second in the negative for the reasons given in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; the third was answered in the negative for the reasons given in *R. v. Arkell*, [1990] 2 S.C.R. 695.

The combined effect of s. 214(5)(e) and s. 669 accords with the principles of fundamental justice assuming those principles require that differing degrees of moral blameworthiness in different offences be reflected in differential sentences and that sentences be individualized. Even in the most serious cases, Parliament has provided for some sensitivity to the individual circumstances when it comes to sentencing.

The combination of s. 214(5)(e) and s. 669 do not violate any principle of fundamental justice or s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*. Rather, it clearly demonstrates a proportionality between the moral turpitude of the offender and the malignity of the offence and accords with the other objectives of a system of sentencing. The added element of forcible confinement, in the context of murder, markedly enhances the offender's moral blameworthiness. Parliament's decision to elevate murders committed during forcible confinement to first degree murder is consonant with the principle of proportionality between the blameworthiness of the offender and the punishment. Further, it is consistent with the individualization of sentencing especially since only those who have killed with subjective foresight of death while also committing the offence of forcible confinement are subjected to that punishment.

avant de monter dans le taxi. La Cour d'appel a rejeté un appel de la déclaration de culpabilité. Six questions constitutionnelles ont été formulées en notre Cour: (1) savoir si l'al. 213a) du *Code criminel* contrevient à l'art. 7 ou à l'al. 11d) de la *Charte*, ou aux deux à la fois, et (2), dans l'affirmative, si l'al. 213a) est justifié par l'article premier; (3) si l'al. 214(5)e) est incompatible avec l'art. 7 de la *Charte*; (4) si l'al. 214(5)e), combiné à l'al. 669a) du *Code*, est incompatible avec les art. 7, 9 et 12 de la *Charte* ou (5) s'il enfreint l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*; et (6) au cas où la réponse aux questions 3 ou 4 serait affirmative, si l'al. 214(5)e) est justifié par l'article premier de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative, la deuxième à la cinquième, une réponse négative, et il n'est pas nécessaire de répondre à la sixième.

Le juge en chef Dickson, le juge en chef Lamer et les juges Wilson, Gonthier et Cory: La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative et la deuxième, une réponse négative, pour les motifs exposés dans l'arrêt *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; la troisième reçoit une réponse négative pour les motifs exposés dans l'arrêt *R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695.

L'effet conjugué de l'al. 214(5)e) et de l'art. 669 est conforme aux principes de justice fondamentale si on tient pour acquis que ces principes exigent que différents degrés de culpabilité morale dans différentes infractions se traduisent par des peines différentes et que la détermination de la peine doit être individualisée. Même dans les cas les plus graves, le Parlement a prévu que l'on doit tenir compte jusqu'à un certain point des circonstances particulières de chaque cas au moment de déterminer la peine.

La combinaison de l'al. 214(5)e) et de l'art. 669 ne viole aucun principe de justice fondamentale ni l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*. Plutôt, elle démontre clairement l'existence d'une proportionnalité entre la turpitude morale du délinquant et la méchanceté que traduit l'infraction, et elle est conforme aux autres objectifs d'un régime de détermination de la peine. L'élément supplémentaire de la séquestration dans le contexte de la perpétration d'un meurtre augmente sensiblement la culpabilité morale du délinquant. La décision du Parlement d'élever au niveau de meurtre au premier degré le meurtre accompli pendant une séquestration est compatible avec le principe de la proportionnalité entre la culpabilité du délinquant et la peine. Elle est en outre compatible avec l'individualisation de la détermination de la peine puisque seuls ceux qui ont tué alors qu'ils prévoyaient subjectivement la mort pendant qu'ils commettaient également l'infraction de séquestration sont passibles de cette peine.

The combination of s. 214(5)(e) and s. 669 does not demonstrate arbitrariness in contravention of s. 9 of the *Charter* merely because the statute imposes a mandatory term of imprisonment for an offence that encompasses a range of mortal turpitude. The incarceration is statutorily authorized, narrowly defines a class of offenders with respect to whom the punishment will be invoked and specifically prescribes the conditions under which an offender may be found guilty of first degree murder. Further, the policy decision of Parliament to classify these murders as first degree murders accords with the broader objectives of a sentencing scheme.

The combined effect of s. 214(5)(e) and s. 669 does not constitute cruel and unusual punishment—punishment that is grossly disproportionate and not merely excessive—contrary to s. 12 of the *Charter*. These sections provide for punishment of the most serious crime in criminal law. The punishment is not excessive and clearly does not outrage standards of decency. The penalty is deservedly severe and yet Parliament has been sensitive to the particular circumstances of each offender.

Section 613(1)(b)(iii) was not applicable here. A jury could not have reasonably reached any other verdict even if the error in leaving s. 213(a) had not occurred.

Per L'Heureux-Dubé J.: Lamer C.J.'s disposition of questions 3 through 6 were agreed with. However, for the reasons stated in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, the first question must be answered in the negative, and therefore the second question need not be answered. The third question should be answered in the negative for the reasons given in *R. v. Arkell*, [1990] 2 S.C.R. 695, and in the judgment of McLachlin J.A. for the British Columbia Court of Appeal in that case (1988), 43 C.C.C. (3d) 402.

The distinction between first and second degree murder only comes into play when the offender has been proven beyond a reasonable doubt to be guilty of murder. To be found guilty of first degree murder under s. 214(5)(e), the offender must have committed murder "while committing or attempting to commit forcible confinement". This is in addition to the stringent criteria for the crime of murder itself. It is appropriate for Parliament to impose its most severe punishment.

Per Sopinka J.: The appeal must be dismissed pursuant to s. 613(1)(b)(iii). The reasons given in *R. v.*

La combinaison de l'al. 214(5)e) et de l'art. 669 ne démontre pas d'arbitraire en violation de l'art. 9 de la *Charte* simplement parce qu'un texte de loi impose une période obligatoire d'incarcération pour une infraction qui comporte divers degrés de turpitude morale. La loi autorise l'emprisonnement, donne une définition restreinte d'une catégorie de délinquants contre qui on invoquera la peine et prescrit de manière précise les conditions auxquelles un délinquant peut être reconnu coupable de meurtre au premier degré. De plus, la décision de principe du Parlement de qualifier ces meurtres de meurtres au premier degré est conforme aux objectifs plus larges d'un régime de détermination de la peine.

L'effet conjugué de l'al. 214(5)e) et de l'art. 669 ne constitue pas une peine cruelle et inusitée—une peine qui est exagérément disproportionnée et non simplement excessive—contraire à l'art. 12 de la *Charte*. Ces dispositions prescrivent une peine pour le crime le plus grave du droit criminel. La peine n'est pas excessive et ne constitue manifestement pas une atteinte aux normes de décence. La peine est sévère à bon droit et pourtant le Parlement s'est montré conscient de la situation particulière de chaque délinquant.

Le sous-alinéa 613(1)b)(iii) n'est pas applicable en l'espèce. Aucun jury n'aurait pu raisonnablement arriver à un autre verdict même en l'absence de l'erreur relative à l'al. 213a).

Le juge L'Heureux-Dubé: Il y a accord avec les réponses que le juge en chef Lamer donne aux questions 3 à 6. Cependant, pour les motifs exposés dans l'arrêt *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, la première question doit recevoir une réponse négative et il n'est donc pas nécessaire de répondre à la deuxième question. La troisième question doit recevoir une réponse négative pour les motifs exposés dans l'arrêt *R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695, et ceux qu'a donnés le juge McLachlin au nom de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en l'espèce (1988), 43 C.C.C. (3d) 402.

La distinction entre le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré n'entre en jeu qu'après qu'il a été établi hors de tout doute raisonnable que le délinquant est coupable de meurtre. Pour être reconnu coupable de meurtre au premier degré en vertu de l'al. 214(5)e), l'accusé doit avoir commis le meurtre «en commettant ou tentant de commettre [. . .] [une] séquestration». Cette exigence s'ajoute aux critères stricts applicables au crime de meurtre lui-même. Il est approprié que le Parlement impose la peine la plus sévère.

Le juge Sopinka: Le pourvoi doit être rejeté conformément au sous-al. 613(1)b)(iii). Les raisons exposées dans

Martineau, [1990] 2 S.C.R. 633, were applicable to the constitutional questions relating to s. 213(a). The reasons of Lamer C.J. with respect to s. 214(5)(e) were agreed with, except to the extent that those reasons rely on the view that murder, and hence first degree murder, constitutionally requires subjective foresight of death.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Arkell*, [1990] 2 S.C.R. 695; **referred to:** *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Dollan and Newstead* (1980), 53 C.C.C. (2d) 146; *R. v. Gratton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 462; *R. v. Guiller*, Ont. Dist. Ct., Borins Dist. Ct. J., Sept. 23, 1985, unreported.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Arkell*, [1990] 2 S.C.R. 695, aff'g (1988), 43 C.C.C. (3d) 402.

By Sopinka J.

Applied: *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 2(e).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 11(d), 12.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 212(a), 213(a), 214(5)(e), 247, 669(a), 672, 674, 686, 613(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal dismissing the appellant's appeal from a conviction on a charge of first degree murder by Wachowich J. sitting with jury. Appeal dismissed.

Alexander D. Pringle and *Peter Michalyshyn*, for the appellant.

Jack Watson, for the respondent.

Bruce MacFarlane, Q.C., and *Don Avison*, for the intervener the Attorney General of Canada.

D. Butt, for the intervener the Attorney General for Ontario.

l'affaire *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, s'appliquent aux questions constitutionnelles relatives à l'al. 213a). L'opinion exprimée par le juge en chef Lamer relativement à l'al. 214(5)e est partagée sauf dans la mesure où elle repose sur le point de vue que le meurtre, et partant, le meurtre au premier degré, exige constitutionnellement la prévision subjective de la mort.

Jurisprudence

b Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts appliqués: *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695; **arrêts mentionnés:** *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. v. Dollan and Newstead* (1980), 53 C.C.C. (2d) 146; *R. v. Gratton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 462; *R. v. Guiller*, le juge Borins de la C. dist. Ont., 23 sept. 1985, inédit.

d Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695, conf. (1988), 43 C.C.C. (3d) 402.

e Citée par le juge Sopinka

Arrêt appliqué: *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633.

Lois et règlements cités

f *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 9, 11d), 12.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 212a), 213a), 214(5)e), 247, 669a), 672, 674, 686, 613(1)b)(iii).
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 2e).

g POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta qui a rejeté l'appel interjeté par l'appelant à l'encontre d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Wachowich, siégeant avec jury, relativement à une accusation de meurtre au premier degré. Pourvoi rejeté.

Alexander D. Pringle et *Peter Michalyshyn*, pour l'appelant.

Jack Watson, pour l'intimé.

Bruce MacFarlane, c.r., et *Don Avison*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

D. Butt, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jacques Gauvin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

J. G. Dangerfield, Q.C., and *Marva J. Smith*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

James D. Taylor, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer C.J. and Wilson, Gonthier and Cory JJ. was delivered by

LAMER C.J.—This appeal raises issues similar to those raised by *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633 and *R. v. Arkell*, [1990] 2 S.C.R. 695. At stake is the constitutionality of s. 213(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 230(a)), in light of ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, as well as the constitutionality of s. 214(5)(e) (now s. 231(5)(e) of the *Code*) in light of ss. 7, 9 and 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Facts

The appellant was convicted of the first degree murder of Charmayne Manke and was sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 25 years. The Court of Appeal for Alberta dismissed, without written reasons, an appeal from conviction. The body of the victim was found lying in a farmer's field at about 7:00 a.m. on April 14, 1984. An autopsy revealed that she had 12 stab wounds to her neck and three to her head. She bled to death as a result of a wound to her carotid artery. At trial, evidence was adduced to establish that the appellant hailed a cab outside a gay night-club and asked the victim, the cab driver, to take him to his motel room. When they arrived at the motel, the appellant asked her to wait for him while he picked up his luggage. At that time the appellant also retrieved a knife from his room. The appellant, upon his return, sat in the front passenger's seat. A witness who observed the victim's

Jacques Gauvin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

J. G. Dangerfield, c.r., et *Marva J. Smith*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

James D. Taylor, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement du juge en chef Dickson, du juge en chef Lamer et des juges Wilson, Gonthier et Cory rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Le présent pourvoi soulève des questions semblables à celles soulevées dans les affaires *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633 et *R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695. Est en jeu la constitutionnalité de l'al. 213a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, al. 230a)) dans le contexte de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte*, de même que la constitutionnalité de l'al. 214(5)e) du *Code* (maintenant l'al. 231(5)e)) dans le contexte des art. 7, 9 et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Les faits

L'appellant a été reconnu coupable du meurtre au premier degré de Charmayne Manke et condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans. La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté, sans motifs écrits, l'appel interjeté contre cette déclaration de culpabilité. Le corps de la victime a été découvert gisant dans le champ d'un fermier vers 7 h du matin le 14 avril 1984. L'autopsie a révélé qu'elle avait reçu 12 coups de couteau au cou et trois à la tête. Elle a succombé après avoir perdu tout son sang en raison d'une blessure à la carotide. La preuve produite au procès a établi que l'appellant a hélé un taxi à l'extérieur d'un club de nuit fréquenté par des homosexuels et a demandé au chauffeur, la victime, de le conduire à sa chambre de motel. Lorsqu'ils y sont arrivés, l'appellant lui a demandé de l'attendre pendant qu'il ramassait ses bagages. À ce moment, l'appellant a également rapporté un couteau de sa chambre. À son retour, l'appellant a pris place sur le siège du passager avant. Un témoin qui a observé la victime au

driving testified that her driving pattern was very erratic following the departure from the motel.

After his arrest, the appellant told the R.C.M.P. that he had been drinking and taking drugs before getting into the cab. He remembered being in a field and wanting the cab driver's money. When he took her money, he had the knife displayed. At his request, the victim got out of the cab and his next memory was of his standing on the highway attempting to flag down a truck. In a later statement he remembered that he had initially pulled out the knife on entering the cab at the motel and told the victim to keep driving until he told her to stop. It was further alleged that the appellant made an incriminating statement to another prisoner while in custody awaiting trial to the effect that he had stabbed the victim inside the cab and again outside the cab because she called him a "faggot". The fellow inmate also testified that the appellant had made reference to having "had control of where they were going" in the cab.

In the course of its deliberations, the jury sent the trial judge two questions: (1) "what causes first degree murder to drop to second degree murder?" and (2) "please clarify forcible confinement a little more, that is, if the death occurred outside the cab, was the victim forcibly confined, if, for instance, she ran and attempted to escape, was caught by the accused and killed, was she forcibly confined at the time of death — when does forcible confinement end?" The trial judge first noted that first degree murder does not "drop" to second degree murder and then responded in the following way:

It is not first degree murder if, and I will tell you in what circumstances it is not first degree murder, if you find on the facts that there was no forcible confinement. It is not first degree murder if you find a robbery without a forcible confinement. It is not first degree murder if you find no planning or deliberation but, once again, as I told you when I charged you, don't concern yourself with that one, because the Crown conceded that this is not a case of planning and deliberation and I

volant a dit que celle-ci conduisait de façon très mal assurée après son départ du motel.

Après son arrestation, l'appellant a déclaré à la GRC qu'il avait bu et consommé de la drogue avant de monter dans le taxi. Il se rappelle avoir été dans un champ et avoir voulu l'argent du chauffeur de taxi. Quand il a pris son argent, il avait le couteau en main. À sa demande, la victime est descendue de la voiture, et ce dont il se souvient par la suite c'est qu'il était debout sur la route, tentant d'arrêter un camion. Dans une déclaration ultérieure, il s'est rappelé avoir d'abord sorti le couteau en montant dans le taxi au motel et avoir dit à la victime de continuer de rouler jusqu'à ce qu'il lui dise d'arrêter. On a également allégué que l'appellant avait fait une déclaration incriminante à un autre prisonnier alors qu'il était sous garde en attente de son procès, suivant laquelle il avait poignardé la victime à l'intérieur de la voiture puis de nouveau à l'extérieur de la voiture parce qu'elle l'avait traité de [TRADUCTION] «pédé». Le codétenu a également témoigné que l'appellant avait mentionné qu'il avait [TRADUCTION] «eu le contrôle de ce qui se passait» dans le taxi.

Au cours de ses délibérations, le jury a fait parvenir deux questions au juge du procès: (1) [TRADUCTION] «Qu'est-ce qui fait qu'un meurtre au premier degré est réduit à un meurtre au deuxième degré?» et (2) «Auriez-vous l'amabilité de clarifier un peu plus la séquestration, c'est-à-dire, si le décès est survenu à l'extérieur du taxi, la victime était-elle séquestrée, si, par exemple, elle a tenté de s'enfuir en courant, a été attrapée par l'accusé et tuée, était-elle séquestrée au moment de son décès — quand la séquestration prend-elle fin?» Le juge du procès a d'abord souligné que le meurtre au premier degré n'est pas «réduit» à un meurtre au deuxième degré, puis il a répondu de la manière suivante:

[TRADUCTION] Ce n'est pas un meurtre au premier degré si, et je vous dirai dans quelles circonstances ce n'est pas un meurtre au premier degré, si vous concluez suivant les faits qu'il n'y avait pas séquestration. Ce n'est pas un meurtre au premier degré si vous concluez à l'existence d'un vol qualifié sans séquestration. Ce n'est pas un meurtre au premier degré si vous concluez à l'absence de préméditation, mais, encore une fois, comme je vous l'ai dit quand je vous ai fait mon exposé,

concur, but there was some evidence that you might have found that in any event, so, I charged you on it. So, that one I would suggest you should put aside . . . It is not first degree murder if you find in fact you have a doubt as to whether the accused did form the intent to forcibly confine . . . It is not first degree murder if you have a reasonable doubt as to whether the forcible confinement ended and this doubt must be resolved in favor [sic] of the accused. Finally, it is not first degree murder if death occurred to facilitate flight after committing or attempting to commit forcible confinement.

The jury returned about two hours later with a verdict of guilty of first degree murder.

Judgment below

Court of Appeal for Alberta

The appellant's appeal from conviction was heard on March 10 and 11 of 1988 before a five-person panel of the Court of Appeal for Alberta. At the conclusion of the oral argument Kerans J.A. dismissed the appeal. No written reasons were ever provided, although a formal judgment of the Court was rendered on April 6, 1988. It is common ground between the parties that the following represents a fair summation of the oral reasons provided by Kerans J.A. The Court of Appeal rejected a constitutional challenge to s. 214(5) of the *Criminal Code* because it does not create a substantive offence, but rather simply classifies murder for sentencing purposes. Kerans J.A. indicated that the inclusion of certain offences in s. 214(5) was not arbitrary, relying on this Court's decision in *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618. The Court further held that even if one assumes that s. 213(a) of the *Criminal Code* violates s. 7 of the *Charter* based on the decision in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, the verdict of the jury should be affirmed by application of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

Relevant Statutory Provisions

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 214(5)(e) (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 231(5)(e)), s. 247 (now s. 279) and s. 669(a) (now s. 742(a)):

ne vous préoccupez pas de ce point parce que le ministre public a reconnu que ce n'est pas un cas de préméditation et je suis d'accord, mais il se pourrait que vous ayez trouvé des éléments de preuve de toute façon, c'est pourquoi je vous ai donné des directives sur ce point. Alors, je vous propose de laisser ce point de côté . . . Ce n'est pas un meurtre au premier degré si vous jugez, en fait, que vous avez un doute quant à savoir si l'accusé a bien formé l'intention de séquestrer . . . Ce n'est pas un meurtre au premier degré si vous avez un doute raisonnable quant à savoir si la séquestration a pris fin, et l'accusé doit bénéficier de ce doute. Enfin, ce n'est pas un meurtre au premier degré si la mort a été causée pour faciliter la fuite d'une personne après que celle-ci eut commis ou tenté de commettre une séquestration.

Le jury est revenu environ deux heures plus tard et a rendu un verdict de culpabilité de meurtre au premier degré.

a Le jugement du tribunal d'instance inférieure

La Cour d'appel de l'Alberta

Une formation de cinq juges de la Cour d'appel de l'Alberta a entendu les 10 et 11 mars 1988 l'appel interjeté par l'appelant contre sa déclaration de culpabilité. À la fin de la plaidoirie, le juge Kerans a rejeté l'appel. Aucun motif écrit n'a été fourni, bien que la minute du jugement de la cour ait été déposée le 6 avril 1988. Les parties reconnaissent que ce qui suit est un bon résumé des motifs oraux prononcés par le juge Kerans. La Cour d'appel a rejeté une contestation du par. 214(5) du *Code criminel* fondée sur la Constitution parce qu'il ne crée pas une infraction matérielle précise, mais qu'il ne fait plutôt que classifier le meurtre à des fins de détermination de la peine. Se fondant sur l'arrêt de notre Cour *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618, le juge Kerans a indiqué que l'inclusion de certaines infractions au par. 214(5) n'était pas arbitraire. La cour a de plus conclu que, même si en se fondant sur l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, on présume que l'al. 213(a) du *Code criminel* viole l'art. 7 de la *Charte*, le verdict du jury devrait être confirmé en application du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

Les dispositions législatives pertinentes

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, al. 214(5)(e) (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, al. 231(5)(e)), art. 247 (maintenant art. 279) et al. 669(a) (maintenant al. 742(a)):

214. ...

(5) Irrespective of whether a murder is planned and deliberate on the part of any person, murder is first degree murder in respect of a person when the death is caused by that person while committing or attempting to commit an offence under one of the following sections:

(e) section 247 (kidnapping and forcible confinement).

247. (1) Every one who kidnaps a person with intent

(a) to cause him to be confined or imprisoned against his will,

(b) to cause him to be unlawfully sent or transported out of Canada against his will, or

(c) to hold him for ransom or to service against his will,

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for life.

(2) Every one who, without lawful authority, confines, imprisons or forcibly seizes another person is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for five years.

(3) In proceedings under this section the fact that the person in relation to whom the offence is alleged to have been committed did not resist is not a defence unless the accused proves that the failure to resist was not caused by threats, duress, force or exhibition of force.

669. The sentence to be pronounced against a person who is to be sentenced to imprisonment for life shall be,

(a) in respect of a person who has been convicted of high treason or first degree murder, that he be sentenced to imprisonment for life without eligibility for parole until he has served twenty-five years of his sentence;

Issues

The following constitutional questions were stated by Chief Justice Dickson on June 2, 1989:

1. Does s. 230(a) [then s. 213(a)] of the *Criminal Code* contravene the rights and freedoms guaranteed by s. 7 and/or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is affirmative, is s. 230(a) [then s. 213(a)] of the *Criminal Code* justified by s.

214. ...

(5) Indépendamment de toute préméditation, commet un meurtre au premier degré quiconque cause la mort d'une personne en commettant ou tentant de commettre une infraction prévue à l'un des articles suivants:

e) article 247 (enlèvement et séquestration).

247. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, quiconque enlève une personne avec l'intention

a) de la faire séquestrer ou emprisonner contre son gré,

b) de la faire illégalement envoyer ou transporter hors du Canada, contre son gré, ou

c) de la détenir en vue de rançon ou de service, contre son gré.

(2) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans, quiconque, sans autorisation légitime, séquestre, emprisonne ou saisit de force une autre personne.

(3) Dans des procédures selon le présent article, le fait que la personne à l'égard de laquelle il est allégué que l'infraction a été commise n'a pas offert de résistance, ne constitue une défense que si le prévenu prouve que l'absence de résistance n'a pas été causée par des menaces, la contrainte, la violence ou une manifestation de force.

669. Le bénéfice de la libération conditionnelle est subordonné, en cas de condamnation à l'emprisonnement à perpétuité

a) pour haute trahison ou meurtre au premier degré, à l'accomplissement d'au moins vingt-cinq ans de la peine;

Les questions en litige

Le juge en chef Dickson a formulé les questions constitutionnelles suivantes le 2 juin 1989:

1. L'alinéa 230a) [à l'époque l'al. 213a)] du *Code criminel* contrevient-il aux droits et libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'al. 230a) [à l'époque l'al. 213a)] du *Code criminel*

- 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?
3. Is s. 231(5)(e) [then s. 214(5)(e)] of the *Criminal Code* inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? ^a
 4. Is s. 231(5)(e) [then s. 214(5)(e)] in combination with s. 742(a) [then s. 669(a)] of the *Criminal Code* inconsistent with ss. 7, 9 and; or in the alternative, s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? ^b
 5. Does s. 231(5)(e) [then s. 214(5)(e)] in combination with s. 742 [then s. 669] of the *Criminal Code* abrogate or infringe the rights guaranteed by s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*? ^c
 6. If the answer to questions 3 or 4 is in the affirmative, is s. 231(5)(e) [then s. 214(5)(e)] justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*? ^d
- est-il justifié en vertu de l'article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?
3. L'alinéa 231(5)e [à l'époque l'al. 214(5)e] du *Code criminel* est-il incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
 4. L'alinéa 231(5)e [à l'époque l'al. 214(5)e], combiné à l'al. 742a [à l'époque l'al. 669a] du *Code criminel*, est-il incompatible avec les art. 7, 9 ou subsidiairement l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
 5. L'alinéa 231(5)e [à l'époque l'al. 214(5)e], combiné à l'art. 742 [à l'époque l'art. 669] du *Code criminel*, abroge-t-il ou enfreint-il les droits garantis par l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*?
 6. Si la réponse aux questions 3 ou 4 est affirmative, l'al. 231(5)e [à l'époque l'al. 214(5)e] est-il justifié en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Analysis

For the reasons stated in *R. v. Martineau*, released concurrently, s. 213(a) of the *Criminal Code* infringes ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and cannot be saved by s. 1 of the *Charter*. Therefore, the first constitutional question is answered in the affirmative and the second question in the negative. With respect to question three which deals with whether s. 214(5)(e) is inconsistent with s. 7 of the *Charter*, I rely on my reasons in *R. v. Arkell* for the conclusion that the inclusion of certain offences in s. 214 is guided by the organizing principle identified by this Court in *Paré, supra*, and thereby is neither arbitrary nor irrational. Therefore, I would answer question three in the negative.

The remaining questions require an examination of the combined effect of s. 214(5)(e) and s. 669 of the *Code* on the rights guaranteed by ss. 7, 9 and 12 of the *Charter*, and s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*. The appellant combines his argument in respect of s. 7 of the *Charter* and s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*. He submits that the principles of fundamental justice require that differing degrees of moral blameworthiness in different offences be reflected in differential sentences;

Analyse

Pour les motifs exposés dans l'arrêt *R. c. Martineau*, rendu en même temps que celui-ci, l'al. 213a) du *Code criminel* viole l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* et ne peut être sauvegardé par l'article premier de la *Charte*. Par conséquent, la première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative et la deuxième, une réponse négative. Quant à la troisième question qui est de savoir si l'al. 214(5)e) est incompatible avec l'art. 7 de la *Charte*, je m'appuie sur les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *R. c. Arkell* pour conclure que l'inclusion de certaines infractions à l'art. 214 est guidée par le principe directeur que notre Cour a identifié dans l'arrêt *Paré*, précité, et qu'elle n'est donc ni arbitraire ni irrationnelle. Par conséquent, je suis d'avis de donner à la troisième question une réponse négative.

Les questions qui restent exigent un examen de l'effet conjugué de l'al. 214(5)e) et de l'art. 669 du *Code* sur les droits garantis par les art. 7, 9 et 12 de la *Charte*, et par l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*. L'appelant présente un argument qui concerne à la fois l'art. 7 de la *Charte* et l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*. Il prétend que les principes de justice fondamentale exigent que différents degrés de culpabilité morale dans différentes infractions se tra-

and that sentencing be individualized. The appellant cites the following judgments as support for the view that the combined effect of s. 214(5)(e) and s. 669 offends the principles that a just sentencing system contains a gradation of punishments differentiated according to the malignity of offences and that sentencing be individualized: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, *per* Wilson J., *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, *per* Lamer J. and *per* Wilson J., and *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, *per* La Forest J. In my view, assuming that s. 7 incorporates the propositions cited by the appellant as principles of fundamental justice, the combined effect of s. 214(5)(e) and s. 669 is in accordance with them. Section 214(5) of the *Criminal Code* isolates a particular group of murderers, namely those who have murdered while committing certain offences involving the illegal domination of the victim, and classifies them for sentencing purposes as murderers in the first degree. As a result of s. 669 the murderer is sentenced to life imprisonment without parole eligibility for 25 years. It is of some note that even in cases of first degree murder, s. 672 of the *Code* provides that after serving 15 years the offender can apply to the Chief Justice in the province for a reduction in the number of years of imprisonment without eligibility for parole having regard for the character of the applicant, his conduct while serving the sentence, the nature of the offence for which he was convicted and any other matters that are relevant in the circumstances. This indicates that even in the cases of our most serious offenders, Parliament has provided for some sensitivity to the individual circumstances of each case when it comes to sentencing.

I must also reiterate that what we are speaking of here is a classification scheme for the purposes of sentencing. The distinction between first and second degree murder only comes into play when it has first been proven beyond a reasonable doubt that the offender is guilty of murder, that is, that

duisent par des peines différentes et que la détermination de la peine doit être individualisée. L'appellant cite les arrêts suivants à l'appui de l'opinion que l'effet conjugué de l'al. 214(5)e) et de l'art. 669 viole les principes selon lesquels un régime équitable de détermination de la peine comporte une gradation des peines selon la méchanceté que traduisent les infractions et que la détermination de la peine doit être individualisée: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, le juge Wilson, *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, les juges Lamer et Wilson, et *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, le juge La Forest. À mon avis, si on tient pour acquis que l'art. 7 contient les propositions avancées par l'appellant en tant que principes de justice fondamentale, l'effet conjugué de l'al. 214(5)e) et de l'art. 669 est conforme à ces propositions. Le paragraphe 214(5) du *Code criminel* isole un groupe particulier de meurtriers, savoir ceux qui ont commis un meurtre pendant la perpétration de certaines infractions comportant la domination illégale de la victime, et les qualifie, aux fins de la détermination de la peine, de meurtriers au premier degré. Comme conséquence de l'art. 669, le meurtrier est condamné à purger une peine d'emprisonnement à perpétuité, sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans. Il vaut la peine de remarquer que, même dans les cas de meurtre au premier degré, l'art. 672 du *Code* prévoit qu'après avoir purgé 15 ans de sa peine le délinquant peut demander au juge en chef de la province une réduction du délai préalable à sa libération conditionnelle compte tenu de son caractère, de sa conduite durant l'exécution de sa peine, de la nature de l'infraction pour laquelle il a été condamné et de tout ce qui est utile dans les circonstances. Cela indique que, même dans le cas des auteurs des infractions les plus graves, le Parlement a prévu que l'on doit tenir compte jusqu'à un certain point des circonstances particulières de chaque cas au moment de déterminer la peine.

Je dois également répéter que nous parlons ici d'un régime de classification aux fins de la détermination de la peine. La distinction entre le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré n'entre en jeu qu'après qu'il a été établi hors de tout doute raisonnable que le délinquant est

he or she had subjective foresight of death: *R. v. Martineau*, handed down this day. There is no doubt that a sentencing scheme must exhibit a proportionality to the seriousness of the offence, or to put it another way, there must be a gradation of punishments according to the malignity of the offences. However, a sentencing scheme also must take into account other factors that are of significance for the societal interest in punishing wrongdoers. In *Lyons*, *supra*, at pp. 328-29, La Forest J. considered the dangerous offender designation in the *Code* and said the following in respect of the relationship between sentencing and its objectives:

I accordingly agree with the respondent's submission that it cannot be considered a violation of fundamental justice for Parliament to identify those offenders who, in the interests of protecting the public, ought to be sentenced according to considerations which are not entirely reactive or based on a "just deserts" rationale. The imposition of a sentence which "is partly punitive but is mainly imposed for the protection of the public" . . . seems to me to accord with the fundamental purpose of the criminal law generally, and of sentencing in particular, namely, the protection of society. In a rational system of sentencing, the respective importance of prevention, deterrence, retribution and rehabilitation will vary according to the nature of the crime and the circumstances of the offender.

In my view the combination of s. 214(5)(e) and s. 669 clearly demonstrates a proportionality between the moral turpitude of the offender and the malignity of the offence, and moreover it is in accord with the other objectives of a system of sentencing identified by La Forest J. in *Lyons*. As I have stated, we are dealing with individuals that have committed murder and have done so with the now constitutionally mandated *mens rea* of subjective foresight of death. Parliament has chosen, once it has been proven that an offender has committed murder, to classify certain of those murders as first degree. Murders that are done while committing offences which involve the illegal domination of the victim by the offender have been classified as first degree murder. Forcible confinement is one of those offences involving illegal

coupable de meurtre, c'est-à-dire qu'il avait prévu subjectivement la mort: *R. c. Martineau*, rendu aujourd'hui. Il n'y a pas de doute qu'un régime de détermination de la peine doit faire preuve de proportionnalité avec la gravité de l'infraction ou, autrement dit, il doit y avoir une gradation des peines selon la méchanceté que traduisent les infractions. Un régime de détermination de la peine doit cependant tenir compte d'autres facteurs qui ont leur importance pour l'intérêt qu'a la société à punir les délinquants. Dans l'arrêt *Lyons*, précité, le juge La Forest a examiné, aux pp. 328 et 329, la désignation du délinquant dangereux dans le *Code* et a dit ce qui suit concernant la relation entre la détermination de la peine et ses objectifs:

Je souscris donc au point de vue de l'intimée selon lequel on ne saurait considérer comme un manquement à la justice fondamentale le fait que le Parlement identifie les délinquants dont la peine devrait, dans l'intérêt de la protection du public, être établie en fonction de facteurs qui ne sont pas entièrement réactifs ou fondés sur le principe du «châtiment mérité». L'imposition d'une sentence qui [TRADUCTION] «est punitive en partie, mais qui vise surtout à protéger le public» [...] me semble concorder avec l'objet fondamental du droit criminel en général, et de l'imposition des peines en particulier, savoir la protection de la société. Dans un système rationnel de détermination des peines, l'importance respective de la prévention, de la dissuasion, du châtiment et de la réinsertion sociale variera selon la nature du crime et la situation du délinquant.

À mon avis, la combinaison de l'al. 214(5)e) et de l'art. 669 démontre clairement l'existence d'une proportionnalité entre la turpitude morale du délinquant et la méchanceté que traduit l'infraction, et elle est en outre conforme aux autres objectifs d'un régime de détermination de la peine identifiés par le juge La Forest dans l'arrêt *Lyons*. Comme je l'ai dit, nous avons affaire à des individus qui ont commis un meurtre et qui l'ont fait avec la *mens rea* maintenant constitutionnellement requise de la prévision subjective de la mort. Le Parlement a choisi, une fois qu'il est établi que le délinquant a commis un meurtre, de qualifier certains de ces meurtres de meurtres au premier degré. Les meurtres commis pendant la perpétration d'infractions comportant la domination illégale de la victime par le délinquant ont été quali-

domination. The added element of forcible confinement in the context of the commission of a murder, markedly enhances the moral blameworthiness of an offender. Indeed, forcible confinement is punishable by up to ten years in prison. The decision of Parliament to elevate murders done while the offender commits forcible confinement to the level of first degree murder is consonant with the principle of proportionality between the blameworthiness of the offender and the punishment. Further, it is consistent with the individualization of sentencing especially since only those who have killed with subjective foresight of death while also committing the offence of forcible confinement are subjected to that punishment. I, therefore, can find no principle of fundamental justice that has been violated by the combination of s. 214(5)(e) and s. 669 of the *Criminal Code*. Equally, for these same reasons I conclude that there is no violation of s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*.

The appellant also submits in a separate argument that the combination of s. 214(5)(e) and s. 669 contravenes s. 9 of the *Charter* because of the imposition of a mandatory term of imprisonment by statute for an offence that encompasses a range of moral turpitude. This argument overlaps a great deal with the appellant's s. 7 argument and I would only add the following comments to those I have already made above. The combined effect of the impugned sections do not demonstrate arbitrariness on the part of Parliament. Indeed, as I noted above, Parliament has narrowly defined a class of murderers under an organizing principle of illegal domination and has specifically defined the conditions under which the offender can be found guilty of first degree murder. In order to be found guilty of first degree murder under s. 214(5)(e), the offender must have committed murder with subjective foresight of death and must have committed the murder "while committing or attempting to commit . . . forcible confinement". Where the act causing death and the acts constituting the forcible confinement all form part of one continuous sequence of events forming a single transac-

fiés de meurtres au premier degré. La séquestration est une de ces infractions qui comportent une domination illégale. L'élément supplémentaire de la séquestration dans le contexte de la perpétration d'un meurtre augmente sensiblement la culpabilité morale du délinquant. La séquestration peut même entraîner une peine de dix ans d'emprisonnement. La décision du Parlement d'élever au niveau de meurtre au premier degré le meurtre accompli pendant que le délinquant commet une séquestration est compatible avec le principe de la proportionnalité entre la culpabilité du délinquant et la peine. Elle est en outre compatible avec l'individualisation de la détermination de la peine puisque seuls ceux qui ont tué alors qu'ils prévoyaient subjectivement la mort pendant qu'ils commettaient également l'infraction de séquestration sont passibles de cette peine. Je n'arrive donc pas à trouver de principe de justice fondamentale qui ait été violé par la combinaison de l'al. 214(5)e) et de l'art. 669 du *Code criminel*. Également, pour les mêmes raisons, je conclus qu'il n'y a aucune violation de l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*.

L'appelant prétend aussi dans un argument distinct que la combinaison de l'al. 214(5)e) et de l'art. 669 va à l'encontre de l'art. 9 de la *Charte* à cause de l'imposition par un texte de loi d'une période obligatoire d'incarcération pour une infraction qui comporte divers degrés de turpitude morale. Cet argument chevauche grandement celui de l'appelant relatif à l'art. 7 et je n'ajouterai que les commentaires suivants à ceux que j'ai déjà faits. L'effet conjugué des dispositions contestées ne démontre pas d'arbitraire de la part du Parlement. En effet, comme je l'ai déjà souligné, le Parlement a donné une définition restreinte d'une catégorie de meurtriers en vertu d'un principe directeur fondé sur la domination illégale et a défini spécifiquement les conditions auxquelles le délinquant peut être reconnu coupable de meurtre au premier degré. Pour être reconnu coupable de meurtre au premier degré en vertu de l'al. 214(5)e), le délinquant doit avoir commis un meurtre alors qu'il prévoyait subjectivement la mort et il doit avoir commis ce meurtre «en commettant ou tentant de commettre [. . .] [une] séquestration». Lorsque l'acte qui cause la mort et

tion, the death is caused "while committing" an offence for the purposes of s. 214(5): see *Paré*, *supra*, at p. 632. To commit the underlying offence of forcible confinement, the offender must use "physical restraint, contrary to the wishes of the person restrained, but to which the victim submits unwillingly, thereby depriving the person of his or her liberty to move from one place to another": quoted from *R. v. Dollan and Newstead* (1980), 53 C.C.C. (2d) 146, as cited with approval in *R. v. Gratton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 462 (Ont. C.A.). It is true that the definition of forcible confinement adopted by the courts allows for varying circumstances in each individual case. But this alone is not a sign of arbitrariness. The offence of forcible confinement as defined falls clearly under the rubric of the organizing principle enunciated by Wilson J. in *Paré*, namely that of the illegal domination of one person by another. The decision of Parliament to attach a minimum 25-year sentence without eligibility for parole in cases of first degree murder, having regard to all these circumstances, cannot be said to be arbitrary within the meaning of s. 9 of the *Charter*. The incarceration is statutorily authorized, it narrowly defines a class of offenders with respect to whom the punishment will be invoked and it prescribes quite specifically the conditions under which an offender may be found guilty of first degree murder. Further, the policy decision of Parliament to classify these murders as first degree murders accords with the broader objectives of a sentencing scheme. The elevation of murder while committing a forcible confinement to first degree reflects a societal denunciation of those offenders who choose to exploit their position of dominance and power to the point of murder.

The appellant's final argument is that the combined effect of s. 214(5)(e) and s. 669 contravenes s. 12 of the *Charter*. Section 12 of the *Charter* protects individuals against cruel and unusual punishment. The phrase "cruel and unusual punishment" has been considered by this Court in *R. v.*

les actes qui constituent la séquestration font tous partie d'une suite ininterrompue d'événements qui constituent une seule affaire, la mort est «concomitante» d'une infraction aux fins du par. 214(5): voir *Paré*, précité, à la p. 632. Pour commettre l'infraction sous-jacente de séquestration, le délinquant doit recourir à [TRADUCTION] «la contrainte physique, contrairement aux désirs de la victime, mais à laquelle celle-ci se soumet contre son gré, ce qui la prive de sa liberté de se déplacer d'un endroit à un autre»: extrait de l'arrêt *R. v. Dollan and Newstead* (1980), 53 C.C.C. (2d) 146, cité et approuvé dans *R. v. Gratton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 462 (C.A. Ont.). Il est exact que la définition de séquestration adoptée par les tribunaux laisse place à des circonstances qui varient d'un cas à l'autre. Mais cette situation à elle seule n'est pas un signe d'arbitraire. Telle qu'elle est définie, l'infraction de séquestration se situe clairement sous la rubrique du principe directeur formulé par le juge Wilson dans l'arrêt *Paré*, savoir la domination illégale d'une personne par une autre. On ne peut pas dire que la décision du Parlement d'assortir le meurtre au premier degré d'une peine minimale de 25 ans d'emprisonnement sans possibilité de libération conditionnelle est, compte tenu de toutes ces circonstances, arbitraire au sens de l'art. 9 de la *Charte*. La loi autorise l'emprisonnement, elle donne une définition restreinte d'une catégorie de délinquants contre qui on invoquera la peine et elle prescrit de manière très précise les conditions auxquelles un délinquant peut être reconnu coupable de meurtre au premier degré. De plus, la décision de principe du Parlement de qualifier ces meurtres de meurtres au premier degré est conforme aux objectifs plus larges d'un régime de détermination de la peine. Le fait que le meurtre commis au cours d'une séquestration soit élevé au rang de meurtre au premier degré traduit la réprobation par la société des délinquants qui choisissent d'exploiter leur situation de domination et de pouvoir jusqu'au meurtre.

Enfin, l'appelant allègue que l'effet conjugué de l'al. 214(5)e) et de l'art. 669 contrevient à l'art. 12 de la *Charte*. L'article 12 de la *Charte* protège les individus contre les peines cruelles et inusitées. Notre Cour a examiné l'expression «peines cruel[le]s et inusité[e]s» dans l'arrêt *R. c.*

Smith, supra. That case held that the criterion to be applied in order to determine whether a punishment is cruel and unusual is whether the punishment is so excessive as to outrage standards of decency. At pages 1072-73 I stated that:

The test for review under s. 12 of the *Charter* is one of gross disproportionality, because it is aimed at punishments that are more than merely excessive. We should be careful not to stigmatize every disproportionate or excessive sentence as being a constitutional violation, and should leave to the usual sentencing appeal process the task of reviewing the fitness of a sentence. Section 12 will only be infringed where the sentence is so unfit having regard to the offence and the offender as to be grossly disproportionate.

In assessing whether a sentence is grossly disproportionate, the court must first consider the gravity of the offence, the personal characteristics of the offender and the particular circumstances of the case in order to determine what range of sentences would have been appropriate to punish, rehabilitate or deter this particular offender or to protect the public from this particular offender.

In *Lyons, supra*, La Forest J. addressed the meaning of the word "grossly" at pp. 344-45:

The word "grossly" [as in "grossly disproportionate"], it seems to me, reflects this Court's concern not to hold Parliament to a standard so exacting, at least in the context of s. 12, as to require punishments to be perfectly suited to accommodate the moral nuances of every crime and every offender.

In my view, the combination of s. 214(5)(e) and s. 669 does not constitute cruel and unusual punishment. These sections provide for punishment of the most serious crime in our criminal law, that of first degree murder. This is a crime that carries with it the most serious level of moral blameworthiness, namely subjective foresight of death. The penalty is severe and deservedly so. The minimum 25 years to be served before eligibility for parole reflects society's condemnation of a person who has exploited a position of power and dominance to the gravest extent possible by murdering the person that he or she is forcibly confining. The punishment is not excessive and clearly does not outrage our standards of decency. In my view, it is within the purview of Parliament, in order to meet the

Smith, précité. Dans cet arrêt, on a conclu que le critère à appliquer pour établir si une peine est cruelle et inusitée est de savoir si la peine est excessive au point de constituer une atteinte aux normes de la décence. Aux pages 1072 et 1073, j'ai dit que:

Le critère applicable à l'examen en vertu de l'art. 12 de la *Charte* est celui de la disproportion exagérée, étant donné qu'il vise les peines qui sont plus que simplement excessives. Il faut éviter de considérer que toute peine disproportionnée ou excessive est contraire à la Constitution et laisser au processus normal d'appel en matière de sentence la tâche d'examiner la justesse d'une peine. Il n'y aura violation de l'art. 12 que si, compte tenu de l'infraction et du contrevenant, la sentence est inappropriée au point d'être exagérément disproportionnée.

En vérifiant si une peine est exagérément disproportionnée, la cour doit d'abord prendre en considération la gravité de l'infraction commise, les caractéristiques personnelles du contrevenant et les circonstances particulières de l'affaire afin de déterminer quelles peines auraient été appropriées pour punir, réhabiliter ou dissuader ce contrevenant particulier ou pour protéger le public contre ce dernier.

Dans l'arrêt *Lyons*, précité, le juge La Forest a examiné le sens du mot «exagérément» à la p. 345:

Le mot «exagérément» [comme dans l'expression «exagérément disproportionnée»], me semble-t-il, traduit le souci qu'avait cette Cour de ne pas astreindre le législateur à une norme à ce point sévère, tout au moins dans le contexte de l'art. 12, qu'elle exigerait des peines parfaitement adaptées aux nuances morales qui caractérisent chaque crime et chaque délinquant.

À mon avis, la combinaison de l'al. 214(5)e) et de l'art. 669 ne constitue pas une peine cruelle et inusitée. Ces dispositions prescrivent une peine pour le crime le plus grave de notre droit criminel, celui de meurtre au premier degré. C'est un crime qui comporte le niveau le plus élevé de culpabilité morale, savoir la prévision subjective de la mort. La peine est sévère, et ce, à bon droit. L'obligation de purger au moins 25 années de la peine avant toute possibilité de libération conditionnelle traduit la réprobation par la société d'une personne qui a exploité une situation de pouvoir et de domination jusqu'à la limite la plus extrême en tuant la personne qu'elle séquestre. La peine n'est pas excessive et ne constitue manifestement pas une atteinte à nos normes de décence. À mon avis, il est de la

objectives of a rational system of sentencing, to treat our most serious crime with an appropriate degree of certainty and severity. I reiterate that even in the case of first degree murder, Parliament has been sensitive to the particular circumstances of each offender through various provisions allowing for the royal prerogative of mercy, the availability of escorted absences from custody for humanitarian and rehabilitative purposes and for early parole: see s. 672 (now s. 745), s. 674 (now s. 747) and s. 686 (now s. 751) of the *Criminal Code*. In *Smith, supra*, at p. 1070, I quoted with approval the following statement by Borins Dist. Ct. J. in *R. v. Guiller*:

It is not for the court to pass on the wisdom of Parliament with respect to the gravity of various offences and the range of penalties which may be imposed upon those found guilty of committing the offences. Parliament has broad discretion in proscribing conduct as criminal and in determining proper punishment. While the final judgment as to whether a punishment exceeds constitutional limits set by the *Charter* is properly a judicial function the court should be reluctant to interfere with the considered views of Parliament and then only in the clearest of cases where the punishment prescribed is so excessive when compared with the punishment prescribed for other offences as to outrage standards of decency.

Therefore, I conclude that in the case at bar the impugned provisions in combination do not represent cruel and unusual punishment within the meaning of s. 12 of the *Charter*.

The remaining issue is the potential application of s. 613(1)(b)(iii) (now s. 686(1)(b)(iii)) of the *Criminal Code*. I note that the trial judge charged the jury extensively on s. 212(a) (now s. 229(a)) of the *Criminal Code* as well as on the effect of drunkenness in relation to that section. He also charged the jury secondarily on s. 213(a) (now s. 230(a)). He further told the jury to put aside any consideration of planning and deliberation. Therefore, the jury could only rest its verdict of first

compétence du Parlement, en vue d'atteindre les objectifs d'un régime rationnel de détermination de la peine, de traiter de notre crime le plus grave avec un degré approprié de certitude et de sévérité.

^a Je répète que, même dans le cas du meurtre au premier degré, le Parlement s'est montré conscient de la situation particulière de chaque délinquant en édictant diverses dispositions prévoyant le recours à la prérogative royale de clémence, la possibilité de sorties sous surveillance pour des raisons humanitaires ou en vue de la réadaptation, et la libération conditionnelle anticipée: voir l'art. 672 (maintenant l'art. 745), l'art. 674 (maintenant l'art. 747) et l'art. 686 (maintenant l'art. 751) du *Code criminel*. À la page 1070 de l'arrêt *Smith*, précité, j'ai cité et approuvé l'énoncé suivant que le juge Borins de la Cour de district a fait dans la décision *R. v. Guiller*:

^d [TRADUCTION] Il n'appartient pas au tribunal de se prononcer sur la sagesse du législateur fédéral en ce qui concerne la gravité de diverses infractions et les différentes peines qui peuvent être infligées aux personnes reconnues coupables de les avoir commises. Le législateur jouit d'une compétence discrétionnaire étendue pour interdire certains comportements considérés comme criminels et pour déterminer quelle doit être la sanction appropriée. Si le jugement définitif quant à savoir si une peine excède les limites constitutionnelles fixées par la *Charte* constitue à bon droit une fonction judiciaire, le tribunal devrait néanmoins hésiter à intervenir dans les vues mûrement réfléchies du législateur et ne le faire que dans les cas les plus manifestes où la peine prescrite est excessive, comparativement à la peine prévue pour d'autres infractions, au point de constituer une atteinte aux normes de la décence.

^h Par conséquent, je conclus que la combinaison des dispositions contestées en l'espèce ne constitue pas une peine cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la *Charte*.

Reste la question de l'application éventuelle du sous-al. 613(1)(b)(iii) (maintenant le sous-al. 686(1)(b)(iii)) du *Code criminel*. Je remarque que le juge du procès a donné au jury de longues directives sur l'al. 212(a) (maintenant l'al. 229(a)) du *Code criminel* de même que sur l'effet de l'état d'ébriété relativement à cet alinéa. Il a aussi donné au jury des directives secondaires relativement à l'al. 213(a) (maintenant l'al. 230(a)). Il a en outre dit au jury de mettre de côté toute considération

degree murder on s. 214(5) (now s. 231(5)), on which they were properly instructed. In light of all the facts, especially the fact that the appellant stabbed the victim a total of 15 times in the neck and head, I am convinced that a jury could not have reasonably reached any other verdict even if the error in leaving s. 213(a) had not occurred. I would dismiss the appeal and answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 230(a) [then s. 213(a)] of the *Criminal Code* contravene the rights and freedoms guaranteed by s. 7 and/or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. Yes.

2. If the answer to question 1 is affirmative, is s. 230(a) [then s. 213(a)] of the *Criminal Code* justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

A. No.

3. Is s. 231(5)(e) [then s. 214(5)(e)] of the *Criminal Code* inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. No.

4. Is s. 231(5)(e) [then s. 214(5)(e)] in combination with s. 742(a) [then s. 669(a)] of the *Criminal Code* inconsistent with ss. 7, 9 and, or in the alternative, s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. No.

5. Does s. 231(5)(e) [then s. 214(5)(e)] in combination with s. 742 [then s. 669] of the *Criminal Code* abrogate or infringe the rights guaranteed by s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*?

A. No.

6. If the answer to questions 3 or 4 is in the affirmative, is s. 231(5)(e) [then s. 214(5)(e)] justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

A. This question does not have to be answered.

Accordingly, the appeal is dismissed.

de préméditation. Par conséquent, le jury ne pouvait fonder son verdict de meurtre au premier degré que sur le par. 214(5) (maintenant le par. 231(5)) au sujet duquel il avait reçu des directives appropriées. Compte tenu de tous les faits, en particulier le fait que l'appelant a poignardé la victime à 15 reprises au cou et à la tête, je suis persuadé qu'aucun jury n'aurait pu raisonnablement arriver à un autre verdict même en l'absence de l'erreur relative à l'al. 213a). Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. L'alinéa 230a) [à l'époque l'al. 213a)] du *Code criminel* contrevient-il aux droits et libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. Oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'al. 230a) [à l'époque l'al. 213a)] du *Code criminel* est-il justifié en vertu de l'article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

R. Non.

3. L'alinéa 231(5)e) [à l'époque l'al. 214(5)e)] du *Code criminel* est-il incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. Non.

4. L'alinéa 231(5)e) [à l'époque l'al. 214(5)e)], combiné à l'al. 742a) [à l'époque l'al. 669a)] du *Code criminel*, est-il incompatible avec les art. 7, 9 ou subsidiairement l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. Non.

5. L'alinéa 231(5)e) [à l'époque l'al. 214(5)e)], combiné à l'art. 742 [à l'époque l'art. 669] du *Code criminel*, abroge-t-il ou enfreint-il les droits garantis par l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*?

R. Non.

6. Si la réponse aux questions 3 ou 4 est affirmative, l'al. 231(5)e) [à l'époque l'al. 214(5)e)] est-il justifié en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

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

Par conséquent, le pourvoi est rejeté.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—I agree with my colleague Chief Justice Lamer's ultimate disposition of this appeal. However, given my position in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, released concurrently, I would answer constitutional questions 1 and 2 differently, and I wish to qualify my concurrence with respect to s. 214(5)(e) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 231(5)(e)).

The issues in this appeal are the constitutionality of s. 213(a) of the *Criminal Code* in light of ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, and the constitutionality of s. 214(5)(e) in light of ss. 7, 9, and 12 of the *Charter*. The following constitutional questions were stated by the Chief Justice:

1. Does s. 230(a) [then s. 213(a)] of the *Criminal Code* contravene the rights and freedoms guaranteed by s. 7 and/or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is affirmative, is s. 230(a) [then s. 213(a)] of the *Criminal Code* justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?
3. Is s. 231(5)(e) [then s. 214(5)(e)] of the *Criminal Code* inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. Is s. 231(5)(e) [then s. 214(5)(e)] in combination with s. 742(a) [then s. 669(a)] of the *Criminal Code* inconsistent with ss. 7, 9 and, or in the alternative, s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
5. Does s. 231(5)(e) [then s. 214(5)(e)] in combination with s. 742 [then s. 669] of the *Criminal Code* abrogate or infringe the rights guaranteed by s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*?
6. If the answer to questions 3 or 4 is in the affirmative, is s. 231(5)(e) [then s. 214(5)(e)] justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

I agree with my colleague's disposition of questions 3 through 6. However, for the reasons stated in *Martineau*, I am of the view that the first question must be answered in the negative, and

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Je suis d'accord avec la façon dont mon collègue le juge en chef Lamer statue sur ce pourvoi. Cependant, étant donné mon opinion dans l'arrêt *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, rendu ce jour, ma réponse aux deux premières questions constitutionnelles sera nécessairement différente et mon concours, en ce qui concerne l'al. 214(5)(e) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, al. 231(5)(e)), appelle certaines nuances.

Les questions ici en litige portent sur la constitutionnalité de l'al. 213a) du *Code criminel* dans le contexte de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte* ainsi que sur la constitutionnalité de l'al. 214(5)(e) dans le contexte des art. 7, 9 et 12 de la *Charte*. Le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. L'alinéa 230a) [à l'époque l'al. 213a)] du *Code criminel* contrevient-il aux droits et libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'al. 230a) [à l'époque l'al. 213a)] du *Code criminel* est-il justifié en vertu de l'article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?
3. L'alinéa 231(5)(e) [à l'époque l'al. 214(5)(e)] du *Code criminel* est-il incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. L'alinéa 231(5)(e) [à l'époque l'al. 214(5)(e)], combiné à l'al. 742a) [à l'époque l'al. 669a)] du *Code criminel*, est-il incompatible avec les art. 7, 9 ou subsidiairement l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
5. L'alinéa 231(5)(e) [à l'époque l'al. 214(5)(e)], combiné à l'art. 742 [à l'époque l'art. 669] du *Code criminel*, abroge-t-il ou enfreint-il les droits garantis par l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*?
6. Si la réponse aux questions 3 ou 4 est affirmative, l'al. 231(5)(e) [à l'époque l'al. 214(5)(e)] est-il justifié en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Je partage l'avis de mon collègue quant aux questions 3 à 6. Cependant, conformément à mon opinion dans l'arrêt *Martineau*, j'estime que la première question doit recevoir une réponse négative.

therefore the second question need not be answered. I would also answer question 3 in the negative, relying on my remarks in *R. v. Arkell*, [1990] 2 S.C.R. 695, released concurrently, as well as the opinion of McLachlin J.A. (now of this Court) for the British Columbia Court of Appeal in that case (1988), 43 C.C.C. (3d) 402.

In *Martineau*, the sole issue was the constitutionality of s. 213(a). Under s. 213(a), a whole series of requirements must be met before an accused can be convicted for murder. While I disagreed with my colleague's introduction of subjective foresight of death as the exclusive constitutional standard to be applied for the crime of murder, I do agree with his assessment in the present case that "[t]he distinction between first and second degree murder only comes into play when it has first been proven beyond a reasonable doubt that the offender is guilty of murder" (p. 720).

In order to be found guilty of first degree murder under s. 214(5)(e), the offender must have committed murder "while committing or attempting to commit . . . forcible confinement". This is in addition to the stringent criteria for the crime of murder itself; either subjective foresight of death, and/or the commission of a predicate crime included in a circumscribed list of offences under s. 213, combined with the concomitant intentional infliction of bodily harm resulting in death. When all of these factors are consolidated, it is certainly appropriate for Parliament to impose its most severe punishment.

Therefore I would dismiss this appeal answering the constitutional questions as follows:

1. Does s. 230(a) [then s. 213(a)] of the *Criminal Code* contravene the rights and freedoms guaranteed by s. 7 and/or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. No.

ative, et par voie de conséquence la deuxième question doit demeurer sans réponse. Pour les motifs que j'ai exprimés dans l'arrêt *R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695, aussi rendu ce jour, ainsi que ceux que le juge McLachlin (maintenant juge de notre Cour) a exprimés au nom de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en l'espèce (1988), 43 C.C.C. (3d) 402, je suis également d'avis de répondre à la troisième question par la négative.

Le seul point en litige dans l'affaire *Martineau* était la constitutionnalité de l'al. 213a). En vertu de cet alinéa, toute une série d'exigences doivent être respectées pour qu'un accusé puisse être reconnu coupable de meurtre. Bien que j'aie, dans cette affaire, exprimé mon désaccord avec mon collègue quant à l'introduction de la notion de prévision subjective de la mort comme norme constitutionnelle exclusive à appliquer au crime de meurtre, je suis d'accord ici avec lui lorsqu'il dit que «[l]a distinction entre le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré n'entre en jeu qu'après qu'il a été établi hors de tout doute raisonnable que le délinquant est coupable de meurtre» (p. 720).

Pour être reconnu coupable de meurtre au premier degré en vertu de l'al. 214(5)e), l'accusé doit avoir commis le meurtre «en commettant ou tentant de commettre [...] [une] séquestration». Cette exigence s'ajoute aux critères stricts applicables au crime de meurtre lui-même: la prévision subjective de la mort ou la perpétration d'un crime compris dans une liste restreinte d'infractions énumérées à l'art. 213, ou les deux à la fois, jointe à l'infliction intentionnelle concomitante de lésions corporelles causant la mort. Lorsque tous ces facteurs sont réunis, il est certes approprié que le Parlement impose la peine la plus sévère.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. L'alinéa 230a) [à l'époque l'al. 213a)] du *Code criminel* contrevient-il aux droits et libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. Non.

2. If the answer to question 1 is affirmative, is s. 230(a) [then s. 213(a)] of the *Criminal Code* justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?
- A. This question does not have to be answered.
3. Is s. 231(5)(e) [then s. 214(5)(e)] of the *Criminal Code* inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
- A. No.
4. Is s. 231(5)(e) [then s. 214(5)(e)] in combination with s. 742(a) [then s. 669(a)] of the *Criminal Code* inconsistent with ss. 7, 9 and, or in the alternative, s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
- A. No.
5. Does s. 231(5)(e) [then s. 214(5)(e)] in combination with s. 742 [then s. 669] of the *Criminal Code* abrogate or infringe the rights guaranteed by s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*?
- A. No.
6. If the answer to questions 3 or 4 is in the affirmative, is s. 231(5)(e) [then s. 214(5)(e)] justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?
- A. This question does not have to be answered.
2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'al. 230a [à l'époque l'al. 213a] du *Code criminel* est-il justifié en vertu de l'article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?
- R. Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.
3. L'alinéa 231(5)e [à l'époque l'al. 214(5)e] du *Code criminel* est-il incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- R. Non.
4. L'alinéa 231(5)e [à l'époque l'al. 214(5)e], combiné à l'al. 742a [à l'époque l'al. 669a] du *Code criminel*, est-il incompatible avec les art. 7, 9 ou subsidiairement l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- R. Non.
5. L'alinéa 231(5)e [à l'époque l'al. 214(5)e], combiné à l'art. 742 [à l'époque l'art. 669] du *Code criminel*, abroge-t-il ou enfreint-il les droits garantis par l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*?
- R. Non.
6. Si la réponse aux questions 3 ou 4 est affirmative, l'al. 231(5)e [à l'époque l'al. 214(5)e] est-il justifié en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?
- R. Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—I agree with Chief Justice Lamer that the appeal must be dismissed pursuant to s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. With respect to s. 213(a), I would answer the constitutional questions in the manner proposed by Lamer C.J. I would do so for the reasons I gave in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633. With respect to s. 214(5)(e), I agree with Lamer C.J. except to the extent that he relies on the view that murder, and hence first degree murder, constitutionally requires subjective foresight of death.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA—Je suis d'accord avec le juge en chef Lamer pour dire que le pourvoi doit être rejeté conformément au sous-al. 613(1)b)(iii) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Quant à l'al. 213a), je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la manière proposée par le juge en chef Lamer. Je suis d'avis de le faire pour les raisons que j'ai exposées dans l'affaire *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633. En ce qui concerne l'al. 214(5)e), je partage l'opinion du juge en chef Lamer sauf dans la mesure où il se fonde sur le point de vue que le meurtre, et partant, le meurtre au premier degré, exige constitutionnellement la prévision subjective de la mort.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Alexander D. Pringle, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Jack Watson, Edmonton.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: Alexander D. Pringle, Edmonton.

Procureur de l'intimée: Jack Watson, Edmonton.

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

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Sutcliffe Logan, Jr. and Warren Leroy Johnson *Respondents*

and

The Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: R. v. LOGAN

File No.: 21382.

1990: March 27; 1990: September 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Constructive murder — Killing occurring during robbery by an accomplice — Whether s. 21(2) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 21(2).

Criminal law — Constructive murder — Whether s. 21(2) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter.

Respondents were convicted of attempted murder. During a robbery—one of a series—a person was shot and severely injured. Neither respondent did the shooting. Respondent Johnson, however, admitted to being one of the robbers but stated that he had no intention to shoot and that there had been no discussion concerning the use of guns. Respondent Logan had boasted of being involved in planning the robberies. The trial judge instructed the jury that the Crown had to establish beyond a reasonable doubt that the accused knew or ought to have known that someone would probably shoot with the intention of killing. The Court of Appeal allowed appeals with respect to the convictions for attempted murder and substituted convictions for robbery. At issue here was (1) whether s. 21(2) of the

* Chief Justice at the time of hearing.

** Chief Justice at the time of judgment.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Sutcliffe Logan Jr. et Warren Leroy Johnson *Intimés*

et

Le procureur général du Canada *Intervenant*^b RÉPERTORIÉ: R. c. LOGAN

N° du greffe: 21382.

1990: 27 mars; 1990: 13 septembre.

^c Présents: Le juge en chef Dickson*, le juge en chef Lamer** et les juges Wilson, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory.

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

^d

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Meurtre par imputation — Homicide survenu au cours d'un vol qualifié commis par un complice — L'article 21(2) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d) — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 21(2).

^e

Droit criminel — Meurtre par imputation — L'article 21(2) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?

^f

Les intimés ont été reconnus coupables de tentative de meurtre. Au cours d'un vol qualifié—un parmi plusieurs autres—une personne a été atteinte d'un coup de feu et a été grièvement blessée. Ni l'un ni l'autre intimé n'est à l'origine du coup de feu. L'intimé Johnson a cependant admis être un des voleurs mais a dit qu'il n'avait eu aucune intention de faire feu et qu'il n'y avait eu aucune discussion concernant l'usage d'armes à feu. L'intimé Logan s'était vanté d'avoir participé à la planification des vols. Le juge du procès a dit au jury dans ses directives que le ministère public devait établir hors de tout doute raisonnable que l'accusé savait ou devait savoir que quelqu'un ferait probablement feu dans l'intention de tuer. La Cour d'appel a accueilli les appels en ce qui concerne les déclarations de culpabilité de tenta-

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

** Juge en chef à la date du jugement.

Criminal Code infringed ss. 7 and/or 11(d) of the *Charter*, and (2), if so, whether it was justified under s. 1.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Lamer C.J. and Wilson, Gonthier and Cory JJ.: *R. v. Vaillancourt* cannot be construed as saying that, as a general proposition, Parliament cannot ever enact provisions requiring different levels of guilt for principal offenders and parties. As a matter of policy, the proposition seems more equitable than not but should not be characterized as a principle of fundamental justice.

There are a few offences with respect to which the operation of the objective component of s. 21(2) will restrict the rights of an accused under s. 7. If an offence is one of the few for which s. 7 requires a minimum degree of *mens rea*, *Vaillancourt* does preclude Parliament from providing for the conviction of a party to that offence on the basis of a degree of *mens rea* below the constitutionally required minimum.

The question whether a party to an offence had the requisite *mens rea* to found a conviction pursuant to s. 21(2) must be answered in two steps. Firstly, is there a minimum degree of *mens rea* which is required as a principle of fundamental justice before one can be convicted as a principal for this particular offence? Secondly, if the principles of fundamental justice do require a certain minimum degree of *mens rea* in order to convict for this offence, then that minimum degree of *mens rea* is constitutionally required to convict a party to that offence as well.

The requisite *mens rea* for a murder conviction logically must be the same for a conviction of attempted murder. However, logic is not sufficient reason to label something a "constitutional requirement".

The sentencing range available to the judge is not conclusive of the level of *mens rea* constitutionally required. Instead, the crucial consideration is whether there is a continuing serious social stigma which will be imposed on the accused upon conviction.

The *mens rea* for attempted murder cannot, without restricting s. 7 of the *Charter*, require less than subject-

tive de meurtre et les a remplacées par des déclarations de culpabilité de vol qualifié. Il s'agit en l'espèce de savoir (1) si le par. 21(2) du *Code criminel* porte atteinte à l'art. 7 ou à l'al. 11d) de la *Charte*, ou aux deux à la fois, et (2), dans l'affirmative, s'il est justifié en vertu de l'article premier.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson, le juge en chef Lamer et les juges Wilson, Gonthier et Cory: On ne peut dégager de l'arrêt *R. c. Vaillancourt* une proposition générale portant que le Parlement ne peut jamais adopter de dispositions exigeant des niveaux différents de culpabilité de la part des auteurs principaux et des parties. En principe, la proposition semble plutôt équitable, mais elle ne doit pas être érigée en principe de justice fondamentale.

Il y a quelques infractions à l'égard desquelles l'application de l'élément objectif du par. 21(2) restreindra les droits que l'art. 7 reconnaît à un accusé. Si une infraction est de celles pour lesquelles l'art. 7 exige un degré minimum de *mens rea*, alors l'arrêt *Vaillancourt* empêche effectivement le Parlement de prévoir la déclaration de culpabilité d'une partie à cette infraction sur le fondement d'un degré de *mens rea* moindre que le degré minimum exigé par la Constitution.

L'examen de la question de savoir si une partie à une infraction avait la *mens rea* requise pour justifier une déclaration de culpabilité en application du par. 21(2) doit se faire en deux étapes. Premièrement, un degré minimum de *mens rea* est-il requis, à titre de principe de justice fondamentale, pour qu'une personne puisse être déclarée coupable comme auteur principal de cette infraction particulière? Deuxièmement, si les principes de justice fondamentale exigent un certain degré minimum de *mens rea* pour justifier une déclaration de culpabilité de cette infraction, alors ce degré minimum de *mens rea* est également exigé par la Constitution pour justifier la déclaration de culpabilité d'une partie à cette infraction.

La *mens rea* requise pour une déclaration de culpabilité de meurtre doit logiquement être la même pour une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre. Cependant, la logique n'est pas une raison suffisante pour apposer l'étiquette d'«exigence constitutionnelle».

L'éventail de peines que le juge peut imposer n'est pas déterminant du niveau de *mens rea* requis par la Constitution. Le point décisif est plutôt de savoir si la déclaration de culpabilité imposera à l'accusé des stigmates sociaux graves et prolongés.

La *mens rea* requise de l'auteur d'une tentative de meurtre ne peut pas, sans restreindre l'art. 7 de la

tive foresight of the accused—the mental element required of a murderer under s. 212(a)(i). Parliament could well extend our definition of attempted murder to include the unsuccessful murderers of s. 212(a)(ii) but it cannot go further and include objective foreseeability as being sufficient for a conviction without restricting s. 7 of the *Charter*.

When the principles of fundamental justice require subjective foresight in order to convict a principal of attempted murder, that same minimum degree of *mens rea* is constitutionally required to convict a party to the offence of attempted murder. Any conviction for attempted murder, whether of the principal directly or of a party pursuant to s. 21(2), will carry enough stigma to trigger the constitutional requirement. To the extent that s. 21(2) would allow for the conviction of a party to the offence of attempted murder on the basis of objective foreseeability, its operation restricts s. 7 of the *Charter*.

Given that a minimum degree of *mens rea* (subjective foresight) is constitutionally required to convict a principal of the offence of attempted murder, the restriction of s. 7 in this case is in convicting, through the operation of s. 21(2), a non-principal who does not have that same degree of *mens rea*. It is not the legislative objective of s. 21(2) as a whole which this Court must scrutinize, but only the legislative objective of that portion of s. 21(2) that restricts the accused's rights under s. 7 of the *Charter* in issue in the present case. This differential treatment of parties and principals charged with attempted murder is the restriction which must undergo the s. 1 test.

In this case, the objective of such a differentiation is to deter joint criminal enterprises and to encourage persons who do participate to ensure that their accomplices do not commit offences beyond the planned unlawful purpose. This is a legislative objective of sufficient importance to justify overriding the rights of an Accused under s. 7 of the *Charter*.

The objective of the legislation is that this possibility of conviction through s. 21(2) will make parties more responsible for the actions of their accomplices. Clearly, then, there is a rational connection between the restriction and the legislative objective. It, nevertheless, does not satisfy the proportionality test because it unduly impairs an accused's rights under s. 7 of the *Charter*.

Charte, exiger moins qu'une prévision subjective de la part de l'accusé—l'élément moral requis d'un meurtrier en vertu du sous-al. 212a)(i). Le Parlement pourrait bien étendre notre définition de la tentative de meurtre pour inclure les meurtriers visés au sous-al. 212a)(ii) qui n'ont pas réussi leur coup, mais il ne peut pas aller plus loin et édicter que la prévisibilité objective est suffisante pour justifier une déclaration de culpabilité, sans restreindre l'art. 7 de la *Charte*.

Lorsque les principes de justice fondamentale exigent une prévision subjective pour déclarer coupable l'auteur principal d'une tentative de meurtre, ce même degré minimum de *mens rea* est exigé par la Constitution pour déclarer coupable une partie à l'infraction de tentative de meurtre. Toute déclaration de culpabilité de tentative de meurtre, qu'il s'agisse de l'auteur principal directement ou d'une partie en application du par. 21(2), entraînera suffisamment de stigmates pour déclencher l'exigence constitutionnelle. Dans la mesure où le par. 21(2) autoriserait la déclaration de culpabilité d'une partie à l'infraction de tentative de meurtre sur le fondement de la prévisibilité objective, son application restreint l'art. 7 de la *Charte*.

Vu qu'un degré minimum de *mens rea* (la prévision subjective) est requis du point de vue constitutionnel pour déclarer coupable l'auteur principal d'une tentative de meurtre, la restriction de l'art. 7 en l'espèce se situe dans la déclaration de culpabilité, par l'application du par. 21(2), d'une partie qui n'a pas ce même degré de *mens rea*. Ce n'est pas l'objectif législatif du par. 21(2) dans son ensemble que notre Cour doit examiner, mais seulement l'objectif législatif de la partie du par. 21(2) qui restreint en l'espèce les droits de l'accusé en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. Ce traitement différent des parties et des auteurs principaux accusés de tentative de meurtre est la restriction qui doit subir le test de l'article premier.

En l'espèce, l'objectif d'une telle différenciation est de décourager les entreprises criminelles communes et d'inciter les personnes qui participent à ce genre d'entreprises à s'assurer que leurs complices ne commettent pas d'infractions autres que celles qui ont été planifiées. C'est un objectif législatif suffisamment important pour justifier une dérogation aux droits reconnus à un accusé en vertu de l'art. 7 de la *Charte*.

L'objectif de cette disposition est que cette possibilité d'une déclaration de culpabilité au moyen du par. 21(2) rendra les parties plus responsables des actes de leurs complices. Il y a donc nettement un lien rationnel entre la restriction et l'objectif législatif. Néanmoins, elle ne respecte pas le critère de proportionnalité parce qu'elle réduit indûment les droits que l'art. 7 de la *Charte* reconnaît à l'accusé.

Because of the importance of the legislative purpose, the objective component of s. 21(2) can be justified with respect to most offences. However, with respect to the few offences for which the Constitution requires subjective intent, the stigma renders the infringement too serious and outweighs the legislative objective which, therefore, cannot be justified under s. 1.

The words "or ought to have known" are inoperative when considering under s. 21(2) whether a person is a party to any offence where it is a constitutional requirement for a conviction that foresight of the consequences be subjective, which is the case for attempted murder. Once these words are deleted, the remaining section requires, in the context of attempted murder, that the party to the common venture know that it is probable that his accomplice would do something with the intent to kill in carrying out the common purpose.

Per L'Heureux-Dubé J.: The factors which, according to the majority, operated to render the objective foreseeability standard unconstitutional in *R. v. Martineau* are not importable to the crime of attempted murder. A conviction for attempted murder requires proof of the specific intent to kill. No lesser *mens rea* will suffice. Parliament has decided to create a distinct offence for attempted murder, recognizing that the results of criminal acts are not to be ignored. The death of a victim renders a standard of objective foreseeability constitutionally permissible. When the attempt does not result in death, logic as well as principles of fundamental justice enshrined in the *Charter* dictate that the specific intent to have committed the attempted murder must be conclusively proven. When mere attempts are at issue, *mens rea* assumes a dominant role. The rationale for invoking a test of subjective foresight for attempted murder does not stem from the crime's relationship to the crime of completed murder, but rather from its connection to crimes of attempt generally. The motivation for requiring subjective foresight for attempt crimes radiates from the primacy of the *mens rea* component, not from any potential penalties or social stigma that might attend conviction for the completed offence.

For mere attempts, no other unlawful act is necessary. Intent is what is being punished by s. 222, not the act itself. The *mens rea* criteria for the full offence of murder and mere attempt are necessarily different.

À cause de l'importance de l'objectif législatif, l'élément objectif du par. 21(2) peut se justifier relativement à la plupart des infractions. Cependant, dans le cas des quelques infractions pour lesquelles la Constitution exige l'intention subjective, les stigmates rendent la violation trop grave et l'emportent sur l'objectif législatif qui, par conséquent, ne peut pas être justifié en vertu de l'article premier.

Les mots «devait savoir» sont inopérants quand on cherche à déterminer, en vertu du par. 21(2), si une personne est partie à une infraction pour laquelle la Constitution exige, pour justifier une déclaration de culpabilité, une prévision subjective des conséquences, ce qui est le cas de la tentative de meurtre. Une fois ces mots supprimés, le reste de la disposition exige, dans le contexte de la tentative de meurtre, que la partie au projet commun sache qu'il est probable que son complice fera quelque chose avec l'intention de tuer dans la poursuite de l'objectif commun.

Le juge L'Heureux-Dubé: Les facteurs qui, suivant la majorité, ont eu pour effet de rendre inconstitutionnel le critère de prévisibilité objective dans l'arrêt *R. c. Martineau* ne sont pas applicables au crime de tentative de meurtre. Une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre requiert la preuve de l'intention spécifique de tuer. Une *mens rea* moindre ne sera pas suffisante. Le Parlement a décidé de créer une infraction distincte de tentative de meurtre, reconnaissant par là que les résultats d'actes criminels ne doivent pas être ignorés. La mort d'une victime rend un critère de prévisibilité objective constitutionnellement acceptable. Lorsque la tentative ne cause pas la mort, la logique et les principes de justice fondamentale consacrés dans la *Charte* exigent que l'intention spécifique de commettre la tentative de meurtre soit prouvée de façon concluante. Lorsque de simples tentatives sont en cause, la *mens rea* joue un rôle dominant. La philosophie sous-jacente au choix du critère de prévision subjective en matière de tentative de meurtre ne vient pas de la relation entre ce crime et le crime de meurtre complété, mais plutôt de son lien avec les crimes de tentative en général. L'exigence de prévision subjective pour les crimes de tentative est motivée par la primauté de l'élément *mens rea*, et non par les peines éventuelles ou les stigmates sociaux qui pourraient se rattacher à une déclaration de culpabilité de l'infraction complète.

Dans le cas de simples tentatives, aucun autre acte illicite n'est nécessaire. L'article 222 punit l'intention, non l'acte lui-même. Les critères de la *mens rea* pour l'infraction complète de meurtre et pour de simples tentatives sont nécessairement différents.

The words "ought to know" are not to be read out of the section in all cases. This measure of objective foreseeability is certainly appropriate when the *mens rea* of the principal can be ascertained according to an objective standard as well.

No killing took place here. The crime was one for which the specific intent of the principal had to be shown. In those instances where the principal is held to a *mens rea* standard of subjective foresight, the party cannot constitutionally be convicted for the same crime on the basis of an objective foreseeability standard. In this regard the *actus reus* component of the offence cannot be ignored. Policy considerations addressed in *Martineau* justify treating completed killings more harshly than attempted ones. If someone who attempts to kill cannot be convicted unless the Crown proves that he had the specific intent to do so, then he who accompanied the principal cannot be convicted if the Crown merely shows that the attempted murder was objectively foreseeable.

Per Sopinka J There is no principle of fundamental justice whereby in all cases the level of *mens rea* possessed by the principal offender must also be possessed by the party. The correct constitutional principle is that if social stigma and other factors require the principal offender to possess a constitutional minimum mind state in order to be convicted of an offence, then a party under s. 21(2) must possess that same minimum mind state. If it is assumed that murder requires subjective foresight of death, it follows that subjective foresight is a constitutional requirement for attempted murder.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Considered: *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225; **referred to:** *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

By L'Heureux-Dubé J.

Distinguished: *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Rodney*, [1990] 2 S.C.R. 687; **referred to:** *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636.

Les mots «devait savoir» de cet article ne seront pas inopérants dans tous les cas. Cette mesure de prévisibilité objective est certainement appropriée lorsque la *mens rea* de l'auteur principal peut être vérifiée en fonction d'un critère qui est lui aussi objectif.

Il n'y a pas eu d'homicide en l'espèce. Le crime ici en cause est un crime pour lequel l'intention spécifique de l'auteur principal devait être démontrée. Dans les cas où l'auteur principal est soumis à un critère de *mens rea* qui exige la prévision subjective, la partie à l'infraction ne peut être constitutionnellement reconnue coupable du même crime en fonction d'un critère de prévisibilité objective. À cet égard, l'élément *actus reus* de l'infraction ne saurait être ignoré. Les considérations de principe examinées dans l'arrêt *Martineau* justifient qu'on traite les meurtres complets plus sévèrement que les tentatives de meurtre. Si une personne qui tente de tuer ne peut être reconnue coupable que si le ministère public prouve qu'elle avait l'intention spécifique de le faire, alors, celui qui accompagnait l'auteur principal ne peut pas être reconnu coupable si le ministère public prouve seulement que la tentative était objectivement prévisible.

Le juge Sopinka: Il n'existe pas de principe de justice fondamentale selon lequel il faut, dans tous les cas, que la partie à une infraction possède le même degré de *mens rea* que l'auteur principal de cette infraction. Le bon principe constitutionnel est celui qui porte que si les stigmates sociaux et autres facteurs exigent que l'auteur principal de l'infraction possède l'état d'esprit minimum requis constitutionnellement pour être déclaré coupable de cette infraction, alors une partie au sens du par. 21(2) doit posséder le même état d'esprit minimal. Si on suppose que le meurtre est une infraction qui exige la prévision subjective de la mort, il s'ensuit que la prévision subjective est une condition constitutionnelle de la tentative de meurtre.

Jurisprudence

h Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts examinés: *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225; **arrêts mentionnés:** *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Distinction d'avec les arrêts: *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Rodney*, [1990] 2 R.C.S. 687; **arrêts mentionnés:** *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636.

By Sopinka J.

Applied: *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21(1), (2), 212(a)(i), 213(a), 222.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1988), 67 O.R. (2d) 87, 30 O.A.C. 321, 46 C.C.C. (3d) 354, 57 D.L.R. (4th) 58, allowing the respondents' appeals from convictions on charges of attempted murder by Colter Dist. Ct. J. sitting with jury. Appeal dismissed.

W. J. Blacklock and *Ken Campbell*, for the appellant.

Peter Connelly, for the respondents.

Bruce MacFarlane, Q.C., and *Don Avison*, for the intervener the Attorney General of Canada.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer C.J. and Wilson, Gonthier and Cory JJ. was delivered by

LAMER C.J.—

Facts

The two respondents, Sutcliffe Logan Jr. and Warren Leroy Johnson, together with two other co-accused, Hugh Logan (the brother of respondent Logan) and Clive Brown, were all charged with a number of offences arising from a series of robberies in the Toronto area. This appeal pertains only to the charges against the two respondents for attempted murder which resulted from an incident during one of the robberies.

The facts surrounding the incident are as follows. At around 11:00 p.m. on September 23, 1983, Hugh Logan, Clive Brown and the respondent Warren Johnson entered a convenience store,

Citée par le juge Sopinka

Arrêts appliqués: *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 21(1), (2), 212a(i), 213a), 222.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1988), 67 O.R. (2d) 87, 30 O.A.C. 321, 46 C.C.C. (3d) 354, 57 D.L.R. (4th) 58, qui a accueilli les appels interjetés par les intimés à l'encontre des déclarations de culpabilité prononcées par le juge Colter de la Cour de district, siégeant avec jury, relativement à des accusations de tentative de meurtre. Pourvoi rejeté.

W. J. Blacklock et *Ken Campbell*, pour l'appelante.

Peter Connelly, pour les intimés.

Bruce MacFarlane, c.r., et *Don Avison*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Version française du jugement du juge en chef Dickson, du juge en chef Lamer et des juges Wilson, Gonthier et Cory rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER—

Les faits

Les deux intimés, Sutcliffe Logan Jr. et Warren Leroy Johnson, ainsi que deux autres coaccusés, Hugh Logan (frère de l'intimé Logan) et Clive Brown, ont tous été inculpés de plusieurs infractions à la suite d'une série de vols qualifiés commis dans la région de Toronto. Ce pourvoi ne porte que sur les accusations de tentative de meurtre portées contre les deux intimés, à la suite d'un incident qui s'est produit au cours de l'un des vols.

Les circonstances de l'incident sont les suivantes. Vers 23 h, le 23 septembre 1983, Hugh Logan, Clive Brown et l'intimé Warren Johnson, masqués et armés de revolvers, sont entrés dans un dépan-

wearing masks and armed with revolvers. Hugh Logan shot the lone clerk, Barbara Turnbull, in the neck, causing severe injuries. The cash register was robbed and the men fled.

While awaiting trial on the charges, the respondents were held in protective custody in a jail in the Toronto area. Shortly before the trial, the police received information from an informer that the respondent Sutcliffe Logan was boasting openly about his involvement in the planning of the robberies, including the one from which the attempted murder charges arose. Two undercover police officers were placed in protective custody with the respondents, posing as two persons arrested on drug charges. The officers struck up an acquaintance with the two respondents who made certain inculpatory statements. The officers testified that they did not encourage the respondents to talk, but merely provided the opportunity for the making of the statements. The officers made notes of the conversation immediately following the conversation during what they pretended was a visit from an articling student from their lawyer's office.

These statements were admitted into evidence at trial. Also during the course of the trial, the respondent Warren Johnson took the stand and, while admitting that he was one of the robbers, testified that he had no intention to shoot anyone and that there had been no discussion concerning the use of guns.

In his charge to the jury with respect to the respondent Warren Johnson, the trial judge said that "you may well have considerable doubt whether he knew or should have known that one of his group would probably shoot somebody with the intention to kill". With respect to the respondent Sutcliffe Logan, he stated that "you would then have to consider whether he knew or should have known that one of the group would probably, in the course of the robbery, shoot someone with intent to kill". In his explanation of s. 21 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, the trial judge instructed the jury that "[i]t must be established beyond a reasonable doubt that the accused knew or ought to have known that someone would probably shoot with the intention of killing".

neur. Hugh Logan a fait feu sur la seule employée, Barbara Turnbull, et l'a grièvement blessée au cou. Les hommes ont vidé la caisse de son contenu et se sont enfuis.

^a En attendant leur procès, les intimés ont été détenus sous garde préventive dans une prison de la région de Toronto. Peu de temps avant le procès, la police a appris d'un indicateur que l'intimé ^b Sutcliffe Logan se vantait ouvertement de sa participation à la planification des vols, y compris celui à l'origine des accusations de tentative de meurtre. Deux agents banalisés ont été placés en détention préventive avec les intimés et ont prétendu avoir ^c été arrêtés pour des affaires de drogue. Les agents ont fait connaissance avec les intimés qui ont fait certaines déclarations incriminantes. Les agents ont témoigné qu'ils n'avaient pas encouragé les intimés à parler, mais qu'ils leur avaient simple- ^d ment fourni l'occasion de faire les déclarations. Les agents avaient pris des notes immédiatement après la conversation, pendant ce qu'ils ont prétendu être la visite d'un stagiaire de leur cabinet ^e d'avocats.

Ces déclarations ont été admises en preuve au procès. L'intimé Warren Johnson a témoigné au procès et, bien qu'ayant admis avoir été un des voleurs, il a dit n'avoir eu aucune intention de faire feu sur qui que ce soit et n'avoir eu aucune discussion concernant l'usage de revolvers.

^g Dans son exposé au jury au sujet de l'intimé Warren Johnson, le juge du procès a dit: [TRA-DUCTION] «Vous pouvez fort bien avoir un doute sérieux quant à savoir s'il savait ou aurait dû savoir qu'un membre de son groupe ferait probablement feu sur quelqu'un dans l'intention de tuer». À propos de l'intimé Sutcliffe Logan, il a affirmé: [TRADUCTION] «Vous devriez alors vous demander s'il savait ou aurait dû savoir qu'un ^h membre du groupe ferait probablement feu sur quelqu'un dans l'intention de tuer au cours du vol». Dans son explication de l'art. 21 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, le juge du procès a dit dans ses directives au jury: [TRADUCTION] «[i]l faut ⁱ établir hors de tout doute raisonnable que l'accusé savait ou devait savoir que quelqu'un ferait proba- blement feu dans l'intention de tuer».

Hugh Logan was found by the jury to have been the one who shot the victim. The respondents were convicted by the jury of a number of offences including the attempted murder of Barbara Turnbull. The respondents appealed their convictions to the Court of Appeal for Ontario. The Court of Appeal allowed their appeals with respect to the convictions for attempted murder, and substituted convictions for armed robbery in their stead. The only issue before this Court is the constitutionality of s. 21(2) of the *Criminal Code*.

Relevant Statutory Provision

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 21.

21. (1) Every one is a party to an offence who

- (a) actually commits it,
- (b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it, or
- (c) abets any person in committing it.

(2) Where two or more persons form an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein and any one of them, in carrying out the common purpose, commits an offence, each of them who knew or ought to have known that the commission of the offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose is a party to that offence.

Judgment Below

Court of Appeal for Ontario (1988), 63 O.R. (2d) 87

The Court began by reviewing the decision of this Court in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, with a view to considering its effect on the provisions of s. 21 of the *Criminal Code* in the context of a charge of being a party to an attempted murder. The Court noted that the *mens rea* for the principal on a charge of attempted murder "cannot be less than the specific intent to kill": *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225. Indeed, the Court of Appeal quoted at length from the judgment of McIntyre J. who spoke for the Court in that case. In the case at bar, the Court noted that it was open to the jury to have a reasonable doubt as to whether the respondents knew it was a probable consequence of the robbery that Hugh Logan

Le jury a conclu que c'était Hugh Logan qui avait fait feu sur la victime. Le jury a déclaré les intimés coupables d'un certain nombre d'infractions, y compris de la tentative de meurtre de Barbara Turnbull. Les intimés ont interjeté appel de leurs déclarations de culpabilité devant la Cour d'appel de l'Ontario. La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli leurs appels sur les déclarations de culpabilité de tentative de meurtre et les a remplacées par des déclarations de culpabilité de vol qualifié. La seule question que notre Cour doit trancher porte sur la constitutionnalité du par. 21(2) du *Code criminel*.

La disposition législative pertinente

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 21.

21. (1) Est partie à une infraction quiconque

- a) la commet réellement,
- b) accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre, ou
- c) encourage quelqu'un à la commettre.

(2) Quand deux ou plusieurs personnes forment ensemble le projet de poursuivre une fin illégale et de s'y entr'aider et que l'une d'entre elles commet une infraction en réalisant cette fin commune, chacune d'elles qui savait ou devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction, est partie à cette infraction.

La décision du tribunal d'instance inférieure

La Cour d'appel de l'Ontario (1988), 63 O.R. (2d) 87

La cour a commencé par examiner l'arrêt de notre Cour *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, en vue d'examiner son effet sur les dispositions de l'art. 21 du *Code criminel* dans le contexte de l'accusation d'être partie à une tentative de meurtre. La cour a souligné que la *mens rea* de l'auteur principal relativement à une accusation de tentative de meurtre «ne peut être rien de moins que l'intention spécifique de tuer»: *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225. La Cour d'appel a d'ailleurs reproduit de larges extraits de l'opinion du juge McIntyre qui s'exprimait au nom de notre Cour dans cet arrêt. En l'espèce, la cour a souligné que le jury pouvait avoir un doute raisonnable quant à savoir si les intimés savaient que le vol aurait pour

would shoot with the intent to kill and that the jury may have found them guilty on the basis of objective foreseeability; that is, that the respondents ought to have known that the shooting was a probable consequence of the robbery. The Court concluded as follows at pp. 133-34:

As previously noted, on a charge of attempted murder, the necessary *mens rea* must be that of an intention to kill. In our opinion, in so far as s. 21(2) permits a conviction of a party for the offence of attempted murder on the basis of objective foreseeability, a lesser degree of *mens rea* than is required for the principal, it is contrary to the principles of fundamental justice. Nor do we think that this departure from the principles of fundamental justice can be saved by s. 1 of the Charter.

Thus, on a charge of attempted murder, where s. 21(2) is invoked to determine the liability of a party to the offence, the words of s. 21(2), "ought to have known", must be held to be inoperative and cannot be resorted to by the trier of fact to determine the guilt of such an accused person.

Specifically with respect to s. 1 of the *Charter* the Court of Appeal held as follows at pp. 133-34:

... it is unnecessary, in order to deter others, to convict of attempted murder a person who did not know but ought to have known that the principal would shoot with intent to kill. Under such circumstances, a person who forms an intention with one or more other persons to carry out an armed robbery while armed with a firearm and to assist each other therein would be guilty of armed robbery and of using a firearm in the commission of such an indictable offence.

Severe sentences are imposed for armed robbery where all aggravating factors, such as a severe injury to the person who was robbed, are entitled to be considered. Such a severe sentence should sufficiently deter others from engaging in such criminal conduct.

The Court then noted that because the respondents had been convicted of attempted murder, the trial judge stayed the armed robbery charges, of which the respondents had also been convicted. The Court of Appeal held that the trial judge had

conséquence probable que Hugh Logan ferait feu dans l'intention de tuer, et qu'il se peut que le jury les ait déclarés coupables en se fondant sur la prévisibilité objective; c'est-à-dire que les intimés auraient dû savoir que le coup de feu était une conséquence probable du vol. La cour a conclu aux pp. 133 et 134:

[TRADUCTION] Comme nous l'avons déjà souligné, dans le cas d'une accusation de tentative de meurtre, la *mens rea* nécessaire doit être l'intention de tuer. À notre avis, dans la mesure où le par. 21(2) permet de déclarer une partie coupable de l'infraction de tentative de meurtre en fonction de la prévisibilité objective, c'est-à-dire un degré de *mens rea* moindre que celui requis dans le cas de l'auteur principal, il est contraire aux principes de justice fondamentale. Nous ne croyons pas non plus que cette dérogation aux principes de justice fondamentale peut être sauvegardée par l'article premier de la *Charte*.

Ainsi, dans une accusation de tentative de meurtre, lorsque le par. 21(2) est invoqué pour déterminer la responsabilité d'une partie à l'infraction, il faut conclure que les mots «devait savoir» du par. 21(2) sont inopérants et ne peuvent être invoqués par le juge des faits pour déterminer la culpabilité de la personne ainsi accusée.

Plus précisément, en ce qui concerne l'article premier de la *Charte*, la Cour d'appel a conclu ce qui suit aux pp. 133 et 134:

[TRADUCTION] ... il n'est pas nécessaire, pour dissuader les autres, de déclarer coupable de tentative de meurtre une personne qui ne savait pas mais aurait dû savoir que le principal accusé ferait feu dans l'intention de tuer. Dans ces circonstances, une personne qui forme avec une ou plusieurs autres personnes le projet de commettre un vol qualifié, avec une arme à feu et de s'y entraider serait coupable de vol à main armée et d'usage d'une arme à feu dans la perpétration d'un acte criminel.

Des peines sévères sont imposées dans le cas d'un vol à main armée, car on peut tenir compte de toutes les circonstances aggravantes, comme les blessures graves subies par la victime du vol. Cette peine sévère devrait suffisamment dissuader les autres de se livrer à cette conduite criminelle.

La cour a ensuite souligné que, puisque les intimés avaient été déclarés coupables de tentative de meurtre, le juge du procès avait ordonné de surseoir aux accusations de vol à main armée sur lesquelles les intimés avaient également été déclara-

erred in so doing, and it set aside the stay. Convictions for armed robbery were substituted for the attempted murder convictions and the matter was referred back to the trial judge for sentencing.

Issues

The following constitutional questions were stated by Chief Justice Dickson:

1. Does s. 21(2) of the *Criminal Code* contravene the rights and freedoms guaranteed by s. 7 and/or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 21(2) of the *Criminal Code* justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Analysis

R. v. Vaillancourt

The appellant is challenging the constitutionality of s. 21(2) in general and, in particular, of the objective component of the section ("ought to have known"). However, the Court of Appeal, quite correctly, did not declare the objective component of s. 21(2) inoperative for all offences. They dealt specifically with the operation of the provision in relation to the offence of attempted murder and the possibility that a party to an attempted murder could be convicted upon proof of objective intent, whereas a conviction of the principal would require proof of subjective intent. More generally, as a basis for their decision, the court determined that it is a principle of fundamental justice that a party to any offence cannot be found guilty of the offence based on a lower standard of requisite *mens rea* than that required for convicting the principal.

For this proposition, the court relied on our judgment in *Vaillancourt*. In that case, this Court held that for a few offences the principles of fundamental justice require that a conviction cannot stand unless there is proof beyond a reason-

rés coupables. La Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en agissant ainsi et a annulé le sursis. Elle a remplacé les déclarations de culpabilité de tentative de meurtre par des déclarations de culpabilité de vol à main armée et elle a renvoyé l'affaire au juge du procès pour qu'il détermine la peine.

Les questions en litige

Le juge en chef Dickson a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. Le paragraphe 21(2) du *Code criminel* porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 21(2) du *Code criminel* est-il justifié en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

L'analyse

L'arrêt R. c. Vaillancourt

L'appelante conteste la constitutionnalité du par. 21(2) en général et, en particulier, de l'élément objectif du paragraphe («devait savoir»). Cependant, la Cour d'appel, à bon droit, n'a pas déclaré l'élément objectif du par. 21(2) inopérant à l'égard de toutes les infractions. Elle a traité spécifiquement de l'application de la disposition à l'infraction de tentative de meurtre et de la possibilité qu'une partie à une tentative de meurtre soit déclarée coupable sur la preuve d'une intention objective, alors qu'une déclaration de culpabilité de l'auteur principal exigerait la preuve d'une intention subjective. De manière plus générale, comme fondement de son arrêt, la cour a conclu à l'existence d'un principe de justice fondamentale en vertu duquel une partie à une infraction, quelle qu'elle soit, ne peut être déclarée coupable de l'infraction sur le fondement d'un degré de *mens rea* requis moindre que celui exigé pour une déclaration de culpabilité de l'auteur principal.

La cour a fondé cette proposition sur l'arrêt *Vaillancourt* dans lequel notre Cour a statué que, dans le cas de quelques infractions, les principes de justice fondamentale signifient qu'une déclaration de culpabilité ne peut être valable sans la preuve

able doubt of a minimum degree of *mens rea*, and that legislation providing for any lesser degree violates the *Charter* and is inoperative. Murder was one of those offences.

With respect, I cannot construe *Vaillancourt* as saying that, as a general proposition, Parliament cannot ever enact provisions requiring different levels of guilt for principal offenders and parties. Although I readily admit that, as a matter of policy, the proposition seems more equitable than not, I am not ready to characterize it as a principle of fundamental justice. It must be remembered that within many offences there are varying degrees of guilt and it remains the function of the sentencing process to adjust the punishment for each individual offender accordingly. The argument that the principles of fundamental justice prohibit the conviction of a party to an offence on the basis of a lesser degree of *mens rea* than that required to convict the principal could only be supported, if at all, in a situation where the sentence for a particular offence is fixed. However, currently in Canada, the sentencing scheme is flexible enough to accommodate the varying degrees of culpability resulting from the operation of ss. 21 and 22.

That said, however, there are a few offences with respect to which the operation of the objective component of s. 21(2) will restrict the rights of an accused under s. 7. If an offence is one of the few for which s. 7 requires a minimum degree of *mens rea*, *Vaillancourt* does preclude Parliament from providing for the conviction of a party to that offence on the basis of a degree of *mens rea* below the constitutionally required minimum.

Requisite Mens Rea for Conviction Pursuant to s. 21(2)

Therefore, the question whether a party to an offence had the requisite *mens rea* to found a conviction pursuant to s. 21(2) must be answered in two steps. Firstly, is there a minimum degree of *mens rea* which is required as a principle of fundamental justice before one can be convicted as a

hors de tout doute raisonnable d'un degré minimum de *mens rea*, et qu'une disposition législative qui prévoit un degré moindre viole la *Charte* et est inopérante. Le meurtre était une de ces infractions.

^a Avec égards, je ne peux dégager de l'arrêt *Vaillancourt* une proposition générale portant que le Parlement ne peut jamais adopter de dispositions exigeant des niveaux différents de culpabilité de la part des auteurs principaux et des parties. J'admets volontiers que, en principe, la proposition semble plutôt équitable, mais je ne suis pas disposé à l'ériger en principe de justice fondamentale. Il faut rappeler que de nombreuses infractions comportent différents degrés de culpabilité et qu'il appartient à celui qui détermine la peine d'ajuster en conséquence le châtimeur de chaque contrevenant. L'argument que les principes de justice fondamentale interdisent la déclaration de culpabilité d'une partie à une infraction sur le fondement d'un degré moindre de *mens rea* que celui requis pour la déclaration de culpabilité de l'auteur principal ne pourrait valoir, si tant est qu'il le peut, que dans le cas où la peine applicable à une infraction particulière est déterminée. Cependant, aujourd'hui au Canada, le processus de détermination de la peine est assez souple pour accommoder les différents degrés de culpabilité qui résultent de l'application des art. 21 et 22.

^b Ceci dit toutefois, il y a quelques infractions à l'égard desquelles l'application de l'élément objectif du par. 21(2) restreindra les droits que l'art. 7 reconnaît à un accusé. Si une infraction est de celles pour lesquelles l'art. 7 exige un degré minimum de *mens rea*, alors l'arrêt *Vaillancourt* empêche effectivement le Parlement de prévoir la déclaration de culpabilité d'une partie à cette infraction sur le fondement d'un degré de *mens rea* moindre que le degré minimum exigé par la Constitution.

^c *La mens rea requise pour une déclaration de culpabilité en application du par. 21(2)*

^d Donc, l'examen de la question de savoir si une partie à une infraction avait la *mens rea* requise pour justifier une déclaration de culpabilité en application du par. 21(2) doit se faire en deux étapes. Premièrement, un degré minimum de *mens rea* est-il requis, à titre de principe de justice

principal for this particular offence? This is an important initial step because if there is no such constitutional requirement for the offence, the objective component of s. 21(2) can operate without restricting the constitutional rights of the party to the offence. Secondly, if the principles of fundamental justice do require a certain minimum degree of *mens rea* in order to convict for this offence, then that minimum degree of *mens rea* is constitutionally required to convict a party to that offence as well.

Step One: Section 7 and Attempted Murder

With respect to the case at bar, then, the first question which must be answered is whether the principles of fundamental justice require a minimum degree of *mens rea* in order to convict an Accused of attempted murder. *Ancio* established that a specific intent to kill is the *mens rea* required for a principal on the charge of attempted murder. However, as the constitutional question was not raised or argued in that case, it did not decide whether that requisite *mens rea* was a constitutional requirement. The case simply interpreted the offence as currently legislated.

In *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, a judgment handed down this day, this Court has decided, as a constitutional requirement, that no one can be convicted of murder unless the Crown proves beyond a reasonable doubt that the person had subjective foresight of the fact that the death of the victim was likely to ensue. Because of both the stigma and the severe penal consequences which result from a conviction for murder, the Constitution requires at least that degree of intent.

As defined in *Ancio*, the elements of *mens rea* for attempted murder are identical to those for the most severe form of murder, murder under s. 212(a)(i). For each, the accused must have had the specific intent to kill. All that differs is the

fondamentale, pour qu'une personne puisse être déclarée coupable comme auteur principal de cette infraction particulière? C'est une étape initiale importante parce que, si l'infraction n'est pas assortie de cette exigence constitutionnelle, l'élément objectif du par. 21(2) peut agir sans restreindre les droits constitutionnels de la partie à l'infraction. Deuxièmement, si les principes de justice fondamentale exigent un certain degré minimum de *mens rea* pour justifier une déclaration de culpabilité de cette infraction, alors ce degré minimum de *mens rea* est également exigé par la Constitution pour justifier la déclaration de culpabilité d'une partie à cette infraction.

Première étape: L'article 7 et la tentative de meurtre

Dans la présente affaire, il faut donc d'abord se demander si les principes de justice naturelle exigent un degré minimum de *mens rea* pour justifier une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre. L'arrêt *Ancio* a établi que la *mens rea* requise de la part de l'auteur principal relativement à une accusation de tentative de meurtre est l'intention spécifique de tuer. Cependant, comme la question constitutionnelle n'avait pas été soulevée ni plaidée dans ce pourvoi, l'arrêt n'a pas établi si la *mens rea* requise est une exigence constitutionnelle. L'arrêt a simplement interprété l'infraction visée par la loi telle qu'elle existait à ce moment-là.

Dans l'arrêt *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, rendu aujourd'hui, notre Cour a établi comme exigence constitutionnelle qu'une personne ne peut pas être déclarée coupable de meurtre si le ministère public n'a pas prouvé hors de tout doute raisonnable qu'elle avait prévu de manière subjective que la mort de la victime était le résultat probable de son acte. À cause des stigmates et des conséquences pénales graves qui résultent d'une déclaration de culpabilité de meurtre, la Constitution exige au moins ce degré d'intention.

L'arrêt *Ancio* établit que les éléments de *mens rea* de la tentative de meurtre sont identiques à ceux de la forme la plus grave de meurtre, le meurtre visé au sous-al. 212a)(i). Dans chaque cas, l'accusé doit avoir eu l'intention spécifique de

“consequences” component of the *actus reus*. Quite simply, an attempted murderer is, if caught and convicted, a “lucky murderer” Therefore, it would seem logical that the requisite *mens rea* for a murder conviction, as described in *Martineau*,^a must be the same for a conviction of attempted murder. However, logic is not sufficient reason to label something a “constitutional requirement”. As I have stated in *Vaillancourt*, the principles of fundamental justice require a minimum degree of *mens rea* for only a very few offences. The criteria by which these offences can be identified are, primarily, the stigma associated with a conviction and, as a secondary consideration, the penalties available.^c

The stigma associated with a conviction for attempted murder is the same as it is for murder. Such a conviction reveals that although no death ensued from the actions of the accused, the intent to kill was still present in his or her mind. The attempted murderer is no less a killer than a murderer: he may be lucky—the ambulance arrived early, or some other fortuitous circumstance—but he still has the same killer instinct. Secondly, while a conviction for attempted murder does not automatically result in a life sentence, the offence is punishable by life and the usual penalty is very severe.^f

It should be noted that, as a basis for a constitutionally required minimum degree of *mens rea*, the social stigma associated with a conviction is the most important consideration, not the sentence. Few offences have a high minimum sentence such as that for murder. For some offences, there is a high maximum and a low minimum penalty available; for other offences, the maximum penalty is much reduced and there is no minimum imposed whatsoever. In either situation, the fact that a lesser sentence is available or imposed, by statute or through the exercise of judicial discretion, in no way ends the inquiry. The sentencing range avail-

able. La seule différence est l'élément «conséquences» de l'*actus reus*. L'auteur d'une tentative de meurtre, s'il est déclaré coupable, est tout simplement un «meurtrier chanceux». Par conséquent, il semblerait logique que la *mens rea* requise pour une déclaration de culpabilité de meurtre, selon l'arrêt *Martineau*, soit la même pour une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre. Cependant, la logique n'est pas une raison suffisante pour apposer l'étiquette d'«exigence constitutionnelle». Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Vaillancourt*, les principes de justice fondamentale exigent un degré minimum de *mens rea* que pour très peu d'infractions. Les critères qui permettent d'identifier ces infractions sont, principalement, les stigmates associés à une déclaration de culpabilité et, comme considération secondaire, les peines qui peuvent être imposées.^c

Les stigmates associés à une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre sont les mêmes que pour un meurtre. Une telle déclaration de culpabilité révèle que, même si la mort n'a pas résulté des actes de l'accusé, l'intention de tuer était présente dans son esprit. L'auteur d'une tentative de meurtre n'est pas moins un tueur qu'un meurtrier ne l'est: il a pu être favorisé par la chance—l'ambulance est arrivée tôt, ou quelque autre circonstance fortuite—mais il avait tout de même le même instinct de tueur. Deuxièmement, bien qu'une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre n'entraîne pas automatiquement l'emprisonnement à perpétuité, l'infraction est punissable d'emprisonnement à perpétuité et la peine est habituellement très sévère.^f

Il faut remarquer que, comme fondement d'un degré minimum de *mens rea* exigé par la Constitution, ce sont les stigmates sociaux associés à une déclaration de culpabilité qui constituent la considération la plus importante, et non pas la peine. Peu d'infractions sont assorties d'une peine minimale aussi sévère que le meurtre. Pour certaines infractions, sont prévues une peine maximale sévère et une peine minimale légère; pour d'autres, la peine maximale est bien moindre et aucune peine minimale n'est prévue. Dans l'une ou l'autre situation, le fait qu'une peine moins sévère soit prévue ou imposée, par un texte de loi ou par

able to the judge is not conclusive of the level of *mens rea* constitutionally required. Instead, the crucial consideration is whether there is a continuing serious social stigma which will be imposed on the accused upon conviction.

For example, the offence of theft in the most serious circumstances is punishable by a maximum of ten years or, in less serious circumstances, a maximum of two years if the Crown proceeds by indictment; if the Crown proceeds summarily, the maximum is six months. The constitutional *mens rea* requirement would not, under s. 7, be triggered by any punishment within these ranges which the sentencing judge decided to impose. Whether the actual or available punishment is severe or not, the social stigma associated with being labelled dishonest will be automatically and unavoidably imposed upon conviction. It is because of this stigma that the principles of fundamental justice will require a minimum degree of *mens rea*, that is, as I said in *Vaillancourt*, at p. 653, "proof of some dishonesty"

For these reasons, the *mens rea* for attempted murder cannot, without restricting s. 7 of the *Charter*, require of the accused less of a mental element than that required of a murderer under s. 212(a)(i), that is, subjective foresight of the consequences. While Parliament, as I have already implied, could well extend our definition of attempted murder in *Ancio* to include the unsuccessful murderers of s. 212(a)(ii), it cannot go further and include objective foreseeability as being sufficient for a conviction without restricting s. 7 of the *Charter*.

Step Two: *Mens Rea* for Attempted Murder Pursuant to s. 21(2)

Having completed the initial step of the inquiry, one can proceed to the second step in determining the requisite *mens rea* for the conviction of a party

l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire judiciaire, ne clôt d'aucune façon le débat. L'éventail de peines que le juge peut imposer n'est pas déterminant du niveau de *mens rea* requis par la Constitution. Le point décisif est plutôt de savoir si la déclaration de culpabilité imposera à l'accusé des stigmates sociaux graves et prolongés.

Par exemple, l'infraction de vol dans les circonstances les plus graves est punissable d'un maximum de dix ans d'emprisonnement ou, dans des circonstances moins graves, d'un maximum de deux ans d'emprisonnement si la poursuite procède par voie de mise en accusation; si elle procède par voie sommaire, la peine maximale est de six mois d'emprisonnement. L'imposition par un juge d'une peine se situant à l'intérieur de ce cadre ne déclencherait pas, en vertu de l'art. 7, l'exigence constitutionnelle relative à la *mens rea*. Que la peine réelle ou possible soit sévère ou non, les stigmates sociaux associés au fait d'être qualifié de malhonnête seront automatiquement et inévitablement imposés avec la déclaration de culpabilité. C'est à cause de ces stigmates que les principes de justice fondamentale exigeront un degré minimum de *mens rea*, en l'occurrence, comme je l'ai dit à la p. 653 de l'arrêt *Vaillancourt*, la «preuve d'une certaine malhonnêteté».

Pour ces motifs, la *mens rea* requise de l'auteur d'une tentative de meurtre ne peut pas, sans restreindre l'art. 7 de la *Charte*, être un élément moral moindre que celui requis d'un meurtrier en vertu du sous-al. 212a)(i), c'est-à-dire une prévision subjective des conséquences. Bien que, comme je l'ai déjà laissé entendre, le Parlement puisse étendre la définition de la tentative de meurtre que nous avons donnée dans l'arrêt *Ancio* pour inclure les meurtriers visés au sous-al. 212a)(ii) qui n'ont pas réussi leur coup, il ne peut pas aller plus loin et édicter que la prévision objective est suffisante pour justifier une déclaration de culpabilité, sans restreindre l'art. 7 de la *Charte*.

Deuxième étape: La *mens rea* applicable à la tentative de meurtre en vertu du par. 21(2)

Après cette première étape de l'exercice, nous pouvons passer à la seconde et déterminer la *mens rea* requise pour déclarer une partie coupable, en

pursuant to s. 21(2) on a charge of attempted murder. When the principles of fundamental justice require subjective foresight in order to convict a principal of attempted murder, that same minimum degree of *mens rea* is constitutionally required to convict a party to the offence of attempted murder. Any conviction for attempted murder, whether of the principal directly or of a party pursuant to s. 21(2), will carry enough stigma to trigger the constitutional requirement. To the extent that s. 21(2) would allow for the conviction of a party to the offence of attempted murder on the basis of objective foreseeability, its operation restricts s. 7 of the *Charter*.

Section 1 Analysis

Given the finding that s. 7 is restricted in the present case, can that restriction be found to be a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society? The section 1 analysis to be followed in answering this question has been set out in the decision of this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

In determining the importance of the legislative objective, it is necessary to focus on what exactly needs to be justified in each particular case. At this stage, the finding that the offence of attempted murder requires, as a principle of fundamental justice, a minimum degree of *mens rea* is not in issue, but merely triggers the restriction under s. 21(2). The requisite *mens rea* for attempted murder is not the issue undergoing the s. 1 test because the current legislation for attempted murder, as interpreted by this Court in *Ancio*, meets the constitutional requirement of subjective foresight, i.e., a specific intent to kill.

Given that a minimum degree of *mens rea* (subjective foresight) is constitutionally required to convict a principal of the offence of attempted murder, the restriction of s. 7 in this case is in convicting, through the operation of s. 21(2), a non-principal who does not have that same degree

application du par. 21(2), de tentative de meurtre. Lorsque les principes de justice fondamentale exigent une prévision subjective pour déclarer coupable l'auteur principal d'une tentative de meurtre, ce même degré minimum de *mens rea* est exigé par la Constitution pour déclarer coupable une partie à l'infraction de tentative de meurtre. Toute déclaration de culpabilité de tentative de meurtre, qu'il s'agisse de l'auteur principal directement ou d'une partie en application du par. 21(2), entraînera suffisamment de stigmates pour déclencher l'exigence constitutionnelle. Dans la mesure où le par. 21(2) autorise la déclaration de culpabilité d'une partie à l'infraction de tentative de meurtre sur le fondement de la prévision objective, son application restreint l'art. 7 de la *Charte*.

L'analyse en vertu de l'article premier

Vu la conclusion que l'art. 7 est restreint en l'espèce, cette restriction peut-elle constituer une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique? L'analyse en vertu de l'article premier à laquelle il faut procéder pour répondre à cette question a été exposée dans notre arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Pour déterminer l'importance de l'objectif législatif, il faut centrer l'analyse sur ce qui doit être justifié dans chaque cas particulier. À ce stade, la conclusion que l'infraction de tentative de meurtre exige, à titre de principe de justice fondamentale, un degré minimum de *mens rea* n'est pas en cause; elle ne fait que déclencher la restriction en vertu du par. 21(2). La *mens rea* requise pour la tentative de meurtre n'est pas le point qui subit le test de l'article premier parce que la disposition législative en vigueur applicable à la tentative de meurtre, que notre Cour a interprétée dans l'arrêt *Ancio*, respecte l'exigence constitutionnelle de prévision subjective, c.-à-d. une intention spécifique de tuer.

Vu qu'un degré minimum de *mens rea* (la prévision subjective) est requis du point de vue constitutionnel pour déclarer coupable l'auteur principal d'une tentative de meurtre, la restriction de l'art. 7 en l'espèce se situe dans la déclaration de culpabilité, par l'application du par. 21(2), d'une partie

of *mens rea*. It is not the legislative objective of s. 21(2) as a whole which this Court must scrutinize, but only the legislative objective of that portion of s. 21(2) that restricts the accused's rights under s. 7 of the *Charter* in issue in the present case. This differential treatment of parties and principals charged with attempted murder is the restriction which must undergo the s. 1 test.

In this case, the objective of such a differentiation is to deter joint criminal enterprises and to encourage persons who do participate to ensure that their accomplices do not commit offences beyond the planned unlawful purpose. This is a legislative objective of sufficient importance to justify overriding the rights of an Accused under s. 7 of the *Charter*.

The next question to be addressed is whether the means by which Parliament has chosen to achieve that purpose are reasonable and justified, that is, if they are proportional to the objective they are meant to achieve.

First, a rational connection must be shown between the legislative objective and the restriction. By operation of s. 21(2) with respect to attempted murder, any person involved with others in an unlawful purpose is held responsible for the acts of all accomplices, whether or not that person actually foresaw that the accomplice would try to kill someone in furtherance of the unlawful purpose. The objective of the legislation is that this possibility of conviction through s. 21(2) will make parties more responsible for the actions of their accomplices. Clearly, then, there is a rational connection between the restriction and the legislative objective.

However, even though Parliament has sought to achieve an important legislative objective by enacting the restriction in issue in this appeal and even though such restriction is rationally connected to that objective, I am of the view that it does not satisfy the proportionality test because it unduly impairs an accused's rights under s. 7 of the *Charter* (see *Vaillancourt*, *supra*, at p. 651).

qui n'a pas ce même degré de *mens rea*. Ce n'est pas l'objectif législatif du par. 21(2) dans son ensemble que notre Cour doit examiner, mais seulement l'objectif législatif de la partie du par. 21(2) qui restreint en l'espèce les droits de l'accusé en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. Ce traitement différent des parties et des auteurs principaux accusés de tentative de meurtre est la restriction qui doit subir le test de l'article premier.

En l'espèce, l'objectif d'une telle différenciation est de décourager les entreprises criminelles communes et d'inciter les personnes qui participent à ce genre d'entreprises à s'assurer que leurs complices ne commettent pas d'infractions autres que celles qui ont été planifiées. C'est un objectif législatif suffisamment important pour justifier une dérogation aux droits reconnus à un accusé en vertu de l'art. 7 de la *Charte*.

La question suivante est de savoir si les moyens par lesquels le Parlement a choisi d'atteindre cet objectif sont raisonnables et justifiés, c'est-à-dire s'ils sont proportionnés à l'objectif qu'ils visent.

Premièrement, il faut démontrer l'existence d'un lien rationnel entre l'objectif législatif et la restriction. Relativement à une tentative de meurtre, le par. 21(2) a pour effet qu'une personne qui s'associe à d'autres pour poursuivre une fin illégale est tenue responsable des actes de tous les complices, que cette personne, dans les faits, ait ou non prévu qu'un complice essaierait de tuer quelqu'un dans la poursuite de cette fin illégale. L'objectif de cette disposition est que la possibilité d'une déclaration de culpabilité au moyen du par. 21(2) rendra les parties plus responsables des actes de leurs complices. Il y a donc nettement un lien rationnel entre la restriction et l'objectif législatif.

Cependant, même si le Parlement a cherché à atteindre un objectif législatif important en adoptant la restriction en cause et même si cette restriction a un lien rationnel avec cet objectif, je suis d'avis qu'elle ne respecte pas le critère de proportionnalité parce qu'elle réduit indûment les droits que l'art. 7 de la *Charte* reconnaît à l'accusé (voir *Vaillancourt*, précité, p. 651).

The objective component of s. 21(2) unduly impairs rights under s. 7 of the *Charter* when it operates with respect to an offence for which a conviction carries severe stigma and for which, therefore, there is a constitutionally required minimum degree of *mens rea*. The words "ought to know" allow for the possibility that while a party may not have considered and accepted the risk that an accomplice may do something with the intent to kill in furtherance of the common purpose, the party, through this negligence, could still be found guilty of attempted murder. In other words, parties could be held to be criminally negligent with respect to the behaviour of someone else. For most offences under the *Criminal Code*, a person is only convicted for criminal negligence if consequences have ensued from their actions. While a person may be convicted, absent consequences, for criminal negligence (e.g., dangerous operation of a motor vehicle), none of these forms of criminal negligence carry with them the stigma of being labelled a "killer". In a situation where s. 21(2) is operating in relation to the offence of attempted murder, no consequences have resulted from the actions of the party and yet the party could be convicted of this offence and suffer severe accompanying stigma and penalty.

Because of the importance of the legislative purpose, the objective component of s. 21(2) can be justified with respect to most offences. However, with respect to the few offences for which the Constitution requires subjective intent, the stigma renders the infringement too serious and outweighs the legislative objective which, therefore, cannot be justified under s. 1.

Conclusion

I would, therefore, as did the Court of Appeal, declare inoperative the words "or ought to have known" when considering under s. 21(2) whether a person is a party to any offence where it is a constitutional requirement for a conviction that foresight of the consequences be subjective, which is the case for attempted murder. Once these

L'élément objectif du par. 21(2) réduit indûment des droits reconnus à l'art. 7 de la *Charte* quand il agit sur une infraction dont la déclaration de culpabilité entraîne des stigmates graves et pour laquelle, par conséquent, un degré minimum de *mens rea* est exigé par la Constitution. Les mots «devait savoir» donnent lieu à la possibilité que, même si elle n'a peut-être pas envisagé et accepté le risque qu'un complice fasse quelque chose avec l'intention de tuer, dans la poursuite de la fin illégale, une partie à l'infraction, par cette négligence, soit quand même déclarée coupable de tentative de meurtre. En d'autres mots, les parties pourraient être reconnues coupables de négligence criminelle relativement au comportement de quelqu'un d'autre. Pour la plupart des infractions au *Code criminel*, une personne n'est déclarée coupable de négligence criminelle que si son acte a eu des conséquences. Bien que, même en l'absence de conséquences, une personne puisse être déclarée coupable de négligence criminelle (p. ex., conduite dangereuse d'un véhicule à moteur), aucune de ces formes de négligence criminelle n'entraîne les stigmates que comporte le qualificatif de «tueur». Lorsque le par. 21(2) est appliqué dans le contexte d'une tentative de meurtre, aucune conséquence n'a résulté des actes de la partie qui pourtant pourrait être déclarée coupable de l'infraction et subir les stigmates graves et la peine sévère que cela comporte.

À cause de l'importance de l'objectif législatif, l'élément objectif du par. 21(2) peut se justifier relativement à la plupart des infractions. Cependant, dans le cas des quelques infractions pour lesquelles la Constitution exige l'intention subjective, les stigmates rendent la violation trop grave et l'emportent sur l'objectif législatif qui, par conséquent, ne peut pas être justifié en vertu de l'article premier.

Conclusion

Je suis donc d'avis, comme la Cour d'appel, de déclarer inopérants les mots «devait savoir» quand on cherche à déterminer, en vertu du par. 21(2), si une personne est partie à une infraction pour laquelle la Constitution exige, pour justifier une déclaration de culpabilité, une prévision subjective des conséquences, ce qui est le cas de la tentative

words are deleted, the remaining section requires, in the context of attempted murder, that the party to the common venture know that it is probable that his accomplice would do something with the intent to kill in carrying out the common purpose.

I would dismiss the appeal. I would restrict my answers to the constitutional questions as follows:

1. Does s. 21(2) of the *Criminal Code* contravene the rights and freedoms guaranteed by s. 7 and/or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes, on charges where subjective foresight is a constitutional requirement, to the extent that a party may be convicted if that person objectively "ought to have known" that the commission of the offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 21(2) of the *Criminal Code* justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Non.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—Having had the advantage of the reasons of my colleague, Chief Justice Lamer, and given my position in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, and *R. v. Rodney*, [1990] 2 S.C.R. 687, released concurrently, I cannot completely agree either with his reasons or with his answers to the constitutional question although I concur in his ultimate disposition of this appeal.

The sole issue in this case is the constitutionality of s. 21(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. This appeal does not challenge the constitutionality of s. 213(a) of the *Criminal Code*. Therefore, my colleague's oblique reference to *Martineau* is somewhat inapposite. In that decision, a minimum standard of subjective foresight for murder was imposed based on the severity of punishment and the stigma associated with that crime. I disagreed that those factors operated to render an objective foreseeability standard uncon-

de meurtre. Une fois ces mots supprimés, le reste de la disposition exige, dans le contexte de la tentative de meurtre, que la partie au projet commun sache qu'il est probable que son complice fera quelque chose avec l'intention de tuer dans la poursuite de l'objectif commun.

Je suis d'avis de rejeter les pourvois. Je limiterais mes réponses aux questions constitutionnelles à ce qui suit:

1. Le paragraphe 21(2) du *Code criminel* porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui, relativement à des accusations où la prévision subjective est une exigence constitutionnelle, dans la mesure où une partie peut être déclarée coupable si cette personne «devait savoir» objectivement que la perpétration de l'infraction serait une conséquence probable de la poursuite de l'objectif commun.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 21(2) du *Code criminel* est-il justifié en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Non.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge en chef Lamer, mais étant donné mon opinion dans les arrêts *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633 et *R. c. Rodney*, [1990] 2 R.C.S. 687, rendus ce jour, je ne puis souscrire entièrement ni à ses motifs ni aux réponses qu'il donne aux questions constitutionnelles malgré que je sois d'accord avec sa conclusion.

La seule question ici en litige concerne la constitutionnalité du par. 21(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Ce pourvoi n'attaque pas la constitutionnalité de l'al. 213a) du *Code criminel*. Par conséquent, le renvoi indirect que fait mon collègue à l'arrêt *Martineau* me semble quelque peu hors de propos. Dans cet arrêt, un critère minimal de prévision subjective de meurtre est imposé en raison de la sévérité de la peine et des stigmates associés à ce crime. J'ai exprimé l'avis que ces facteurs n'ont pas pour effet de rendre

stitutional, and I certainly do not believe that they are importable to the crime that is at issue in the present appeal.

In this case, the accused were charged with attempted murder. Such an offence must be treated differently, especially as regards the connection between *actus reus* and *mens rea*, than the crime of murder.

Chief Justice Dickson framed the constitutional questions as follows:

1. Does s. 21(2) of the *Criminal Code* contravene the rights and freedoms guaranteed by s. 7 and/or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 21(2) of the *Criminal Code* justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Section 21 of the *Criminal Code* reads:

- 21.** (1) Every one is a party to an offence who
- (a) actually commits it,
 - (b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it, or
 - (c) abets any person in committing it.

(2) Where two or more persons form an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein and any one of them, in carrying out the common purpose, commits an offence, each of them who knew or ought to have known that the commission of the offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose is a party to that offence.

The Ontario Court of Appeal held that s. 21(2) cannot operate in a manner so as to impose a constitutionally lower *mens rea* requirement, i.e., objective foreseeability, on a party than the *Criminal Code* imposes on the principal who actually committed or attempted to commit the criminal offence, i.e., subjective foresight in the case of attempted murder. (I agree with the caveat that Lamer C.J. himself puts in his reasons when he discusses the application of *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, in relation to the Court of Appeal's determination as regards a party to any offence.) This is in contrast to *Rodney and Mar-*

inconstitutionnel un critère de prévisibilité objective, et je ne crois certainement pas qu'ils soient applicables au crime dont il est question dans le présent pourvoi.

Dans la présente affaire, les accusés ont été inculpés de tentative de meurtre. Cette infraction doit être traitée différemment du crime de meurtre, surtout en ce qui concerne le lien entre l'*actus reus* et la *mens rea*.

Le juge en chef Dickson a formulé ainsi les questions constitutionnelles:

1. Le paragraphe 21(2) du *Code criminel* porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 21(2) du *Code criminel* est-il justifié en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

L'article 21 du *Code criminel* dispose:

- 21.** (1) Est partie à une infraction quiconque
- a) la commet réellement,
 - b) accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre, ou
 - c) encourage quelqu'un à la commettre.

(2) Quand deux ou plusieurs personnes forment ensemble le projet de poursuivre une fin illégale et de s'y entr'aider et que l'une d'entre elles commet une infraction en réalisant cette fin commune, chacune d'elles qui savait ou devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction, est partie à cette infraction.

La Cour d'appel de l'Ontario a jugé que le par. 21(2) ne peut avoir pour effet d'imposer constitutionnellement à une partie à l'infraction un degré de *mens rea* moindre, c.-à-d. une prévisibilité objective, que celui que le *Code criminel* impose à l'auteur principal qui a réellement commis ou tenté de commettre l'infraction criminelle, c.-à-d. une prévision subjective dans le cas de tentative de meurtre. (Je suis d'accord avec la réserve que le juge en chef Lamer formule lui-même dans ses motifs lorsqu'il traite de l'application de l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, relativement à la décision de la Cour d'appel en ce qui concerne

tineau, where the issue was the application of s. 21 to the crime of murder, for which, according to my reasons in *Martineau*, I believe a test of objective foreseeability is appropriate. In *Martineau*, I did not have to address s. 21 because only paragraphs 21(1)(a) and (b) were included in the jury charge in conjunction with s. 213(a). Unlike s. 21(2), these provisions do not invoke the objective foreseeability standard at stake in the present case.

Only the offence of attempted murder is at issue in this appeal, and it is defined by s. 222 of the *Criminal Code*:

222. Everyone who attempts by any means to commit murder is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for life.

As this Court held in *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225, a conviction for attempted murder requires proof of the specific intent to kill. No lesser *mens rea* will suffice. Parliament has decided to create a distinct offence for attempted murder, recognizing that the results of criminal acts are not to be ignored. The death of a victim renders a standard of objective foreseeability constitutionally permissible. When the attempt does not result in death, logic as well as principles of fundamental justice enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, dictate that the specific intent to commit the attempted murder crime must be conclusively proven. As I said in *Martineau* at p. 665:

If both components, *actus reus* as well as *mens rea*, are not considered when assessing the level of fault attributable to an offender, we would see manslaughter and assault causing bodily harm as no more worthy of condemnation than an assault. Mere attempts would become as serious as full offences.

When mere attempts are at issue, *mens rea* assumes a dominant role. The rationale for invoking a test of subjective foresight for attempted

une partie à une infraction quelconque.) La situation est bien différente de celle rencontrée dans *Rodney* et *Martineau* où le point en litige était l'application de l'art. 21 au crime de meurtre, pour lequel, suivant les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *Martineau*, je crois qu'un critère de prévisibilité objective est approprié. Dans *Martineau*, je n'ai pas eu à examiner l'art. 21 parce que seuls les al. 21(1)a) et b) faisaient partie de l'exposé au jury relativement à l'al. 213a). Contrairement au par. 21(2), ces dispositions ne font pas appel au critère de prévisibilité objective en cause dans le présent pourvoi.

Seule l'infraction de tentative de meurtre est en cause dans le présent pourvoi. Elle est définie à l'art. 222 du *Code criminel*:

222. Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, quiconque, par quelque moyen, tente de commettre un meurtre.

Comme notre Cour l'a statué dans l'arrêt *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225, une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre requiert la preuve de l'intention spécifique de tuer. Une *mens rea* moindre ne sera pas suffisante. Le Parlement a décidé de créer une infraction distincte de tentative de meurtre, reconnaissant par là que les résultats d'actes criminels ne doivent pas être ignorés. La mort d'une victime rend un critère de prévisibilité objective constitutionnellement acceptable. Lorsque la tentative ne cause pas la mort, la logique et les principes de justice fondamentale consacrés dans la *Charte canadienne des droits et libertés* exigent que l'intention spécifique de commettre la tentative de meurtre soit prouvée de façon concluante. Comme je le mentionnais dans l'arrêt *Martineau*, à la p. 665:

Faute de tenir compte de l'*actus reus* autant que de la *mens rea* lorsqu'il s'agit d'évaluer le niveau de faute imputable à un délinquant, l'homicide involontaire coupable et les voies de fait causant des lésions corporelles seraient considérés aussi peu dignes de réprobation que les voies de fait. Les simples tentatives deviendraient aussi graves que la perpétration des infractions elles-mêmes.

Lorsque de simples tentatives sont en cause, la *mens rea* joue un rôle dominant. La philosophie sous-jacente au choix du critère de prévision sub-

murder does not stem from the crime's relationship to the crime of completed murder, but rather from its connection to crimes of attempt generally. Therefore, I do not choose to follow my colleague's dialectic on the impact of fundamental justice, or of constitutional compulsion upon Parliamentary sovereignty when legislating with respect to these crimes. The motivation for requiring subjective foresight for attempt crimes radiates from the primacy of the *mens rea* component, not from any potential penalties or social stigma that might attend conviction for the completed offence.

Part of the policy justification for enacting s. 213(a), invoked in *Martineau*, was that the act of killing cannot be disassociated from the mental element that motivated it. An exclusive examination of intent would ignore the fact that someone has been unlawfully killed. In the aftermath of such a killing it is appropriate to ask whether such a killing was objectively foreseeable, given the circumscribed list of predicate offences under s. 213, coupled with the intent to inflict bodily harm. For mere attempts, no other unlawful act is necessary. Intent is what is being punished by s. 222, not the act itself. The *mens rea* criteria for the full offence of murder and mere attempt are necessarily different. As McIntyre J., for the Court, held in *Ancio* at pp. 247-49:

Indeed, because the crime of attempt may be complete without the actual commission of any other offence and even without the performance of any act unlawful in itself, it is abundantly clear that the criminal element of the offence of attempt may lie solely in the intent.

The completed offence of murder involves a killing. The intention to commit the complete offence of murder must therefore include an intention to kill. I find it impossible to conclude that a person may intend to commit the unintentional killings described in ss. 212 and 213 [now ss. 229 and 230] of the *Code*. I am then of the view that the *mens rea* for an attempted murder cannot be less than the specific intent to kill.

After citing this authority, the Ontario Court of Appeal concluded at p. 133:

jective en matière de tentative de meurtre ne vient pas de la relation entre ce crime et le crime de meurtre complété, mais plutôt de son lien avec les crimes de tentative en général. Par conséquent; je ne suis pas la dialectique de mon collègue sur l'impact de la justice fondamentale ou de la contrainte constitutionnelle sur la souveraineté du Parlement lorsqu'il légifère relativement à ces crimes. L'exigence de prévision subjective pour les crimes de tentative est motivée par la primauté de l'élément *mens rea*, et non par les peines éventuelles ou les stigmates sociaux qui pourraient se rattacher à une déclaration de culpabilité de l'infraction complète.

Le principe invoqué en partie dans *Martineau*, pour justifier l'adoption de l'al. 213a), était que l'acte de tuer ne saurait être dissocié de l'élément moral qui l'a motivé. Le seul examen de l'intention ignorerait le fait que quelqu'un a été tué. Suite à un tel homicide, il convient de se demander si cet homicide était objectivement prévisible, compte tenu de la liste restreinte des infractions énumérées à l'art. 213, jointe à l'intention d'infliger des lésions corporelles. Dans le cas de simples tentatives, aucun autre acte illicite n'est nécessaire. L'article 222 punit l'intention, non l'acte lui-même. Les critères de la *mens rea* pour l'infraction complète de meurtre et pour de simples tentatives sont nécessairement différents. Comme l'a affirmé le juge McIntyre au nom de la Cour dans l'arrêt *Ancio*, aux pp. 247 à 249:

En effet, comme le crime de tentative peut être complet sans la perpétration d'aucune autre infraction et même sans l'accomplissement d'un acte illégal en soi, il est très clair que l'élément criminel de l'infraction de tentative peut résider uniquement dans l'intention.

Pour qu'il y ait infraction complète de meurtre, il doit y avoir homicide. L'intention de commettre l'infraction complète de meurtre doit par conséquent comprendre l'intention de tuer. Il m'est impossible de conclure qu'une personne peut avoir l'intention de commettre les homicides involontaires décrits aux art. 212 et 213 [maintenant les art. 229 et 230] du *Code*. J'estime donc que la *mens rea* de la tentative de meurtre ne peut être rien de moins que l'intention spécifique de tuer.

Après avoir cité ce passage, la Cour d'appel de l'Ontario conclut, à la p. 133:

... in so far as s. 21(2) permits a conviction of a party for the offence of attempted murder on the basis of objective foreseeability, a lesser degree of *mens rea* than is required for the principal, it is contrary to the principles of fundamental justice. Nor do we think that this departure from the principles of fundamental justice can be saved by s. 1 of the Charter.

The solution adopted by the Court of Appeal, at p. 134, was to read down the provision as follows:

Thus, on a charge of attempted murder, where s. 21(2) is invoked to determine the liability of a party to the offence, the words of s. 21(2), "ought to have known", must be held to be inoperative and cannot be resorted to by the trier of fact to determine the guilt of such an accused person.

The words "ought to know" are not to be read out of the section in all cases. This measure of objective foreseeability is certainly appropriate when the *mens rea* of the principal can be ascertained according to an objective standard as well. For example, a party to a completed murder can be convicted under s. 21(2) in its present form, if, as in *Martineau* and *Rodney*, the stringent criteria of s. 213(a), including the objective foreseeability of death, have all been proven. That is precisely the "guaranteed minimum" degree of *mens rea* prescribed by this Court in *R. v. Vaillancourt*, *supra*.

However, in the present case no killing took place. The crime was one for which the specific intent of the principal had to be shown. In those instances where the principal is held to a *mens rea* standard of subjective foresight, the party cannot constitutionally be convicted for the same crime on the basis of an objective foreseeability standard. In this regard the *actus reus* component of the offence cannot be ignored. Policy considerations addressed in *Martineau* justify treating completed killings more harshly than attempted ones. If someone who attempts to kill cannot be convicted unless the Crown proves that he had the specific intent to do so, then he who accompanied the principal cannot be convicted if the Crown merely

[TRANSLATION] ... dans la mesure où le par. 21(2) permet de déclarer une partie coupable de l'infraction de tentative de meurtre en fonction de la prévisibilité objective, c'est-à-dire un degré de *mens rea* moindre que celui requis dans le cas de l'auteur principal, il est contraire aux principes de justice fondamentale. Nous ne croyons pas non plus que cette dérogation aux principes de justice fondamentale peut être sauvegardée par l'article premier de la Charte.

La solution adoptée par la Cour d'appel, à la p. 134, a été de déclarer la disposition partiellement inopérante en ces termes:

[TRANSLATION] Ainsi, dans une accusation de tentative de meurtre, lorsque le par. 21(2) est invoqué pour déterminer la responsabilité d'une partie à l'infraction, il faut conclure que les mots «devait savoir» du par. 21(2) sont inopérants et ne peuvent être invoqués par le juge des faits pour déterminer la culpabilité de la personne ainsi accusée.

Les mots «devait savoir» de cet article ne seront pas inopérants dans tous les cas. Cette mesure de prévisibilité objective est certainement appropriée lorsque la *mens rea* de l'auteur principal peut être vérifiée en fonction d'un critère qui est lui aussi objectif. Par exemple, une partie à un meurtre complet peut être reconnue coupable en vertu du par. 21(2) sous sa forme actuelle si, comme dans les affaires *Martineau* et *Rodney*, les critères stricts de l'al. 213a), y compris la prévisibilité objective de la mort, ont tous été établis. C'est précisément le degré «minimum garanti» de *mens rea* prescrit par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, précité.

En l'espèce cependant, il n'y a pas eu d'homicide. Le crime ici en cause est un crime pour lequel l'intention spécifique de l'auteur principal devait être démontrée. Dans les cas où l'auteur principal est soumis à un critère de *mens rea* qui exige la prévision subjective, la partie à l'infraction ne peut être constitutionnellement reconnue coupable du même crime en fonction d'un critère de prévisibilité objective. À cet égard, l'élément *actus reus* de l'infraction ne saurait être ignoré. Les considérations de principe examinées dans l'arrêt *Martineau* justifient qu'on traite les meurtres complets plus sévèrement que les tentatives de meurtre. Si une personne qui tente de tuer ne peut être reconnue coupable que si le ministère public prouve qu'elle

shows that the attempted murder was objectively foreseeable.

Therefore, I would dismiss this appeal and answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 21(2) of the *Criminal Code* contravene the rights and freedoms guaranteed by s. 7 and/or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes, in so far as a party can be convicted on the basis that he or she ought to have known that an offence was a probable result of the common purpose, in cases where a subjective standard is constitutionally required for the principal; as a result, the words "ought to know" are inoperative in cases, and only in those cases, where subjective foresight is constitutionally required of the principal.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 21(2) of the *Criminal Code* justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

In those aforementioned instances, the violation is not justified under s. 1.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—I have had the opportunity of reading the reasons for judgement herein prepared by Chief Justice Lamer and Justice L'Heureux-Dubé.

I concur in the result reached by Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé J. I disagree with the conclusion reached by the Court of Appeal that there is a principle of fundamental justice whereby in all cases the level of *mens rea* possessed by the principal offender must also be possessed by the party. I agree with Lamer C.J. that the correct constitutional principle is that if social stigma and other factors require the principal offender to possess a constitutional minimum mind state in order to be convicted of an offence, then a party under s.

avait l'intention spécifique de le faire, alors, celui qui accompagnait l'auteur principal ne peut pas être reconnu coupable si le ministère public prouve seulement que la tentative était objectivement ^a prévisible.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

1. Le paragraphe 21(2) du *Code criminel* porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui, dans la mesure où une partie peut être déclarée coupable pour le motif qu'elle devait savoir que l'infraction serait la conséquence probable de la réalisation de l'intention commune dans les cas où une norme subjective est constitutionnellement exigée à l'égard de l'auteur principal; en conséquence, les mots «devait savoir» sont inopérants dans les cas, et seulement dans les cas, où une prévision subjective est constitutionnellement requise de la part de l'auteur principal.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 21(2) du *Code criminel* est-il justifié en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Dans les cas susmentionnés, la violation n'est pas justifiée en vertu de l'article premier.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA—J'ai pris connaissance des motifs rédigés par le juge en chef Lamer et le juge L'Heureux-Dubé.

Je souscris au résultat auquel arrivent le juge en chef Lamer et le juge L'Heureux-Dubé. Je ne partage pas la conclusion de la Cour d'appel qu'il existe un principe de justice fondamentale selon lequel, il faut, dans tous les cas, que la partie à une infraction possède le même degré de *mens rea* que l'auteur principal de cette infraction. Je suis d'accord avec le juge en chef Lamer pour dire que le bon principe constitutionnel est celui qui porte que si les stigmates sociaux et autres facteurs exigent que l'auteur principal de l'infraction possède l'état

21(2) must possess that same minimum mind state.

The majority of the Court in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, concludes that murder is a special offence requiring subjective foresight of death. In my reasons in *Martineau* I explain why it is unnecessary to determine this issue beyond applying *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636. Assuming that the majority in *Martineau* is correct, it would follow that subjective foresight is a constitutional requirement for attempted murder. On that basis, applying the constitutional principles relating to s. 21(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, formulated by Lamer C.J., the party must be shown to have the same mental state.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitors for the respondents: Danson & Zucker, Toronto.

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

d'esprit minimum requis constitutionnellement pour être déclaré coupable de cette infraction, alors une partie au sens du par. 21(2) doit posséder le même état d'esprit minimal.

^a La Cour à la majorité, dans l'affaire *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, conclut que le meurtre est une infraction spéciale qui exige la prévision subjective de la mort. Dans les motifs que j'ai rédigés dans l'affaire *Martineau*, j'explique pourquoi on peut s'en tenir à appliquer l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, pour trancher cette question. En supposant que la Cour à la majorité dans l'affaire *Martineau* ait raison, il s'ensuivrait que la prévision subjective serait une condition constitutionnelle de la tentative de meurtre. Compte tenu de cela, si on applique les principes constitutionnels que le juge en chef Lamer a formulés au sujet du par. 21(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, il faut démontrer que la partie à l'infraction avait le même état d'esprit.

Pourvoi rejeté.

^e *Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Toronto.*

Procureurs des intimés: Danson & Zucker, Toronto.

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

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

J.(J.T) *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General for Alberta and the Attorney General of Newfoundland *Interveners*

INDEXED AS: R. v. J.(J.T.)

File No.: 20758.

1990: March 27; 1990: September 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of the person — Right to be presumed innocent — Constructive murder — Whether s. 213(a) of the Criminal Code contravened ss. 7 and/or 11(d) of the Charter — If so, whether justified under s. 1 of the Charter — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 213(a) — Canadian Charter Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d).

Criminal law — Constructive murder — Whether s. 213(a) of the Criminal Code contravened ss. 7 and/or 11(d) of the Charter — If so, whether justified under s. 1 of the Charter.

Criminal law — Young offenders — Evidence — Admissibility of statements and actions — Admissibility dependant on safeguards provided in Young Offenders Act being met — Act providing that adult relative be present — Mature 17-year-old interrogated by police — Youth charged with murder after oral inculpatory statement made — Youth then asked if wanted to contact lawyer and to have adult relative present — Adult relative attended briefly and youth advised by lawyer — Interrogation continued without either lawyer or adult relative present — More oral inculpatory statements made — Youth declined to make written statement — Whether oral inculpatory statements ad-

* Chief Justice at the time of hearing.

** Chief Justice at the time of judgment.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

J.(J.T.) *Intimé*

a

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général de l'Alberta et le procureur général de Terre-Neuve *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. J.(J.T.)

N° du greffe: 20758.

c

1990: 27 mars; 1990: 13 septembre.

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

d

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Droit d'être présumé innocent — Meurtre par imputation — L'article 213a) du Code criminel porte-t-il atteinte aux art. 7 ou 11d), ou les deux à la fois, de la Charte? — Dans l'affirmative, est-il justifié en vertu de l'article premier de la Charte? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 213a) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d).

Droit criminel — Meurtre par imputation — L'article 213a) du Code criminel porte-t-il atteinte aux art. 7 ou 11d), ou les deux à la fois, de la Charte? — Dans l'affirmative, est-il justifié en vertu de l'article premier de la Charte?

Droit criminel — Jeunes contrevenants — Preuve — Recevabilité de déclarations et d'actes — Recevabilité dépendant du respect de garanties prévues dans la Loi sur les jeunes contrevenants — Loi prévoyant la présence d'un parent adulte — Adolescent de 17 ans mature interrogé par la police — Adolescent accusé de meurtre après avoir fait une déclaration incriminante — On a demandé à l'adolescent s'il voulait communiquer avec un avocat et s'il voulait qu'un parent adulte soit présent — Parent adulte présent brièvement et adolescent conseillé par un avocat — Poursuite de l'interrogatoire hors de la présence de l'avocat et du parent adulte — Autres déclarations incriminantes —

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

** Juge en chef à la date du jugement.

missible — Whether compliance with s. 56 of the Young Offenders Act — Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, s. 56.

Respondent, a 17-year-old who had been living in a common law relationship and who had fathered a child, was tried in adult court and convicted of first degree murder. After a lengthy evening interrogation at the police station, he made an oral inculpatory statement and was then asked if he wanted an adult relative present. The relative attended and was present for about three minutes of the interrogation. J.T.J. was charged with murder and informed of his right to counsel. His clothing was seized and hair and finger nail scrapings were taken before his lawyer arrived after midnight. The lawyer spoke with J.T.J. and then with the adult relative. The police again interrogated J.T.J. and neither his lawyer nor the adult relative was present. Indeed, the police this time did not ask him if he wished to have an adult relative present. J.T.J. made an oral inculpatory statement during this interrogation but twice refused to make a written statement. *En route* to a youth detention facility in the very early morning after almost nine hours of custody, the police stopped at site of the crime and asked more questions. J.T.J. responded by nodding or pointing, coupled with some verbal responses.

The verdict was overturned on appeal and a new trial directed. J.T.J. was again found guilty of first degree murder and for a second time launched an appeal. On this occasion the appeal was allowed in part and a verdict of manslaughter was substituted for that of first degree murder. The Crown appealed and respondent cross-appealed.

The constitutional questions before this Court queried whether s. 213(a) of the *Criminal Code* contravened ss. 7 and/or 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, whether it was justified by s. 1. Also at issue was whether the provisions of s. 56 of the *Young Offenders Act* had been complied with so that the statements made by respondent could be admitted.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be dismissed and the cross-appeal allowed. The first constitutional question should be answered in the affirmative, the second in the negative.

Adolescent refusant de faire une déclaration par écrit — Les déclarations incriminantes sont-elles recevables? — L'article 56 de la Loi sur les jeunes contrevenants a-t-il été respecté? — Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110, art. 56.

L'intimé, un jeune de 17 ans qui avait vécu en union de fait et qui était le père d'un enfant, a subi son procès dans un tribunal pour adultes et a été déclaré coupable de meurtre au premier degré. Après un long interrogatoire, le soir au poste de police, il avait fait une déclaration incriminante et on lui avait alors demandé s'il voulait qu'un parent adulte soit présent. Le parent est venu et était présent pendant environ trois minutes d'interrogatoire. J.T.J. a été accusé de meurtre et avisé de son droit à l'assistance d'un avocat. Ses vêtements ont été saisis et des échantillons de cheveux et d'ongles ont été pris avant l'arrivée de son avocat après minuit. L'avocate a parlé avec J.T.J. et ensuite avec le parent adulte. Les policiers ont à nouveau interrogé J.T.J. quand ni son avocate ni le parent n'étaient présents. En fait, les policiers ne lui ont pas demandé cette fois-là s'il voulait qu'un parent adulte soit présent. J.T.J. a fait une déclaration incriminante au cours de cet interrogatoire mais a refusé deux fois de faire une déclaration par écrit. En route vers un établissement de détention pour jeunes délinquants, très tôt le matin, après neuf heures environ de détention, les policiers se sont arrêtés sur les lieux du crime et lui ont posé d'autres questions. J.T.J. a répondu par hochements de tête, par signes ainsi que par quelques réponses verbales.

Le verdict a été infirmé en appel et un nouveau procès a été ordonné. J.T.J. a été de nouveau déclaré coupable de meurtre au premier degré et, une deuxième fois, a interjeté appel. À cette occasion, l'appel a été accueilli en partie et un verdict d'homicide involontaire coupable a remplacé le verdict de meurtre au premier degré. Le ministère public a interjeté appel et l'intimé a formé un appel incident.

Les questions constitutionnelles soulevées devant notre Cour sont de savoir si l'al. 213a) du *Code criminel* viole l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, s'il est justifié par l'article premier. La question se pose également de savoir si les dispositions de l'art. 56 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* ont été respectées de sorte que les déclarations de l'intimé pouvaient être utilisées.

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est rejeté et le pourvoi incident est accueilli. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative et la seconde, une réponse négative.

Per Dickson C.J. and Lamer C.J. and Wilson, Gonthier and Cory JJ.: Section 213(a) was unconstitutional for the reasons given by Lamer C.J. in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633.

Parliament, in enacting s. 56 of the *Young Offenders Act*, recognized the problems and difficulties that beset young people when confronted with authority. The section is to protect all young people of 17 years or less and must be applied uniformly without regard to the characteristics of the particular young person. Notwithstanding their bravado, young people would not appreciate the nature of their rights to the same extent as would most adults and are more susceptible to subtle threats arising from their surroundings and from persons in authority. It is just and appropriate that young people be provided with additional safeguards before their statements should be admitted. Under s. 56(2) no statement given by a young person to a person in authority is admissible without compliance with its enunciated requirements. These requirements are eminently fair and reasonable.

J.T.J.'s statements complied with s. 56(2)(a) because they were voluntary. They also complied with s. 56(2)(b)(i) and (ii) in that J.T.J. was told that he was under no obligation to give a statement and that any statement given by him might be used as evidence. None of the statements made by J.T.J., however, complied with either s. 56(2)(b)(iii) or (iv). He was not told that before a statement was made that he had the right to consult counsel or an adult relative and neither counsel nor an adult person was present when he made any of his statements.

J.T.J.'s first statement was inadmissible in that it was not spontaneous and therefore within the purview of s. 56(3). J.T.J. was only a suspect when it was made. The police, if they had wished to obtain a statement from J.T.J. at that time, should have complied with the provisions of s. 56(2), particularly since they were familiar with its requirements. And, they should have advised J.T.J. once again of his right to have either an adult or his lawyer present if they wished to obtain a statement from J.T.J. by their continued questioning. Both he and his lawyer were entitled to expect that the police would comply with the provisions of s. 56.

J.T.J.'s refusal to give a written statement did not demonstrate that he was aware of his rights and had either waived them or did not wish to exercise them. It could just as effectively indicate that he was not fully

Le juge en chef Dickson, le juge en chef Lamer et les juges Wilson, Gonthier et Cory: L'alinéa 213a) est inconstitutionnel pour les motifs exposés par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633.

Par l'adoption de l'art. 56 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, le législateur a reconnu les problèmes et les difficultés qu'affrontent les adolescents qui sont aux prises avec les autorités. L'article vise à protéger tous les adolescents de 17 ans ou moins et doit être appliqué de façon uniforme indépendamment des caractéristiques de l'adolescent en cause. Peu importe leur attitude de bravade, les jeunes n'apprécieraient pas la nature de leurs droits dans la même mesure que le feraient la plupart des adultes et ils sont plus sensibles à des menaces subtiles provenant de leur entourage et de la présence de personnes en situation d'autorité. Il est juste et convenable que les adolescents jouissent de garanties supplémentaires avant que leurs déclarations soient admises. Aux termes du par. 56(2), aucune déclaration faite par un adolescent à une personne en situation d'autorité n'est admissible à moins que les conditions qui sont énoncées ne soient remplies. Ces conditions sont parfaitement justes et raisonnables.

Les déclarations de J.T.J. respectaient l'al. 56(2)a) parce qu'elles étaient volontaires. Elles respectaient également les exigences des sous-al. 56(2)b)(i) et (ii) parce qu'on a dit à J.T.J. qu'il n'était pas obligé de faire une déclaration et que toute déclaration qu'il ferait pourrait servir de preuve. Toutefois, les sous-al. 56(2)b)(iii) et (iv) n'ont pas été respectés en ce qui a trait à toutes les déclarations faites par J.T.J. On ne lui a pas dit que, avant de faire une déclaration, il avait le droit de consulter un avocat ou un parent adulte et, lorsqu'il a fait ses déclarations, ni avocat ni adulte n'était présent.

La première déclaration de J.T.J. était irrecevable parce qu'elle n'était pas spontanée et, par conséquent, n'était pas visée par le par. 56(3). J.T.J. n'était qu'un suspect au moment où elle a été faite. Si les policiers voulaient obtenir une déclaration de J.T.J. à ce moment-là, ils auraient dû se conformer aux dispositions du par. 56(2), d'autant plus qu'ils connaissaient ses exigences. Ils auraient dû aviser encore une fois J.T.J. de son droit à la présence d'un adulte ou de son avocat s'ils voulaient continuer l'interrogatoire pour obtenir une déclaration. Son avocate et lui avaient le droit de s'attendre à ce que les policiers respectent les dispositions de l'art. 56.

Le refus de J.T.J. de faire une déclaration écrite ne démontrait pas qu'il était au courant de ses droits et qu'il y avait renoncé ou ne voulait pas les exercer. Cela pourrait être utilisé tout aussi efficacement pour dire

aware of his rights and that he believed an oral statement was not of the same significance as a written statement.

The statement made up of gestures and verbal responses made *en route* to the youth detention centre were inadmissible for want of compliance with s. 56(2). The gestures and verbal responses are all an integral part of the final statement given in response to continued police questioning and cannot be separated the one from the other.

Per Sopinka J.: For the reasons expressed in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, the constitutional questions should be answered in the same manner as Cory J. For the reasons given by Cory J., the statements made to the police by J.T.J. are inadmissible and a new trial should be ordered on the charge of manslaughter given the way in which the case was presented.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): For the reasons stated in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, s. 213(a) of the *Criminal Code* does not violate ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

All the evidence at issue would have been admissible were it not for J.T.J.'s age. There was strict compliance with all the substantial procedural protection afforded adults through basic principles of fundamental justice entrenched in the *Charter*.

The importance of the dispositions of the *Young Offenders Act* cannot be overemphasized. Police must be particularly vigilant to observe the rights of suspected young offenders, recognizing their tender years and susceptibility to influence.

Young offenders suspected of a criminal offence should be treated in a manner befitting their age. The term "young persons" cannot be interpreted in static isolation; the spirit of the Act reflects the evolution of the maturation process. Certain relevant "indicia of adulthood" must be considered, especially when dealing with an offender approaching the end of his or her term of protection under the Act. While principles of fairness require that s. 56 be applied uniformly, the totality of circumstances of the particular case must be taken into account when measuring compliance with the *Young Offenders Act*. Such an interpretation is consistent with a liberal construction of the Act. In crimes involving young offenders, the fear is that the "totality of circumstances" approach does not provide a minimum of consultation with either an adult or counsel, and that even under the *per se* approach, consultation with an adult

qu'il n'était pas complètement au courant de ses droits et qu'il croyait qu'une déclaration verbale n'avait pas la même importance qu'une déclaration écrite.

La déclaration représentée par des gestes faits et des réponses verbales données en route vers l'établissement de détention pour jeunes était irrecevable car on n'a pas respecté le par. 56(2). Les gestes et les réponses verbales sont partie intégrante de la déclaration finale faite en réponse à l'interrogatoire continu des policiers et on ne peut les distinguer l'un de l'autre.

Le juge Sopinka: Pour les raisons données dans *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, il faut répondre aux questions constitutionnelles de la façon proposée par le juge Cory. Pour les motifs prononcés par le juge Cory, les déclarations faites à la police par J.T.J. sont irrecevables et il convient d'ordonner un nouveau procès sur l'accusation d'homicide involontaire coupable, compte tenu de la façon dont l'affaire a été présentée.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Pour les motifs énoncés dans l'arrêt *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, l'al. 213a) du *Code criminel* ne viole pas l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

N'eût été l'âge de J.T.J., tous les éléments de preuve en cause auraient été recevables. On a strictement respecté toutes les mesures de protection importantes au plan procédural accordées aux adultes en vertu des principes de justice fondamentale constitutionnalisés par la *Charte*.

On ne saurait trop insister sur l'importance des dispositions de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Les policiers doivent être particulièrement vigilants pour respecter les droits des jeunes contrevenants considérés comme suspects, en raison de leur jeune âge et du risque qu'ils se laissent influencer.

Les jeunes contrevenants soupçonnés d'avoir commis une infraction criminelle doivent être traités d'une façon qui correspond à leur âge. Le mot «adolescent» ne peut s'interpréter dans l'abstrait; l'esprit de la Loi vise à refléter l'évolution du processus de développement. Il faut tenir compte de certains «signes de maturité», surtout quand il s'agit d'un contrevenant qui arrive à la fin de l'époque où il jouit encore de la protection de la Loi. Bien que des principes d'équité exigent que l'art. 56 soit appliqué uniformément, il faut tenir compte de toutes les circonstances d'un cas particulier pour évaluer le respect des dispositions de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Une telle interprétation s'accorde avec une interprétation libérale de la Loi. Dans les crimes commis par de jeunes contrevenants, on craint que la méthode globale ne permette pas un minimum de consultation de l'adolescent avec un adulte ou un avocat et que, même en

may not be sufficient. J.T.J. had both. Therefore, even under the most stringent of *per se* standards, the accused in the present case was extended every procedural protection.

The accused was relatively mature, well apprised of his predicament and alerted to the dangers of answering certain questions after he had received explicit warnings from both the police and his lawyer. The indicia of his adulthood do not excuse non-compliance with the Act.

The accused's willingness to respond can be considered "constructive desire" given all of the preceding events and the continued presence of J.T.J.'s adult relative at the police station. Having regard to the totality of circumstances, it must have been clear to the accused that he could decline to comment in the absence of his lawyer just as he refused to sign the written waiver. His pattern of behaviour reflected a deliberate and considered decision-making process indicating a conscious choice to proceed with his statement in the absence of his counsel.

The police have no discretion regarding compliance under the Act. The legislation itself, however, provides a means by which any impugned statements can be assessed as to whether they were made "voluntarily, knowingly, and intelligently".

Holding a third trial in this case would ignore the spirit of the *Young Offenders Act*, generate palpable disrespect for the criminal justice system and cast serious aspersions on the benefits and balances inherent in the Act.

Cases Cited

By Cory J.

Applied: *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; **referred to:** *Re A*, [1975] 5 W.W.R. 425.

By Sopinka J.

Applied: *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Martineau, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *In re Gault*, 387 U.S. 1 (1967); *Fare v. Michael C.*, 442 U.S. 707 (1979); *State in the Interest of Dino*, 359 So.2d 586, cert. denied, 439 U.S. 1047 (1978); *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Greffe*,

vertu de la méthode *per se*, la consultation d'un adulte ne soit pas suffisante. J.T.J. a eu droit aux deux. Donc, même en vertu des normes les plus strictes de la méthode *per se*, l'accusé en l'espèce a reçu toute la protection qu'il pouvait recevoir en matière de procédure.

L'accusé avait un degré de maturité relativement élevé et il était bien conscient de sa situation, ce qui aurait dû lui faire voir le danger de répondre à certaines questions après qu'il eut été expressément mis en garde aussi bien par les policiers que par son avocate. Ces indices de maturité n'autorisent pas le non-respect de la Loi.

Le consentement de l'accusé à répondre peut être considéré comme un «consentement implicite» compte tenu de tous les événements qui avaient précédé et de la présence continue du parent adulte de J.T.J. au poste de police. Compte tenu de l'ensemble des circonstances, il doit avoir été clair pour l'accusé qu'il pouvait refuser de faire des commentaires hors de la présence de son avocate tout comme il a refusé de signer une déclaration écrite. Sa conduite correspond à la prise d'une décision réfléchie et éclairée indiquant un choix conscient de faire une déclaration en l'absence de son avocate.

Les policiers ne possèdent pas de pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi. Cependant, la loi elle-même permet de déterminer si les déclarations en cause ont été faites «volontairement, en connaissance de cause et de façon intelligente».

Tenir un troisième procès dans cette affaire reviendrait à ne pas tenir compte de l'esprit de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, ainsi qu'à engendrer une déconsidération certaine de la justice et à porter gravement atteinte à l'équilibre et aux avantages de la Loi.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêt appliqué: *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; **arrêt mentionné:** *Re A*, [1975] 5 W.W.R. 425.

Citée par le juge Sopinka

Arrêt appliqué: *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. Martineau, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *In re Gault*, 387 U.S. 1 (1967); *Fare v. Michael C.*, 442 U.S. 707 (1979); *State in the Interest of Dino*, 359 So.2d 586, cert. refusé, 439 U.S. 1047 (1978); *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Greffe*,

[1990] 1 S.C.R. 755; *R. v. G.* (1985), 20 C.C.C. (3d) 289.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d), 15.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 213(a).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 695(1).
Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, ss. 3, 16(2), 56.

Authors Cited

Bala, Nicholas. "The Young Offenders Act: A Legal Framework," in Joe Hudson, Joseph P. Hornick and Barbara A. Burrows, eds., *Justice and the Young Offender in Canada*. Toronto: Wall & Thompson, 1988.
 Canada. Ministry of the Solicitor General. *The Young Offenders Act: Highlights*. Ottawa: Communication Division, Ministry of the Solicitor General, 1981.
 Grisso, Thomas. "Juveniles' Capacities to Waive *Miranda* Rights: An Empirical Analysis" (1980), 68 *Cal. L. Rev.* 1134.
 House of Commons Debates, 1st Sess., 32nd Parl., 30 Eliz. II, 1981, vol. IX, pp. 9516, 9517, 9647, 10073.
 Platt, Priscilla. *Young Offenders Law in Canada*. Toronto: Butterworths, 1989.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1988), 50 Man. R. (2d) 300, 40 C.C.C. (3d) 97, [1988] 2 W.W.R. 509, allowing an appeal from conviction by Hewak C.J.Q.B. Appeal dismissed and cross-appeal allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

J. G. Dangerfield, Q.C., and *Marva J. Smith*, for the appellants.

Brenda Keyser and *Jeff Harris*, for the respondent.

Bruce MacFarlane, Q.C., and *Don Avison*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Jacques Gauvin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

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

[1990] 1 R.C.S. 755; *R. v. G.* (1985), 20 C.C.C. (3d) 289.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d), 15.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 213a).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 695(1).
Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110, art. 3, 16(2), 56.

Doctrine citée

Bala, Nicholas. «The Young Offenders Act: A Legal Framework,» in Joe Hudson, Joseph P. Hornick and Barbara A. Burrows, eds., *Justice and the Young Offender in Canada*. Toronto: Wall & Thompson, 1988.
 Canada. Ministère du Solliciteur général. *Loi sur les jeunes contrevenants: Points saillants*. Ottawa: Division des communications, Ministère du Solliciteur général, 1981.
 Débats de la Chambre des communes, 1^{re} Sess., 32^e Parl., 30 Eliz. II, 1981, vol. IX, pp. 9516, 9517, 9647, 10073.
 Grisso, Thomas. «Juveniles' Capacities to Waive *Miranda* Rights: An Empirical Analysis» (1980), 68 *Cal. L. Rev.* 1134.
 Platt, Priscilla. *Young Offenders Law in Canada*. Toronto: Butterworths, 1989.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1988), 50 Man. R. (2d) 300, 40 C.C.C. (3d) 97, [1988] 2 W.W.R. 509, qui a accueilli un appel de la déclaration de culpabilité prononcée par le juge en chef Hewak de la Cour du Banc de la Reine. Pourvoi rejeté et pourvoi incident accueilli, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

J. G. Dangerfield, c.r., et *Marva J. Smith*, pour l'appelante.

Brenda Keyser et *Jeff Harris*, pour l'intimé.

Bruce MacFarlane, c.r., et *Don Avison*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Jacques Gauvin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

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

Wayne Gorman, for the intervener the Attorney General of Newfoundland.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer C.J. and Wilson, Gonthier and Cory JJ. was delivered by

CORY J.—The prime concern on this appeal is whether the provisions of s. 56 of the *Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, as amended, were met so that the statements made to the police by J.T.J. could be admitted.

Factual Background

The crime committed in this case was violent and brutal. The facts pertaining to it are both depressing and enraging.

Shortly after 8:00 p.m. on Friday evening September 13, 1985, a three-year-old girl was pulled into a garage and sexually assaulted. Because she cried, her skull was smashed with a 50-pound cinder block. She died instantly. Head hair similar to that of J.T.J. and that of the victim were found on the cinder block close to the child's body. A pubic hair similar to that of J.T.J. was located on the garage floor in the area where the body was found. Fibres similar to those found in the clothing that J.T.J. wore at the time were found on the body of the victim and on her clothing.

At the time of the crime, J.T.J. was 17 years old and as a young person came within the provisions of the *Young Offenders Act*. The day following the murder, at about 7:10 p.m., the police arrived at the house where J.T.J. was living and took him down to the police station for questioning. They did not advise him as to their reasons for picking him up. At 7:30 p.m. he was placed in an interrogation room. The police then left him alone to get a coffee. They offered a cup to the accused which he accepted. They then questioned him for some time and finally left him at 10:23 p.m.

At 11:05 p.m. the police team came back into the interview room. They accused him of lying to them. He was asked if he remembered anything at

Wayne Gorman, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve.

Version française du jugement du juge en chef Dickson, du juge en chef Lamer et des juges Wilson, Gonthier et Cory rendu par

LE JUGE CORY—Le présent pourvoi porte principalement sur la question de savoir si les dispositions de l'art. 56 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110 et modifications, ont été respectées, de sorte que les déclarations faites par J.T.J. à la police pouvaient être utilisées.

Historique des faits

Le crime commis en l'espèce est violent et brutal. Les faits qui s'y rapportent sont à la fois navrants et odieux.

Peu après 20 heures le vendredi 13 septembre 1985, une petite fille de trois ans a été entraînée dans un garage et agressée sexuellement. Parce qu'elle pleurait, son crâne a été écrasé avec un bloc de ciment de 50 livres. Elle est morte instantanément. Des cheveux semblables à ceux de J.T.J. et à ceux de la victime ont été trouvés sur le bloc de ciment près du corps de l'enfant. Un poil de pubis semblable à ceux de J.T.J. a été trouvé sur le sol du garage près de l'endroit où le corps avait été découvert. Des fibres semblables à celles des vêtements que J.T.J. portait à ce moment-là ont été trouvées sur le corps de la victime et sur ses vêtements.

Au moment du crime, J.T.J. était âgé de 17 ans et, en tant qu'adolescent, il était visé par les dispositions de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Le lendemain du meurtre, vers 19 h 10, les policiers sont arrivés à la maison où vivait J.T.J. et l'ont emmené au poste de police pour l'interroger. Ils ne lui ont pas dit pour quelle raison. À 19 h 30, il a été placé dans une salle d'interrogatoire. Les policiers l'ont ensuite laissé seul pour aller chercher du café. Ils en ont offert une tasse à l'accusé qui l'a acceptée. Ensuite ils l'ont interrogé pendant quelque temps et finalement l'ont laissé à 22 h 23.

À 23 h 05, l'équipe de policiers est revenue dans la salle d'interrogatoire. Ils ont accusé J.T.J. de leur avoir menti. Ils lui ont demandé s'il se souve-

all about the little girl. J.T.J. replied that he had grabbed her, taken her to a garage down the lane and then blacked out.

It was only then that the police asked if he wanted to have his uncle present and he replied that he did. The police left the interview room and arranged for the attendance of the "uncle", who was in reality a cousin with whom the accused was living. At this time J.T.J. was charged with the murder of the little girl and informed of his right to retain and instruct counsel. J.T.J. indicated that he wished to retain counsel. His "uncle" appeared to approve this decision. It is worth noting that the uncle was only with the appellant for three minutes throughout the entire period of the police interrogation.

J.T.J. was taken to a telephone in order to call a lawyer. He then was taken back to the interview room a few minutes after the call was made. His clothing was seized together with some hair samples and finger nail scrapings.

At 12:23 a.m. a lawyer arrived and spoke to J.T.J. At 1:09 a.m. the lawyer left J.T.J. in the interview room and went to talk with the adult uncle/cousin, H.J. At 1:28 a.m. the appellant J.T.J. was taken to be fingerprinted and photographed. When the necessary process was completed, he was once again returned to the interview room. At 1:50 a.m. the police re-entered the room and took the routine background information from him. At 1:55 a.m. they asked J.T.J. if he wished to make a written statement and he refused. The police then began to question him regarding his activities on the night of the murder. The police concede that they did not ask him if he wished to have his cousin or lawyer present. J.T.J. then made an inculpatory statement. When the oral statement was completed, the police again asked J.T.J. if he wished to make a written statement. He said he would think it over. The police left for a very few minutes. When they returned at 2:10 a.m. he once again refused to make a written statement.

nait de la petite fille. J.T.J. a répondu qu'il s'était emparé d'elle, l'avait entraînée dans un garage sur la ruelle et qu'ensuite il ne se souvenait plus de rien.

a

Ce n'est qu'à ce moment-là que les policiers lui ont demandé s'il voulait que son oncle soit présent et il a répondu par l'affirmative. Les policiers ont quitté la salle d'interrogatoire et ont fait venir *b* «l'oncle», qui en réalité était un cousin avec lequel vivait l'accusé. À ce moment-là, J.T.J. a été accusé du meurtre de la petite fille et a été informé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. *c* J.T.J. a indiqué qu'il voulait communiquer avec un avocat. Son «oncle» a paru approuver cette décision. Il convient de souligner que l'oncle n'a été avec l'appelant que pendant trois minutes au cours de toute la durée de l'interrogatoire policier.

d

J.T.J. a eu accès à un téléphone pour appeler un avocat. Ensuite, il a été ramené dans la salle d'interrogatoire quelques minutes après son appel. Ses vêtements ont été confisqués et on a pris des *e* échantillons de ses cheveux et fait des prélèvements sous ses ongles.

À 0 h 23, un avocat est arrivé et a parlé à J.T.J. À 1 h 09, l'avocat a laissé J.T.J. dans la salle *f* d'interrogatoire et est allé parler à l'oncle-cousin adulte, H.J. À 1 h 28, l'appelant J.T.J. a été emmené pour une prise d'empreintes digitales et de photographies. Lorsque ces formalités furent *g* remplies, il a été ramené de nouveau à la salle d'interrogatoire. À 1 h 50, les policiers sont revenus dans la pièce et lui ont demandé les renseignements d'usage. À 1 h 55, ils ont demandé à J.T.J. s'il voulait faire une déclaration écrite et il a *h* refusé. Les policiers ont alors commencé à l'interroger sur ce qu'il avait fait pendant la nuit du meurtre. Les policiers ont admis qu'ils ne lui avaient pas demandé s'il voulait que son cousin ou son avocat soit présent. J.T.J. a alors fait une *i* déclaration incriminante. À la fin de la déclaration orale, les policiers ont encore une fois demandé à J.T.J. s'il voulait faire une déclaration écrite. Il a dit qu'il allait y réfléchir. Les policiers l'ont laissé *j* pendant quelques minutes. Lorsqu'ils sont revenus à 2 h 10, il a encore une fois refusé de faire une déclaration écrite.

At 3:40 a.m. he was put into a police car to be transferred to a youth detention facility. On route, the police stopped the car in front of the building where the little girl had been killed. J.T.J. was asked further questions such as the route he had taken to the scene of the killing and the door by which he left the garage. He was then taken to the garage itself and asked further questions to which he responded by nodding or pointing, coupled with some verbal responses.

J.T.J. was tried in an adult court and convicted of first degree murder. This verdict was overturned on appeal and a new trial was directed. At the second trial the accused J.T.J. was again found guilty of first degree murder and for a second time launched an appeal. On this occasion the appeal was allowed in part and the majority of the Court of Appeal substituted a verdict of manslaughter for that of first degree murder.

Decision in the Court of Appeal (1988), 50 Man. R. (2d) 300

Huband J.A., writing for the majority, was of the view that the oral statement which was made in response to police questioning at 1:55 a.m., subsequent to the accused's having consulted with counsel, was not admissible as the requirements set out in s. 56 of the *Young Offenders Act* had not been met. However, he concluded that the gestures and statements made by the accused at the scene of the crime were admissible. In the result, he would have substituted a verdict of manslaughter for that of murder.

O'Sullivan J.A. indicated that he would have found both the oral statement and the subsequent gestures and statements made at the scene of the crime to be inadmissible. However, as both Huband J.A. and Monnin C.J.M. would have admitted the gestures, he agreed with the conclusion reached by Huband J.A. that a verdict of manslaughter should be substituted for that of murder.

À 3 h 40, J.T.J. a été conduit en voiture de police à un établissement de détention pour les jeunes. En cours de route, les policiers ont arrêté la voiture en face de l'immeuble où la petite fille avait été tuée. On a posé des questions supplémentaires à J.T.J., comme sur le trajet qu'il avait emprunté pour aller au lieu du crime et la porte par laquelle il avait quitté le garage. Il a ensuite été amené dans le garage lui-même et on lui a posé d'autres questions auxquelles il a répondu par hochements de tête, par signes ainsi que par quelques réponses verbales.

J.T.J. a subi son procès devant un tribunal pour adultes et a été déclaré coupable de meurtre au premier degré. Ce verdict a été infirmé en appel et un nouveau procès a été ordonné. Au second procès, l'accusé J.T.J. a encore une fois été déclaré coupable de meurtre au premier degré et pour une deuxième fois, il a interjeté appel. À cette occasion, l'appel a été accueilli en partie et la Cour d'appel, à la majorité, a remplacé le verdict de meurtre au premier degré par un verdict d'homicide involontaire coupable.

Arrêt de la Cour d'appel (1988), 50 Man. R. (2d) 300

Le juge Huband, au nom de la majorité, était d'avis que la déclaration orale faite en réponse à l'interrogatoire policier à 1 h 55, après que l'accusé eut consulté un avocat, n'était pas recevable car les exigences de l'art. 56 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* n'avaient pas été respectées. Toutefois, il a conclu que les gestes et les déclarations de l'accusé sur le lieu du crime étaient recevables. Finalement, il aurait remplacé le verdict de meurtre par celui d'homicide involontaire coupable.

Le juge O'Sullivan a indiqué qu'il aurait jugé irrecevables tant la déclaration que les gestes et déclarations subséquents faits sur le lieu du crime. Toutefois, comme le juge Huband et le juge en chef Monnin auraient admis les gestes, il a souscrit à la conclusion du juge Huband selon laquelle le verdict de meurtre devait être remplacé par celui d'homicide involontaire coupable.

Monnin C.J.M. considered that there had been substantial compliance with s. 56 so as to render admissible the statements and the gestures. He would have dismissed the appeal.

Issues

The constitutional questions were stated as follows by Dickson C.J. in his order of October 4, 1989:

1. Does s. 213(a) of the *Criminal Code* (now s. 230(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985) contravene the rights and freedoms guaranteed by s. 7 and/or 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is affirmative, is s. 213(a) of the *Criminal Code* (now s. 230(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985) justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

In addition to the constitutional questions, there is the issue as to whether the provisions of s. 56 of the *Young Offenders Act* had been complied with so that the statements made by J.T.J. could be admitted.

Requirements of the Young Offenders Act

Section 3 of the *Young Offenders Act* sets out the aim of the legislation. It reads as follows:

3. (1) It is hereby recognized and declared that

- (a) while young persons should not in all instances be held accountable in the same manner or suffer the same consequences for their behaviour as adults, young persons who commit offences should nonetheless bear responsibility for their contraventions;
- (b) society must, although it has the responsibility to take reasonable measures to prevent criminal conduct by young persons, be afforded the necessary protection from illegal behaviour;
- (c) young persons who commit offences require supervision, discipline and control, but, because of their state of dependency and level of development and maturity, they also have special needs and require guidance and assistance;
- (d) where it is not inconsistent with the protection of society, taking no measures or taking measures other than judicial proceedings under this Act should be

Le juge en chef Monnin a estimé qu'en substance l'art. 56 avait été respecté et que les déclarations et les gestes étaient recevables. Il aurait rejeté l'appel.

^a Les questions en litige

Les questions constitutionnelles suivantes ont été énoncées par le juge en chef Dickson dans son ordonnance du 4 octobre 1989:

- ^b 1. L'alinéa 213(a) du *Code criminel* (maintenant l'al. 230(a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985)) viole-t-il les droits et libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 11(d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- ^c 2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'al. 213(a) du *Code criminel* (maintenant l'al. 230(a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985)) est-il justifié par l'article premier de la *Charte* et, par conséquent,
- ^d compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

En plus des questions constitutionnelles, se pose la question de savoir si les dispositions de l'art. 56 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* ont été respectées de sorte que les déclarations de J.T.J. pouvaient être utilisées.

Les exigences de la Loi sur les jeunes contrevenants

L'article 3 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* énonce l'objet de la loi. En voici le texte:

3. (1) Les principes suivants sont reconnus et proclamés:

- ^g a) les adolescents ne sauraient, dans tous les cas, être assimilés aux adultes quant à leur degré de responsabilité et les conséquences de leurs actes; toutefois, les jeunes contrevenants doivent assumer la responsabilité de leurs délits;
- ^h b) la société, bien qu'elle doive prendre les mesures raisonnables qui s'imposent pour prévenir la conduite criminelle chez les adolescents, doit pouvoir se protéger contre toute conduite illicite;
- ⁱ c) la situation des jeunes contrevenants requiert surveillance, discipline et encadrement; toutefois, l'état de dépendance où ils se trouvent, leur degré de développement et de maturité leur créent des besoins spéciaux qui exigent conseils et assistance;
- ^j d) il y a lieu, dans le traitement des jeunes contrevenants, d'envisager, s'il est décidé d'agir, la substitution de mesures de rechange aux procédures judiciaires

considered for dealing with young persons who have committed offences;

(e) young persons have rights and freedoms in their own right, including those stated in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or in the *Canadian Bill of Rights*, and in particular a right to be heard in the course of, and to participate in, the processes that lead to decisions that affect them, and young persons should have special guarantees of their rights and freedoms;

(f) in the application of this Act, the rights and freedoms of young persons include a right to the least possible interference with freedom that is consistent with the protection of society, having regard to the needs of young persons and the interests of their families;

(g) young persons have the right, in every instance where they have rights or freedoms that may be affected by this Act, to be informed as to what those rights and freedoms are; and

(h) parents have responsibility for the care and supervision of their children, and, for that reason, young persons should be removed from parental supervision either partly or entirely only when measures that provide for continuing parental supervision are inappropriate.

(2) This Act shall be liberally construed to the end that young persons will be dealt with in accordance with the principles set out in subsection (1).

Section 56 of the Act expands upon these principles in the context of statements made by youths to persons in authority. In 1985 that section read as follows:

56. (1) Subject to this section, the law relating to the admissibility of statements made by persons accused of committing offences applies in respect of young persons.

(2) No oral or written statement given by a young person to a peace officer or other person who is, in law, a person in authority is admissible against the young person unless

(a) the statement was voluntary;

(b) the person to whom the statement was given has, before the statement was made, clearly explained to the young person, in language appropriate to his age and understanding, that

(i) the young person is under no obligation to give a statement,

prévues par la présente loi, compte tenu de la protection de la société;

e) les adolescents jouissent, à titre propre, de droits et libertés, au nombre desquels figurent ceux qui sont énoncés dans la *Charte canadienne des droits et libertés* ou dans la *Déclaration canadienne des droits*, et notamment le droit de se faire entendre au cours du processus conduisant à des décisions qui les touchent et de prendre part à ce processus, ces droits et libertés étant assortis de garanties spéciales;

f) dans le cadre de la présente loi, le droit des adolescents à la liberté ne peut souffrir que d'un minimum d'entraves commandées par la protection de la société, compte tenu des besoins des adolescents et des intérêts de leur famille;

g) les adolescents ont le droit, chaque fois que la présente loi est susceptible de porter atteinte à certains de leurs droits et libertés, d'être informés du contenu de ces droits et libertés;

h) les père et mère assument l'entretien et la surveillance de leurs enfants; en conséquence les adolescents ne sauraient être entièrement ou partiellement soustraits à l'autorité parentale que dans les seuls cas où les mesures comportant le maintien de cette autorité sont contre-indiquées.

(2) La présente loi doit faire l'objet d'une interprétation large garantissant aux adolescents un traitement conforme aux principes énoncés au paragraphe (1).

L'article 56 de la Loi précise ces principes dans le contexte des déclarations faites par des jeunes à des personnes en situation d'autorité. En 1985, le texte de cet article était le suivant:

56. (1) Sous réserve du présent article, les règles de droit concernant la recevabilité des déclarations faites par des personnes inculpées s'appliquent aux adolescents.

(2) La déclaration orale ou écrite faite par un adolescent à un agent de la paix ou à toute autre personne en autorité d'après la loi, n'est pas recevable en preuve contre l'adolescent, sauf si les conditions suivantes sont remplies:

a) la déclaration est volontaire;

b) la personne à qui la déclaration a été faite a, avant de la recueillir, expliqué clairement à l'adolescent, en des termes adaptés à son âge et à sa compréhension, que:

(i) il n'est obligé de faire aucune déclaration,

(ii) any statement given by him may be used as evidence in proceedings against him,

(iii) the young person has the right to consult another person in accordance with paragraph (c), and

(iv) any statement made by the young person is required to be made in the presence of the person consulted, unless the young person desires otherwise;

(c) the young person has, before the statement was made, been given a reasonable opportunity to consult with counsel or a parent, or in the absence of a parent, an adult relative, or in the absence of a parent and an adult relative, any other appropriate adult chosen by the young person; and

(d) where the young person consults any person pursuant to paragraph (c), the young person has been given a reasonable opportunity to make the statement in the presence of that person.

(3) The requirements set out in paragraphs 2(b), (c) and (d) do not apply in respect of oral statements where they are made spontaneously by the young person to a peace officer or other person in authority before that person has had a reasonable opportunity to comply with those requirements.

(4) A young person may waive his rights under paragraph (2)(c) or (d) but any such waiver shall be made in writing and shall contain a statement signed by the young person that he has been apprised of the right that he is waiving.

(5) A youth court judge may rule inadmissible in any proceedings under this Act a statement given by the young person in respect of whom the proceedings are taken if the young person satisfies the judge that the statement was given under duress imposed by any person who is not, in law, a person in authority.

By its enactment of s. 56, Parliament has recognized the problems and difficulties that beset young people when confronted with authority. It may seem unnecessary and frustrating to the police and society that a worldly wise, smug 17-year-old with apparent anti-social tendencies should receive the benefit of this section. Yet it must be remembered that the section is to protect all young people of 17 years or less. A young person is usually far more easily impressed and influenced by authoritarian figures. No matter what the bravado and braggadocio that young people may display, it is unlikely that they will appreciate their legal rights in a general sense or

(ii) toute déclaration par lui faite pourra servir de preuve dans les poursuites intentées contre lui,

(iii) il a le droit de consulter une tierce personne conformément à l'alinéa c),

(iv) toute déclaration faite par lui doit l'être en présence de la personne consultée, sauf s'il en décide autrement;

a

b

c

d

e

f

g

h

i

j

c) l'adolescent s'est vu donner, avant de faire la déclaration, une occasion raisonnable de consulter soit son avocat soit son père ou sa mère, soit, en l'absence du père ou de la mère, un parent adulte, soit, en l'absence du père ou de la mère et du parent adulte, tout autre adulte idoine qu'il aura choisi;

d) l'adolescent s'est vu donner, au cas où il a consulté une personne conformément à l'alinéa *c*), une occasion raisonnable de faire sa déclaration en présence de cette personne.

(3) Les conditions prévues aux alinéas (2)*b*), *c*) et *d*) ne s'appliquent pas aux déclarations orales spontanées faites par l'adolescent à un agent de la paix ou à une autre personne en autorité avant que l'agent ou cette personne n'ait eu une occasion raisonnable de se conformer aux dispositions de ces alinéas.

(4) L'adolescent peut renoncer à son droit de consultation prévu aux alinéas (2)*c*) ou *d*); la renonciation doit être faite par écrit et comporter une déclaration signée par l'adolescent, attestant qu'il a été informé du droit auquel il renonce.

(5) Dans les poursuites intentées sous le régime de la présente loi, le juge du tribunal pour adolescents peut déclarer irrecevable une déclaration faite par l'adolescent poursuivi, si celui-ci l'a convaincu que la déclaration lui a été extorquée par contrainte exercée par une personne qui n'est pas en autorité selon la loi.

Par l'adoption de l'art. 56, le législateur a reconnu les problèmes et les difficultés qu'affrontent les adolescents qui sont aux prises avec les autorités. Il peut sembler inutile et frustrant pour la police et pour la société qu'un jeune de 17 ans averti et suffisant, démontrant des tendances anti-sociales, profite des avantages de cet article. Toutefois, il faut rappeler que l'article vise à protéger tous les adolescents de 17 ans ou moins. Un adolescent est habituellement beaucoup plus facile à impressionner et à influencer par des personnes en situation d'autorité. Peu importe l'attitude de bravade et d'arrogance que peuvent afficher les jeunes, ils n'évalueront vraisemblablement pas

the consequences of oral statements made to persons in authority; certainly they would not appreciate the nature of their rights to the same extent as would most adults. Teenagers may also be more susceptible to subtle threats arising from their surroundings and the presence of persons in authority. A young person may be more inclined to make a statement, even though it is false, in order to please an authoritarian figure. It was no doubt in recognition of the additional pressures and problems faced by young people that led Parliament to enact this code of procedure.

It is also not without significance that prior to the passage of the *Young Offenders Act* courts had recognized that the confessions of young people should not be treated in the same manner as those of adults. For example, in *Re A*, [1975] 5 W.W.R. 425, the Alberta Supreme Court suggested a number of safeguards before an admission of a young person would be deemed to be admissible, including the requirement that an adult relative accompany a young person to the place of interrogation and that a caution be given in words that the young person would understand. The courts have thus extended certain protections to young persons when dealing with the police and the Act has simply expanded upon and codified that practice.

The Application of s. 56

Section 56 itself exists to protect all young people, particularly the shy and the frightened, the nervous and the naive. Yet justice demands that the law be applied uniformly in all cases. The requirements of s. 56 must be complied with whether the authorities are dealing with the nervous and naive or the street-smart and worldly-wise. The statutory pre-conditions for the admission of a statement made by a young person cannot be bent or relaxed because the authorities are convinced, on the basis of what they believe to be cogent evidence, of the guilt of the suspect. As soon as the requirements are relaxed because of a belief in the almost certain guilt of a young person, they will next be relaxed in the case of those whom

leurs garanties juridiques, dans un sens général, ni les conséquences de déclarations verbales faites à des personnes en situation d'autorité; ils n'apprécieront certainement pas la nature de leurs droits dans la même mesure que le feraient la plupart des adultes. Les adolescents peuvent également être plus sensibles à des menaces subtiles provenant de leur entourage et de la présence de personnes en situation d'autorité. Un adolescent peut être porté à faire une déclaration, même si elle est fausse, pour plaire à une personne en situation d'autorité. De toute évidence c'est parce qu'il a reconnu les pressions et les problèmes supplémentaires auxquels font face les adolescents que le législateur a adopté ce code de procédure.

De plus, ce n'est pas sans raison que, avant l'adoption de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, les tribunaux avaient reconnu que les aveux d'adolescents ne devaient pas être traités de la même manière que ceux des adultes. Par exemple, dans l'arrêt *Re A*, [1975] 5 W.W.R. 425, la Cour suprême de l'Alberta a proposé l'adoption d'un certain nombre de garanties avant que l'aveu d'un adolescent puisse être réputé admissible, y compris l'exigence qu'un parent adulte accompagne l'adolescent au lieu de l'interrogatoire et qu'un avertissement soit donné en des termes que l'adolescent puisse comprendre. Les tribunaux ont donc accordé certaines protections aux adolescents qui traitent avec la police et la loi a simplement élargi et codifié cette pratique.

g L'application de l'art. 56

L'article 56 lui-même vise à protéger tous les adolescents, particulièrement les timides et les craintifs, les nerveux et les naïfs. Toutefois la justice exige que la loi soit appliquée de façon uniforme dans tous les cas. Les exigences de l'art. 56 doivent être respectées, que les autorités traitent avec un adolescent nerveux et naïf ou avec un adolescent qui a l'expérience du monde et de la rue. Les conditions législatives préalables en matière de recevabilité d'une déclaration faite par un adolescent ne peuvent être assouplies ou contournées parce que les autorités sont convaincues, sur le fondement de ce qu'elles croient être une preuve solide, de la culpabilité du suspect. Si on assouplit des exigences parce qu'on croit qu'un

the authorities believe are probably guilty, and thereafter in the case of a suspect who might possibly be guilty but whose past conduct, in the opinion of those in authority, is such that he or she should be found guilty of something for the general protection of society. Principles of fairness require that the section be applied uniformly to all without regard to the characteristics of the particular young person.

It is just and appropriate that young people be provided with additional safeguards before their statements should be admitted. Section 56(2) to (6) inclusive specify the additional protection which must be provided to all young people under the age of eighteen.

The Application of s. 56(2)

When considering the application of s. 56(2), it must be remembered that it begins with the admonition that no statement given by a young person to a person in authority is admissible unless the subsequent requirements enunciated are complied with. A brief review of those requirements shows that they are eminently fair and reasonable.

Section 56(2)(a) states that the statement must be voluntary.

Section 56(2)(b) requires the person to whom the statement is given to clearly explain to the young person in language appropriate to his or her age and understanding that (i) there is no obligation to give a statement; (ii) the statement may be used as evidence in proceedings against the young person; (iii) he or she has the right to consult an adult person; and (iv) that any statement made by the young person is required to be made in the presence of the person consulted unless the young person desires otherwise.

Section 56(2)(c) provides that before the statement is made the young person must be given a reasonable opportunity to consult with counsel or a parent or, in the absence of a parent, an adult relative or any other appropriate adult chosen by the young person.

adolescent est presque certainement coupable, on les assouplira ensuite dans le cas de ceux que les autorités croient probablement coupables, et par la suite dans le cas du suspect qui pourrait être coupable mais dont la conduite passée, de l'avis des personnes en situation d'autorité, est telle qu'il devrait être reconnu coupable de quelque chose pour la protection générale de la société. Les principes d'équité exigent que l'article soit appliqué uniformément à tous, indépendamment des caractéristiques de l'adolescent en cause.

Il est juste et convenable que les adolescents jouissent de garanties supplémentaires avant que leurs déclarations soient admises. Les paragraphes 56(2) à (6) inclusivement précisent la protection supplémentaire qui doit être accordée à tous les adolescents âgés de moins de 18 ans.

L'application du par. 56(2)

Lorsqu'on examine l'application du par. 56(2), il faut se rappeler qu'il commence par un avertissement selon lequel aucune déclaration faite par un adolescent à une personne en situation d'autorité n'est admissible à moins que les conditions qui suivent ne soient remplies. Un bref examen de ces conditions permet de constater, qu'elles sont parfaitement justes et raisonnables.

L'alinéa 56(2)a) dit que la déclaration doit être volontaire.

L'alinéa 56(2)b) exige que la personne à qui la déclaration est faite explique clairement à l'adolescent, en des termes adaptés à son âge et à sa compréhension (i) qu'il n'est obligé de faire aucune déclaration; (ii) que la déclaration pourra servir de preuve dans les poursuites intentées contre lui; (iii) qu'il a le droit de consulter un adulte; et (iv) que toute déclaration faite par lui doit l'être en présence de la personne consultée, sauf s'il en décide autrement.

L'alinéa 56(2)c) prévoit que, avant de faire la déclaration, l'adolescent doit avoir la possibilité de consulter soit son avocat, soit son père ou sa mère, soit, en l'absence du père ou de la mère, un parent adulte ou tout autre adulte idoine qu'il aura choisi.

Section 56(2)(d) provides that where the young person consults any person pursuant to para. (c), the young person must have been given a reasonable opportunity to make the statement in the presence of that person.

Have these requirements been met in this case? There can be no doubt that in this case the statement was voluntary and thus s. 56(2)(a) was complied with. Yet, I cannot accept that all of the requirements of s. 56(2)(b) were met. Of course there is no question that J.T.J. was told that he was under no obligation to give a statement and, further, that any statement given by him might be used as evidence. Although the police omitted to add the words "in proceedings against you", nothing can turn on that omission. Thus s. 56(2)(b)(i) and (ii) were fulfilled. However, in my view neither s. 56(2)(b)(iii) nor (iv) were complied with in regard to any of the statements which were made by J.T.J. That is to say, J.T.J. was not told that before a statement was made he had the right to consult counsel or an adult relative. Further, neither counsel nor an adult person was present when he made any of his statements.

J.T.J. made three inculpatory statements while he was in the custody of the police. The first was made at 11:05 p.m., the second at 1:55 a.m. and the third statement, comprised of words and gestures made at the scene of the crime, at 3:45 a.m. It was argued on behalf of the Crown that the first statement made at 11:05 p.m. was spontaneous and therefore came within the purview of s. 56(3). I cannot accept that contention. The facts are such that it could not be said that J.T.J. was anything other than a suspect in the eyes of the police at the time the statement was made. He had been held in custody by the police primarily in the same interview room for four hours. During this time, he had been questioned at length by the police. Thereafter he was left alone for a short time. The police then returned and confronted him with the allegation that he had been lying. It was only at this point that J.T.J. made the inculpatory first statement.

By this time J.T.J. was obviously a suspect, if not the prime suspect. Nor, in light of the

L'alinéa 56(2)d) prévoit que, au cas où l'adolescent a consulté une personne conformément à l'al. c), il doit avoir la possibilité de faire sa déclaration en présence de cette personne.

a

Ces exigences ont-elles été respectées en l'espèce? Il n'y a aucun doute que, en l'espèce, la déclaration était volontaire et qu'on a donc respecté l'al. 56(2)a). Toutefois, je ne peux admettre que toutes les exigences de l'al. 56(2)b) aient été respectées. Évidemment, il est incontestable qu'on a dit à J.T.J. qu'il n'était pas obligé de faire une déclaration et, en outre, que toute déclaration de sa part pourrait servir de preuve. Les policiers n'ont pas ajouté les termes «dans les poursuites intentées contre vous», mais cette omission n'a aucune incidence. Par conséquent, les sous-al. 56(2)b)(i) et (ii) ont été respectés. Toutefois, à mon avis, ni le sous-al. 56(2)b)(iii) ni (iv) n'ont été respectés en ce qui a trait aux déclarations faites par J.T.J. C'est-à-dire qu'on n'a pas dit à J.T.J. que, avant de faire une déclaration, il avait le droit de consulter un avocat ou un parent adulte. De plus, lorsqu'il a fait ses déclarations ni avocat ni aucun adulte n'était présent.

J.T.J. a fait trois déclarations incriminantes pendant qu'il était sous la garde des policiers. La première a été faite à 23 h 05, la deuxième à 1 h 55 et la troisième, formée de mots et de gestes faits sur le lieu du crime, à 3 h 45. On a soutenu pour le compte du ministère public que la première déclaration faite à 23 h 05 était spontanée et, par conséquent, s'inscrivait dans le cadre du par. 56(3). Je ne peux accepter cet argument. Les faits sont tels qu'on ne peut dire que J.T.J. était considéré autrement que comme un suspect aux yeux des policiers au moment où la déclaration a été faite. Il avait été gardé par les policiers dans la même salle d'interrogatoire pendant près de quatre heures. Pendant ce temps, il a été longuement interrogé par les policiers. Par la suite, il a été laissé seul pendant une courte période. Les policiers sont ensuite revenus et lui ont déclaré qu'il avait menti. C'est à ce moment-là seulement que J.T.J. a fait la première déclaration incriminante.

Dès lors, J.T.J. était de toute évidence un suspect, voire le suspect principal. Compte tenu de

continued questioning by the police, could his statement have been considered to be spontaneous. If the police had wished to obtain a statement from J.T.J. at 11:05 p.m. when they re-entered the interview room, then they should have complied with the provisions of s. 56(2), particularly since they were admittedly familiar with its requirements. The first statement must be deemed inadmissible.

Even stronger reasons support the conclusion that the statement made at 1:55 a.m. was inadmissible. The police had advised counsel, who had earlier attended and given advice to J.T.J., that they were going to continue the interrogation. If such was their intention, then they were duty bound to again comply with the requirements of s. 56. On every occasion when he had been asked whether he wished to have an adult in attendance or to obtain the services of a lawyer, J.T.J. had replied affirmatively. This therefore gives a strong indication that he would, if properly advised, have availed himself of the opportunity to have a lawyer or adult present during this next session of questioning.

There can be no question that if the police wished by their continued questioning to obtain a statement from J.T.J., then he should have been advised once again of his right to have either his cousin or lawyer present. A mistake was made. The police were aware of the requirements of s. 56 yet saw fit to ignore them. No matter how worldly wise J.T.J. may have been, by the time of his second statement he must have been a tired 17-year-old after spending nearly seven hours in police custody. He was entitled to be advised of his rights. Both he and his lawyer were entitled to expect that the police would comply with the provisions of s. 56.

The Crown argues that the fact that J.T.J. refused to give a written statement demonstrates that he was aware of his rights and either waived them or did not wish to exercise them. This submission cannot be accepted. The evidence that J.T.J. refused to give a written statement can be used just as effectively as an indication that he was not fully aware of his rights and that he believed

l'interrogatoire continu de J.T.J. par les policiers, sa déclaration ne pouvait pas non plus être considérée comme spontanée. Si les policiers voulaient obtenir une déclaration de J.T.J. à 23 h 05 lorsqu'ils sont revenus dans la salle d'interrogatoire, ils auraient dû se conformer alors aux dispositions du par. 56(2), d'autant plus qu'ils ont admis connaître ses exigences. La première déclaration doit être réputée irrecevable.

Il y a des raisons encore plus fortes de conclure que la déclaration faite à 1 h 55 était irrecevable. Les policiers avaient averti l'avocat, qui était venu plus tôt et avait donné des conseils à J.T.J., qu'ils allaient poursuivre l'interrogatoire. Si telle était leur intention, ils étaient alors tenus de se conformer encore une fois aux exigences de l'art. 56. Chaque fois qu'on a demandé à J.T.J. s'il désirait la présence d'un adulte ou s'il voulait obtenir les services d'un avocat, il a répondu par l'affirmative. C'est donc une indication claire que, s'il avait été correctement informé, il se serait prévalu de la possibilité de demander qu'un avocat ou un adulte soit présent à cet autre interrogatoire.

Il est certain que, si les policiers voulaient continuer l'interrogatoire pour obtenir une déclaration de J.T.J., ils auraient alors dû l'aviser encore une fois de son droit à la présence de son cousin ou d'un avocat. Une erreur a été commise. Les policiers connaissaient les exigences de l'art. 56 mais ont jugé bon de ne pas en tenir compte. Si averti que puisse être J.T.J., il ne devait être, au moment de sa deuxième déclaration, qu'un jeune de 17 ans fatigué après les sept heures passées sous la garde des policiers. Il avait le droit d'être informé de ses droits. Son avocat et lui avaient le droit de s'attendre à ce que les policiers respectent les dispositions de l'art. 56.

Le ministère public soutient que le fait que J.T.J. ait refusé de faire une déclaration écrite démontre qu'il était au courant de ses droits et qu'il y a renoncé ou n'a pas voulu les exercer. Cet argument ne peut être accepté. L'élément de preuve selon lequel J.T.J. a refusé de rédiger une déclaration peut être utilisé tout aussi efficacement pour soutenir qu'il n'était pas totalement au cou-

an oral statement was not of the same significance as a written statement.

It was also argued that there was substantial compliance with s. 56(2) so as to make the statements of J.T.J. admissible. I cannot accept that contention. Two of the most important requirements were not met. To repeat, J.T.J. was not advised of his right to counsel, nor of his right to have counsel or an adult present when he made his statements. In these circumstances, there cannot be said to have been substantial compliance with s. 56(2).

Lastly, the statement made up of gestures and verbal responses made at 3:45 in the morning must be held to be inadmissible. By now the accused had spent almost nine hours in custody. Once again the verbal responses must be held to be inadmissible as there was no compliance with s. 56(2). Nor can I in some way separate the gestures from the verbal statement. The gestures and verbal responses are all an integral part of the final statement given in response to continued police questioning. The Crown readily conceded that if the statement made at 1:55 a.m. was deemed to be inadmissible, then this later statement must as well be deemed inadmissible, including both the oral responses and the gestures. The Crown was correct to make such a concession.

In the result, all three of the statements made by J.T.J. to the police are inadmissible.

Section 213(a) of the *Criminal Code*

It was also argued that s. 213(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, contravened the provisions of s. 7 of the *Charter*. For the reasons given by Lamer C.J. in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, I agree that s. 213(a) must be held to be unconstitutional.

Disposition

In the result, I would dismiss the appeal, allow the cross-appeal and direct a new trial of J.T.J. on the charge of manslaughter. It was argued that if the statements were held to be inadmissible, an acquittal should be entered. I cannot accept that submission. There is, in my view, evidence upon

rant de ses droits et qu'il croyait qu'une déclaration verbale n'avait pas la même importance qu'une déclaration écrite.

a On a également soutenu qu'on avait respecté en substance le par. 56(2), de sorte que les déclarations de J.T.J. étaient recevables. Je ne peux accepter cet argument. Deux des exigences les plus importantes n'ont pas été remplies. Encore une fois, J.T.J. n'a pas été avisé de son droit d'avoir recours aux services d'un avocat ni de son droit à la présence d'un avocat ou d'un adulte lorsqu'il a fait ses déclarations. Dans ces circonstances, on ne peut dire qu'on a respecté en substance le par. 56(2).

d Finalement, la déclaration représentée par des gestes faits et des réponses verbales données à 3 h 45 doit être jugée irrecevable. À ce moment-là, l'accusé avait été sous garde pendant près de neuf heures. Là encore, les réponses verbales doivent être jugées irrecevables car on n'a pas respecté le par 56(2). Je ne peux non plus faire de distinction entre les gestes et la déclaration verbale. Les gestes et les réponses verbales sont partie intégrante de la déclaration finale faite en réponse à l'interrogatoire continu des policiers. Le ministère public a volontiers admis que si la déclaration faite à 1 h 55 était jugée irrecevable, alors la dernière déclaration y compris les réponses et les gestes, devait également être jugée irrecevable. Le ministère public a eu raison de faire une telle concession.

g Par conséquent, les trois déclarations faites par J.T.J. aux policiers sont irrecevables.

L'alinéa 213a) du *Code criminel*

h On a également soutenu que l'al. 213a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, portait atteinte aux dispositions de l'art. 7 de la *Charte*. Pour les motifs exposés par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, je suis d'avis que l'al. 213a) doit être jugé inconstitutionnel.

Dispositif

i En définitive, je suis d'avis de rejeter le pourvoi, d'accueillir l'appel incident et d'ordonner un nouveau procès de J.T.J. sur l'accusation d'homicide involontaire coupable. On a soutenu que si les déclarations étaient jugées irrecevables, il faudrait prononcer un acquittement. Je ne peux accepter

which a jury properly instructed could properly convict J.T.J. on the charge of manslaughter.

The answers to the constitutional questions are:

1. Does s. 213(a) of the *Criminal Code* (now s. 230(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985) contravene the rights and freedoms guaranteed by s. 7 and/or 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. Yes

2. If the answer to question 1 is affirmative, is s. 213(a) of the *Criminal Code* (now s. 230(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985) justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

A. No.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—Ruby Adriaenssens was killed at the age of three. Her body was found abandoned in a garage, nude from the waist down. She was dressed in a red and white T-shirt. Light blue panties lay at her feet. Her rectum had been bruised and torn. The injuries to the anal area were consistent with those sustained in a sexual attack. Blood was observed on the left side of her head as well as around the right ear. The death resulted from massive fractures on both sides of the skull and a broken neck, consistent with her head's having been squashed against the ground with a heavy object.

J.T.J. was originally invited to the local police station by the police as a witness. However, his testimony soon provided details that could only be known by the perpetrator of the crime, such as, "Yeah. Like I said he came back and said he saw this little girl on the stairs. He took her to a garage and she was crying for her grandmother." Then at one point he blurted out, "Yeah. I grabbed her. I took her to a garage down the lane. I can't remember that well. I blacked out."

cet argument. Il y a, à mon avis, des éléments de preuve qui pourraient permettre à un jury, ayant reçu des directives appropriées, de déclarer J.T.J. coupable d'homicide involontaire coupable.

^a Les réponses aux questions constitutionnelles sont les suivantes:

1. L'alinéa 213a) du *Code criminel* (maintenant l'al. 230a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985) viole-t-il les droits et libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. Oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'al. 213a) du *Code criminel* (maintenant l'al. 230a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985) est-il justifié par l'article premier de la *Charte* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

^d R. Non.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—^e Ruby Adriaenssens fut tuée à l'âge de trois ans. Son cadavre fut découvert abandonné dans un garage, nu de la ceinture jusqu'aux pieds. Elle portait un t-shirt rouge et blanc. Une culotte bleu clair était à ses pieds. Elle avait le rectum meurtri et déchiré. Les blessures infligées à la région anale correspondaient à celles qu'une agression sexuelle aurait causées. On a observé qu'elle avait du sang du côté gauche de la tête et à l'oreille droite. Sa mort est survenue à la suite de fractures multiples des deux côtés du crâne et d'une fracture de la colonne comme si elle avait eu la tête écrasée contre le sol avec un objet lourd.

^h J.T.J. fut d'abord amené à un poste de police par les agents à titre de témoin. Cependant, par sa déposition il a vite fourni des détails que seul l'auteur du crime aurait pu connaître comme [TRADUCTION] «Ah oui! Comme je l'ai dit, il est revenu et il a dit avoir vu une petite fille dans les marches. Il l'a amenée au garage, mais elle pleurait et réclamait sa grand-mère». Puis, à un moment donné, il a laissé échapper [TRADUCTION] «Ah! Je l'ai empoignée. Je l'ai amenée au garage par l'allée. Je ne me souviens plus très bien. J'ai eu un trou de mémoire».

The police immediately ceased their questioning, located J.T.J.'s closest adult relative in Winnipeg, H.J., and brought him to the police station. They further informed the accused of his right to retain and instruct counsel. He did so. His lawyer, Brenda Keyser, arrived at the building and met with the accused for 37 minutes. Thereafter she consulted with H.J. before departing. H.J. remained in the building.

The police continued to question the accused and asked him whether he would like to make a written statement concerning the events of the night in question. The accused responded: "No. She told me not to." The police then divulged some of the evidence which they had obtained and asked him additional questions. The accused replied willingly, disclosing how he had seized the child from the steps of an apartment building and took her down a lane and into a garage. There, he sexually assaulted the child who was screaming and crying for her grandmother. The accused then revealed that, as he feared someone was approaching, he bludgeoned the child with a brick in order to silence her.

J.T.J. was then taken from the police station to a detention facility for young offenders. On route, the police stopped in front of the apartment building where the child had resided. When asked from what door he exited with the little girl, the accused indicated and replied, "That one". He then showed the police the course he had taken with the child to the garage where the killing took place. Once there he identified for the police the concrete block that he had used to silence the child.

J.T.J. was charged with first degree murder, and although 17 years old, the case was transferred to adult court pursuant to s. 16(2) of the *Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110. He was convicted before judge and jury for first degree murder. On appeal his conviction was overturned and a new trial ordered. The Court of Appeal held that those statements made while J.T.J. was still regarded as a witness should have been excluded. The Court of Appeal also held, however, that the statements and gestures communicated while

Les policiers ont immédiatement interrompu l'interrogatoire, ils ont localisé à Winnipeg, H.J., le plus proche parent adulte de J.T.J., et l'ont amené au poste de police. Ils ont en outre informé l'accusé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, ce dont il s'est prévalu. Son avocate, Brenda Keyser, est arrivée au poste, a conféré avec l'accusé pendant 37 minutes, et s'est ensuite entretenue avec H.J. H.J. est resté au poste de police.

Les policiers ont continué d'interroger l'accusé et lui ont demandé s'il voulait faire une déclaration écrite au sujet des événements de la nuit en question. L'accusé a répondu: [TRADUCTION] «Non. Elle m'a dit de ne pas le faire». Les policiers ont alors mentionné certains des éléments de preuve qu'ils avaient recueillis et ont posé d'autres questions à l'accusé. Celui-ci a répondu volontairement, révélant comment il avait empoigné l'enfant dans l'escalier d'une maison d'appartements, l'avait amenée dans le garage par l'allée. Rendu là, il a agressé sexuellement la fillette, qui criait et réclamait sa grand-mère. L'accusé a alors révélé qu'il a eu peur que quelqu'un ne vienne et qu'il a matraqué l'enfant avec une brique pour la faire taire.

J.T.J. fut alors amené de la centrale de police à un centre de détention pour jeunes délinquants. En cours de route, les agents se sont arrêtés en face de la maison d'appartements où l'enfant habitait. Lorsqu'on lui a demandé par quelle porte la fillette était sortie, l'accusé a pointé du doigt en disant [TRADUCTION] «celle-ci». Il a alors indiqué aux policiers ce qu'il avait fait avec l'enfant jusqu'au garage où l'homicide s'est produit. Rendu là, il a montré aux policiers le bloc de béton dont il s'était servi pour faire taire l'enfant.

J.T.J. fut accusé de meurtre au premier degré et, même s'il n'avait que 17 ans, l'affaire a été déférée au tribunal pour adultes conformément au par. 16(2) de la *Loi sur les jeunes contrevenants* S.C. 1980-81-82-83, ch. 110. Il fut déclaré coupable de meurtre au premier degré par un juge et un jury. En appel, sa déclaration de culpabilité fut infirmée et un nouveau procès fut ordonné. La Cour d'appel a conclu que les déclarations faites par J.T.J., alors qu'il était encore considéré comme témoin, auraient dû être exclues. La Cour d'appel

J.T.J. was a suspect, excluded by the trial judge, ought to have been admitted.

The second trial was also held before a judge and jury, and similarly resulted in a conviction for first degree murder. The Court of Appeal, however, reversed its original assessment, and held that only the gestures, and not the statements, can be admitted under the *Young Offenders Act*. It therefore reversed the judgment of the lower court, and substituted a conviction for manslaughter.

The present appeal is taken from this second decision of the Manitoba Court of Appeal, and it raises two distinct issues; the constitutionality of s. 213(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as well as the exclusionary rules prescribed by s. 56 of the *Young Offenders Act*. I have had the advantage of the opinion of Justice Cory, and with respect I cannot agree with his disposition of either issue. For the reasons stated in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, heard and released concurrently, I am of the view that s. 213(a) of the *Criminal Code* does not violate ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In that case I found that an objective foreseeability test of death was constitutionally valid for the crime of murder, and I distinguished this Court's decision in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636.

Hence, the focus of the present appeal is the applicability of s. 56 of the *Young Offenders Act*. The provision reads as follows:

56. (1) Subject to this section, the law relating to the admissibility of statements made by persons accused of committing offences applies in respect of young persons.

(2) No oral or written statement given by a young person to a peace officer or other person who is, in law, a person in authority is admissible against the young person unless

(a) the statement was voluntary;

a toutefois aussi conclu que les déclarations et les gestes faits par J.T.J., alors qu'il était considéré comme suspect, exclus par le juge du procès, auraient dû être reçus en preuve.

^a Le second procès eut aussi lieu devant un juge et un jury et se termina de la même façon par une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré. La Cour d'appel renversait cependant la décision qu'elle avait rendue lors du premier appel et concluait que seuls les gestes, et non les déclarations, étaient admissibles en vertu de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Elle infirma donc le verdict du jury et y substitua un verdict d'homicide involontaire coupable.

^b Le présent pourvoi vise le second arrêt de la Cour d'appel du Manitoba et il soulève deux questions distinctes: soit la constitutionnalité de l'al. 213(a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, et les règles d'exclusion de preuve prescrites par l'art. 56 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. J'ai pris connaissance de l'opinion du juge Cory et, avec égards, je ne saurais souscrire à la façon dont il dispose de l'une et l'autre question. Pour les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, dont le pourvoi a été entendu et l'arrêt prononcé en même temps que celui-ci, je suis d'avis que l'al. 213(a) du *Code criminel* ne viole ni l'art. 7, ni l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans cet arrêt, j'ai conclu qu'une prévisibilité objective de mort était valide du point de vue constitutionnel pour l'infraction de meurtre et j'ai distingué cette affaire de l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636.

^c En conséquence, le présent pourvoi porte plus précisément sur l'applicabilité de l'art. 56 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Cet article est ainsi rédigé:

^d 56. (1) Sous réserve du présent article, les règles de droit concernant la recevabilité des déclarations faites par des personnes inculpées s'appliquent aux adolescents.

^e (2) La déclaration orale ou écrite faite par un adolescent à un agent de la paix ou à toute autre personne en autorité d'après la loi, n'est pas recevable en preuve contre l'adolescent, sauf si les conditions suivantes sont remplies:

^f a) la déclaration est volontaire;

(b) the person to whom the statement was given has, before the statement was made, clearly explained to the young person, in language appropriate to his age and understanding, that

(i) the young person is under no obligation to give a statement, a

(ii) any statement given by him may be used as evidence in proceedings against him,

(iii) the young person has the right to consult another person in accordance with paragraph (c), b and

(iv) any statement made by the young person is required to be made in the presence of the person consulted, unless the young person desires otherwise; c

(c) the young person has, before the statement was made, been given a reasonable opportunity to consult with counsel or a parent, or in the absence of a parent, an adult relative, or in the absence of a parent and an adult relative, any other appropriate adult chosen by the young person; and d

(d) where the young person consults any person pursuant to paragraph (c), the young person has been given a reasonable opportunity to make the statement in the presence of that person. e

(3) The requirements set out in paragraphs (2)(b), (c) and (d) do not apply in respect of oral statements where they are made spontaneously by the young person to a peace officer or other person in authority before that person has had a reasonable opportunity to comply with those requirements. f

(4) A young person may waive his rights under paragraph (2)(c) or (d) but any such waiver shall be made in writing and shall contain a statement signed by the young person that he has been apprised of the right that he is waiving. g

(5) A youth court judge may rule inadmissible in any proceedings under this Act a statement given by the young person in respect of whom the proceedings are taken if the young person satisfies the judge that the statement was given under duress imposed by any person who is not, in law, a person in authority. h

It is incontrovertible that were it not for J.T.J.'s age, all the evidence at issue would have been admissible. That is not to say that adults are not afforded substantial procedural protection through basic principles of fundamental justice entrenched in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. They are. However, all of these safeguards were strictly complied with in the present case. i

b) la personne à qui la déclaration a été faite a, avant de la recueillir, expliqué clairement à l'adolescent, en des termes adaptés à son âge et à sa compréhension, que:

(i) il n'est obligé de faire aucune déclaration,

(ii) toute déclaration par lui faite pourra servir de preuve dans les poursuites intentées contre lui,

(iii) il a le droit de consulter une tierce personne conformément à l'alinéa c),

(iv) toute déclaration faite par lui doit l'être en présence de la personne consultée, sauf s'il en décide autrement;

c) l'adolescent s'est vu donner, avant de faire la déclaration, une occasion raisonnable de consulter soit son avocat soit son père ou sa mère, soit, en l'absence du père ou de la mère, un parent adulte, soit, en l'absence du père ou de la mère et du parent adulte, tout autre adulte idoine qu'il aura choisi;

d) l'adolescent s'est vu donner, au cas où il a consulté une personne conformément à l'alinéa c), une occasion raisonnable de faire sa déclaration en présence de cette personne. e

(3) Les conditions prévues aux alinéas (2)b), c) et d) ne s'appliquent pas aux déclarations orales spontanées faites par l'adolescent à un agent de la paix ou à une autre personne en autorité avant que l'agent ou cette personne n'ait eu une occasion raisonnable de se conformer aux dispositions de ces alinéas. f

(4) L'adolescent peut renoncer à son droit de consultation prévu aux alinéas (2)c) ou d); la renonciation doit être faite par écrit et comporter une déclaration signée par l'adolescent, attestant qu'il a été informé du droit auquel il renonce. g

(5) Dans les poursuites intentées sous le régime de la présente loi, le juge du tribunal pour adolescents peut déclarer irrecevable une déclaration faite par l'adolescent poursuivi, si celui-ci l'a convaincu que la déclaration lui a été extorquée par contrainte exercée par une personne qui n'est pas en autorité selon la loi. h

Il est incontestable que, n'eût été de l'âge de J.T.J., tous les éléments de preuve ici en question seraient recevables. Cela ne veut pas dire que les adultes ne bénéficient pas d'une protection importante au plan procédural en vertu des principes de justice fondamentale constitutionnalisés par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ils en bénéficient. En l'espèce, toutes ces mesures de protection ont été strictement respectées. i

As soon as J.T.J. began to make a statement that was somewhat inculpatory, the police stopped him from proceeding further. The interviewing officer immediately told him, "Hold on a minute. I'll get your uncle. Do you want your uncle here?" Clearly, J.T.J. was being made aware of his right to consult an adult. He chose to exercise that right. The police summoned H.J., the accused's closest adult relative in Winnipeg, his employer, and the person in whose house the accused resided. When the group reassembled, with H.J. present, the accused was arrested, charged with first degree murder, and advised of his right to retain and instruct counsel. He was told that he was not bound to say anything but that anything he did say would be taken down in writing and might be used against him. The accused explicitly acknowledged that he understood these warnings, and he exercised his right to retain and instruct counsel. No further questioning took place until his lawyer arrived. The accused met with his lawyer for 37 minutes. The lawyer also consulted with H.J. before departing.

This procedure satisfies all the normal precautions mandated in order to preserve an arrested person's rights. However, when the arrested person is under 18 years of age, the *Young Offenders Act* applies as well. In this appeal two specific issues arise under the Act: Were the procedural requirements prescribed by the provision complied with by the interrogating police officers, and are acts and gestures contemplated within the Act's definition of "oral or written statements"?

With respect to the second aspect, two of the three Manitoba Court of Appeal judges distinguished between the oral statements made at the police station and gestures at the scene of the crime, ruling that the *Young Offenders Act* did not affect the admissibility of the latter. However, the appellant Crown concedes that the gestures made by J.T.J. to police officers should not be excluded from the protection of s. 56 on the ground that they were neither written nor verbal statements.

Dès que J.T.J. eut commencé à faire une déclaration le moins inculpatoire, les agents de police l'ont empêché de continuer. L'agent qui procédait à l'interrogatoire lui a immédiatement dit: [TRADUCTION] «Attends un instant. Je vais faire venir ton oncle. Veux-tu que ton oncle vienne?» Manifestement, J.T.J. fut avisé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un adulte. Il choisit d'exercer ce droit. Les policiers firent venir H.J., le plus proche parent adulte de l'accusé qui habitait Winnipeg, qui était son employeur et chez qui l'accusé habitait. Lorsque l'interrogatoire reprit, en présence de H.J., l'accusé fut mis en état d'arrestation, accusé de meurtre au premier degré et informé de son droit à l'assistance d'un avocat. On l'informa qu'il n'était pas obligé de faire quelque déclaration que ce soit, mais que tout ce qu'il dirait serait consigné par écrit et pourrait être invoqué contre lui. L'accusé a expressément reconnu qu'il comprenait ces mises en garde et il a exercé son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Aucun interrogatoire n'eut lieu avant que son avocate arrive. L'accusé eut un entretien de 37 minutes avec son avocate. L'avocate s'est aussi entretenue avec H.J. avant de quitter les lieux.

Cette procédure satisfait à toutes les précautions normales prescrites afin de préserver les droits d'une personne arrêtée. Cependant, lorsque la personne arrêtée est âgée de moins de 18 ans, la *Loi sur les jeunes contrevenants* s'applique également. Dans le présent pourvoi, l'application de la Loi soulève deux questions spécifiques. La procédure prescrite par ces dispositions a-t-elle été observée par les policiers qui ont procédé à l'interrogatoire et les actes et gestes sont-ils visés par la définition que donne la loi de «déclarations orales ou écrites»?

Quant à la seconde question, deux des trois juges de la Cour d'appel du Manitoba ont établi une distinction entre les déclarations orales faites au poste de police et les gestes accomplis sur la scène du crime, statuant que la *Loi sur les jeunes contrevenants* n'affectait pas l'admissibilité de ces derniers. Le ministère public appelant concède toutefois que les gestes faits par J.T.J. en présence des policiers ne doivent pas être soustraits à la protection de l'art. 56 au motif qu'ils ne seraient ni

Rather, it is argued that these actions ought to be admitted, yet for the same reasons as the oral statements at the police station. Hence, it is not necessary to disturb this conclusion of the Manitoba Court of Appeal, and the matter can be decided on the basis that all the communications, oral statements as well as gestures, are to be considered together.

The importance of the dispositions of the *Young Offenders Act* cannot be overemphasized. Police must be particularly vigilant to observe the rights of suspected young offenders, recognizing their tender years and susceptibility to influence. Furthermore, young persons are characteristically more prone to intimidation when facing police interrogators. Their restraint and abilities to preserve and act in their own best interest are somewhat attenuated. It is the responsibility of the police and other authority figures to appreciate this discrepancy, and conduct themselves accordingly.

The *Young Offenders Act* serves a dual role in this regard. It establishes critical guidelines and principles that direct police behaviour and gives practical meaning to youth protection from potential transgressions in the evidence gathering process. The Act also formulates its own exclusionary rules—clearly delineating what standards must be complied with in addition to the existing constitutional controls. These directives acknowledge that young persons are not adults; their naivety and relative lack of experience mandate that their rights be preserved with an extra measure of protection.

However, young offenders suspected of a criminal offence should also be treated in a manner befitting their ages. The *Young Offenders Act* makes it clear that young persons should bear responsibility for their contraventions. The term “young persons” cannot be interpreted in static isolation. Adolescence cannot be viewed as a snapshot in time. Those youths between the ages of 12 and 18 cannot be aggregated and dealt with uniformly without regard for the discrepancies in their faculties and competence.

des déclarations orales ni des déclarations écrites. On soutient plutôt que ces gestes devraient être recevables au même titre que les déclarations orales faites au poste de police. Il n'est donc pas nécessaire de toucher à cette conclusion de la Cour d'appel du Manitoba et la question peut être tranchée sur la base que toutes les communications, déclarations orales ou gestes, doivent être considérées globalement.

On ne saurait trop insister sur l'importance des dispositions de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Les policiers doivent être particulièrement vigilants pour respecter, en raison de leur jeune âge, les droits des jeunes contrevenants qu'on considère comme suspects, compte tenu en outre du risque qu'ils se laissent influencer. De plus, les jeunes sont sans aucun doute plus susceptibles d'intimidation par les interrogateurs de la police. Leur réserve et leur capacité d'agir dans leur meilleur intérêt sont quelque peu atténuées. C'est la responsabilité des policiers et des personnes en autorité d'apprécier cette différence et d'agir en conséquence.

La *Loi sur les jeunes contrevenants* a une double fonction à cet égard. Elle établit les principes et les règles essentielles qui régissent la conduite des policiers et qui assurent concrètement la protection des jeunes contre la possibilité d'atteinte à leurs droits dans la cueillette de la preuve. La Loi énonce aussi ses propres règles d'exclusion en définissant les normes qu'il faut respecter outre celles qui existent déjà en vertu de la Constitution. Ces règles reconnaissent que les adolescents ne sont pas adultes; que leur naïveté et leur manque d'expérience justifient la préservation de leurs droits par des mesures supplémentaires de protection.

Cependant, les jeunes contrevenants soupçonnés d'avoir commis une infraction doivent être traités d'une façon qui correspond à leur âge. La *Loi sur les jeunes contrevenants* dit clairement que les adolescents doivent porter la responsabilité de leurs infractions. Le mot «adolescent» ne peut s'interpréter dans l'abstrait et hors du temps. On ne peut voir l'adolescence comme un moment figé dans le temps. Il est impossible de regrouper tous les jeunes de 12 à 18 ans et de les traiter de façon uniforme sans égard aux différences de capacités intellectuelles et de compréhension.

The spirit of the Act is intended to reflect the evolution of the maturation process. The Act establishes a spectral scheme ensuring that the treatment of these young persons is commensurate with their abilities and understanding. The objectives and purposes of the Act were identified by then Solicitor General Robert Kaplan as follows:

They must strike a balance between helping young offenders and protecting society from harmful conduct. They must safeguard the rights of young people in conflict with the law, while discouraging offenders from committing further crimes.

House of Commons Debates, May 12, 1981, at p. 9517.

This balancing process is fluid—and as Mr. Wenman said during Parliamentary debate:

Before this act is passed, the offenders are those between 7 and 18 years of age. After we pass this act, we are talking only about a small part of that child-adult grouping, and I refer specifically now to 12 to 17-year-olds. That is narrowing it to a very particular group called adolescents. We are now talking about adolescent offenders.

Who and where are these adolescent offenders? We can even narrow it a little more than that. Statistics show that the offenders to whom we refer specifically within that 12 to 17-year-old grouping are 14 and 15 years old. Fifty-six per cent of juvenile or adolescent crime is committed by 14 and 15-year-olds specifically. [Emphasis added.]

House of Commons Debates, May 12, 1981, at p. 9517.

Within this “child-adult grouping” there are those that are more “child” and those that are more “adult”. We should be especially sensitive to 12- and 13-year-olds at the younger end of the spectrum. Their youth borders on that age considered too young to be included within the scope of the Act entirely. Conversely, 17-year-olds are on the brink of adulthood, months away from attaining their full measure of protection under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, but no more.

L'esprit de la Loi vise à refléter l'évolution de ce processus de développement. La Loi établit un régime diversifié qui fait en sorte que le traitement des adolescents soit proportionné à leurs capacités et à leur compréhension. Le procureur général d'alors, Robert Kaplan, a énoncé l'objet et les fins de la Loi comme ceci:

Ils doivent atteindre un juste équilibre entre l'obligation d'aider les jeunes contrevenants et celle de protéger la société contre un comportement nuisible. Ils doivent sauvegarder les droits des jeunes qui ont des démêlés avec la justice tout en décourageant les contrevenants de commettre d'autres crimes.

Débats de la Chambre des communes, 12 mai 1981, à la p. 9517.

Cette recherche de l'équilibre est mouvante et, comme l'a dit M. Wenman pendant le débat parlementaire:

Jusqu'à l'adoption du projet de loi à l'étude, les jeunes contrevenants sont ceux qui sont âgés de 7 à 18 ans. Si le projet de loi est adopté, ils constitueront un groupe encore plus restreint de cette tranche d'âge entre l'enfance et l'âge adulte, soit plus précisément les jeunes de 12 à 17 ans. Il s'agira donc d'un groupe bien délimité qui est celui des adolescents. Il sera donc question désormais d'adolescents délinquants.

Qui sont ces adolescents délinquants? Nous pouvons restreindre cette désignation encore davantage. Les statistiques montrent que les contrevenants qui nous intéressent dans le groupe des 12 à 17 ans sont les jeunes de 14 et 15 ans. Cinquante-six p. 100 des crimes commis par des adolescents sont commis par des jeunes de 14 et 15 ans. [Je souligne.]

Débats de la Chambre des communes, 12 mai 1981, à la p. 9517.

Dans cette «tranche d'âge entre l'enfance et l'âge adulte», il y a ceux qui sont plutôt «enfants» et ceux qui sont plutôt «adultes». Nous devons surtout protéger ceux qui ont 12 et 13 ans, soit ceux qui se situent à l'extrémité jeune de ce groupe d'âge. Leur jeunesse suit immédiatement cet âge où les enfants sont jugés trop jeunes pour être totalement assujettis à la Loi. Par contre, ceux de 17 ans sont presque à l'âge adulte qu'ils atteindront quelques mois plus tard et ils jouiront alors de toute la protection offerte par la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais de rien de plus.

Hence the need to consider certain relevant "indicia of adulthood", especially when dealing with an offender approaching the end of his or her term of protection under the Act. Such an interpretation is consistent with a liberal construction of the Act. While a graduated scale may result in a perceived curtailment of an older offender's rights, it also serves to increase the protection extended to those who are in reality children. While I agree with my colleague's proposition at p. 768, that "Principles of fairness require that the section [s. 56] be applied uniformly", the totality of circumstances of the particular case must be taken into account when measuring compliance with the *Young Offenders Act*.

In *The Young Offenders Act: Highlights* (1981), the Solicitor General's Office detailed the approach, now legislated within the Declaration of Principle of s. 3, that the new Act was to take towards young offenders, at p. 4:

The philosophy of the new Act is expressed in a policy section. This section will serve as a guide to the Act's spirit and intent for everyone concerned with its administration throughout Canada.

The Act's approach blends three principles: that young people should be held more responsible for their behaviour but not wholly accountable since they are not yet fully mature; that society has a right to protection; that young people have the same rights to due process of law and fair and equal treatment as adults, and these rights must be guaranteed by special safeguards. Thus the Act is intended to strike a reasonable and acceptable balance between the needs of youthful individuals and the needs of society.

In particular, the policy section states:

- Young offenders have special needs because they are dependents at varying levels of development and maturity. They therefore also require guidance and assistance. [Emphasis added.]

These varying levels of development and maturity infuse the Act with a spirit of flexibility and accommodation. Young offenders have the

D'où la nécessité de tenir compte de certains «signes de maturité», particulièrement lorsqu'il s'agit d'un contrevenant qui approche la fin de la période où il jouit encore de la protection de la Loi. Ce point de vue est en accord avec une interprétation libérale de la Loi. Bien qu'une application progressive puisse donner l'impression d'une atteinte aux droits d'un contrevenant plus âgé, elle a aussi pour effet d'augmenter la protection offerte à ceux qui en réalité sont des enfants. Bien que j'acquiesce à la proposition de mon collègue, à la p. 768, selon laquelle «Les principes d'équité exigent que l'article [56] soit appliqué uniformément», il faut tenir compte de toutes les circonstances d'un cas particulier pour évaluer si les dispositions de la *Loi sur les jeunes contrevenants* ont été respectées.

Dans la publication intitulée *La Loi sur les jeunes contrevenants: Points saillants* (1981), le bureau du Solliciteur général explicite, à la p. 4, l'attitude, aujourd'hui incorporée à la déclaration de principe comprise dans l'art. 3, que la nouvelle Loi entend adopter à l'égard des jeunes contrevenants:

La philosophie de la nouvelle Loi est exposée dans un article formant un énoncé de principes, qui servira de guide dans la recherche de l'esprit et du but de la Loi pour quiconque s'intéresse à son application partout au Canada.

L'approche de la Loi est axée sur les trois principes suivants: les jeunes doivent répondre davantage de leurs actes sans en être tenus entièrement responsables vu qu'ils n'ont pas encore atteint la maturité; la société a le droit d'être protégée; les jeunes ont les mêmes droits que les adultes en ce qui a trait à l'application régulière de la loi et à un traitement juste et égal, et ces droits doivent être protégés par des garanties spéciales. Ainsi, la Loi a pour but d'atteindre un équilibre raisonnable et acceptable entre les besoins des jeunes et ceux de la société.

Selon l'énoncé de principes que renferme la nouvelle Loi:

- Les jeunes contrevenants ont des besoins spéciaux en raison de leur état de dépendance et de leur degré de développement et de maturité. Ils ont aussi besoin d'aide et de directives. [Je souligne.]

Ces différents niveaux de développement et de maturité donnent à la Loi un esprit de souplesse et d'adaptation. Les jeunes contrevenants ont les

same rights as adults. The Act ensures that the safeguards necessary to protect those rights are not diluted. The underlying principle is one of graduated application depending on the particular needs of the young offender, and the *parens patriae* duty of the state.

Mr. Hawkes commented on this statement of principle:

Which 17-year-old youngsters require supervision, all those who break the law? What positive consequence is inherent in the concept of supervision? What do we mean by that? In societal terms it means parole officers. Historically, that has been our method of supervision. Has it worked? I suggest the scientific evidence would indicate that supervision is not necessarily the answer for all these young offenders. Do they all need discipline and control? Are they all in a state of dependence?

House of Commons Debates, May 12, 1981, at p. 9516.

Originally, the Bill proposed that the maximum age of 18 years could be lowered to 16 years if any province so requested. However, this latter component was removed due to potential violations of s. 15 of the *Charter*, as provinces would have varying ages of application. See House of Commons Debates, May 15, 1981, at p. 9647, and May 29, 1981, at p. 10073.

This interpretation of the *Young Offenders Act* is also consistent with the approach adopted in the United States. The general rule that a criminal suspect must be specifically warned of his Fifth Amendment rights to silence and to counsel under the United States Constitution before interrogation was established in *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). These rights were extended to juveniles in *In re Gault*, 387 U.S. 1 (1967). Any waiver of these rights would be invalid unless it was made "voluntarily, knowingly, and intelligently".

mêmes droits que les adultes. La Loi fait en sorte que les garanties nécessaires pour la protection de ces droits ne soient pas diluées. Le principe sous-jacent porte sur l'application proportionnée de la Loi selon les besoins particuliers du jeune contrevenant et selon la responsabilité *parens patriae* de l'État.

Monsieur Hawkes a dit au sujet de cet énoncé de principe:

Quels sont les jeunes de 17 ans, qui ont besoin de surveillance, tous ceux qui enfreignent la loi? L'idée de surveillance comporte-t-elle un élément utile? Qu'entendons-nous par là? Dans le contexte de la société, cela signifie des agents de libération conditionnelle. Ils ont constitué de tout temps notre mode de surveillance. Ce mode a-t-il donné de bons résultats? Si je ne m'abuse, les résultats de recherches scientifiques tendent à démontrer que la surveillance n'est pas nécessairement la solution à tous les cas de délinquance. Les jeunes contrevenants ont-ils tous besoin d'être disciplinés et contrôlés? Sont-ils tous dans un état de dépendance?

Débats de la Chambre des communes, 12 mai 1981, à la p. 9516.

À l'origine, le projet de loi proposait que l'âge maximal de 18 ans puisse être ramené à 16 ans, si une province le demandait. Cependant, cette particularité a été écartée à cause de la possibilité d'une violation de l'art. 15 de la *Charte* parce que l'âge d'application de la loi aurait varié d'une province à l'autre. Voir les Débats de la Chambre des communes, 15 mai 1981, à la p. 9647; 29 mai 1981, à la p. 10073.

Cette interprétation de la *Loi sur les jeunes contrevenants* est aussi conforme à la jurisprudence américaine. La règle générale selon laquelle un suspect d'acte criminel doit avant d'être interrogé, être informé du droit de garder le silence et de celui d'avoir recours à l'assistance d'un avocat dont il jouit en vertu du Cinquième amendement de la Constitution des États-Unis a été consacrée par l'arrêt *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). Ces droits ont été appliqués à des jeunes contrevenants dans l'arrêt *In re Gault*, 387 U.S. 1 (1967). Pour être valide, toute renonciation à ces droits doit avoir été faite [TRADUCTION] «volontairement, en connaissance de cause et de façon éclairée»:

The interpretation of that federal constitutional standard was clarified in *Fare v. Michael C.*, 442 U.S. 707 (1979), at pp. 724-25 requiring a consideration of the “totality of circumstances” in determining whether rights were in fact waived “voluntarily, knowingly, and intelligently”:

We noted in *North Carolina v. Butler*, 441 U.S., at 373, that the question whether the accused waived his rights “is not one of form, but rather whether the defendant in fact knowingly and voluntarily waived the rights delineated in the *Miranda* case.” Thus, the determination whether statements obtained during custodial interrogation are admissible against the accused is to be made upon an inquiry into the totality of the circumstances surrounding the interrogation, to ascertain whether the accused in fact knowingly and voluntarily decided to forgo his rights to remain silent and to have the assistance of counsel.

The totality approach permits—indeed, it mandates— inquiry into all the circumstances surrounding the interrogation. This includes evaluation of the juvenile’s age, experience, education, background, and intelligence, and into whether he has the capacity to understand the warnings given him, the nature of his Fifth Amendment rights, and the consequences of waiving those rights.

In the particular circumstances of that case, the United States Supreme Court dealt with a murder conviction of a 16-year-old juvenile, overturned by the California Supreme Court which excluded the juvenile’s confession. The United States Supreme Court reversed that decision, finding, at p. 726, that:

The transcript of the interrogation reveals that the police officers conducting the interrogation took care to ensure that respondent understood his rights. They fully explained to respondent that he was being questioned in connection with a murder. They then informed him of all the rights delineated in *Miranda*, and ascertained that respondent understood those rights. There is no indication in the record that respondent failed to understand what the officers told him.

In my view, the same holds true in the present case. Moreover, the statements at issue here were made following an audience with both an adult

L’interprétation de cette norme d’application de la Constitution fédérale a été clarifiée par l’arrêt *Fare v. Michael C.*, 442 U.S. 707 (1979), aux pp. 724 et 725, qui précise qu’il faut tenir compte de [TRADUCTION] «l’ensemble des circonstances» pour établir si la renonciation à ces droits a été faite «volontairement, en connaissance de cause et de façon éclairée»:

[TRADUCTION] Nous avons signalé dans l’arrêt *North Carolina v. Butler*, 441 U.S., à la p. 373, que la question de savoir si l’accusé a renoncé à ses droits «ne relève pas de la forme, mais de savoir si le défendeur a bien renoncé aux droits mentionnés dans l’arrêt *Miranda* en connaissance de cause et volontairement». Il faut donc déterminer si les déclarations faites pendant l’interrogatoire sous garde sont recevables par un examen de l’ensemble des circonstances de l’interrogatoire pour vérifier si l’accusé a bien renoncé à ses droits de garder le silence et d’avoir recours à l’assistance d’un avocat volontairement et en connaissance de cause.

La méthode globale rend possible, elle rend obligatoire même, un examen de toutes les circonstances de l’interrogatoire. Ces circonstances englobent l’âge de l’adolescent, son expérience, sa scolarité, son milieu, son intelligence et exigent de déterminer s’il pouvait comprendre les mises en garde qui lui ont été faites, la nature des droits dont il jouit en vertu du Cinquième amendement et les conséquences de renoncer à ces droits.

Dans les circonstances précises de ce cas, la Cour suprême des États-Unis était aux prises avec la déclaration de culpabilité de meurtre d’un adolescent de 16 ans, infirmée par la Cour suprême de la Californie, qui avait déclaré les aveux de l’adolescent irrecevables. La Cour suprême des États-Unis a infirmé cet arrêt et a conclu, à la p. 726 que:

[TRADUCTION] La transcription de l’interrogatoire indique que les agents de police qui l’ont conduit ont pris soin de s’assurer que l’accusé comprenait ses droits. Ils ont clairement expliqué à l’intimé qu’il était interrogé en rapport avec un meurtre. Ils l’ont alors avisé de tous les droits énoncés dans l’arrêt *Miranda* et ont vérifié que l’intimé comprenait ces droits. Il n’y a rien au dossier qui indique que l’intimé n’a pas compris ce que les agents lui disaient.

À mon avis, cet extrait s’applique à l’espèce. De plus, les déclarations ici en cause ont été faites après consultation d’un parent adulte et d’un

relative and counsel. Most states have incorporated the *Fare v. Michael C.* federal constitutional "totality of circumstances" standard into their "young offender" statutes. However, some have promulgated legislation which prefers a *per se* approach whereby waivers are excluded unless an adult was present to advise the juvenile prior to interrogation. In *State in the Interest of Dino*, 359 So.2d 586, cert. denied, 439 U.S. 1047 (1978), the Supreme Court of Louisiana held that:

... in order for the State to meet its heavy burden of demonstrating that a waiver is made knowingly and intelligently, it must affirmatively show that the juvenile engaged in a meaningful consultation with an attorney or an informed parent, guardian, or other adult interested in his welfare before he waived his right to counsel and privilege against self-incrimination.

Grisso, "Juveniles' Capacities to Waive *Miranda* Rights: An Empirical Analysis" (1980), 68 *Cal. L. Rev.* 1134, discusses both the "totality" and the "*per se*" approaches at pp. 1141-42:

Under the *per se* approach, the courts retain limited discretion in determining whether the applicable *per se* requirements have been satisfied. Foremost among the criteria they must consider is whether the adult was "interested" - genuinely concerned with the juvenile's welfare. They must also determine whether the adult was informed of the juvenile's rights, whether the adult understood those rights, whether the child and the adult had an adequate opportunity to confer in private, and whether the conference was meaningful.

The *per se* approach has been criticized by some commentators for not going far enough to safeguard the rights of juveniles, while others have claimed that, by interfering with police activities, it goes too far. On the one hand, commentators have argued that requiring the presence of a parent at waiver proceedings is not sufficient; his competing interests, emotional reactions to his child's arrest, or intellectual incapacities may interfere with his ability to provide the counsel and support needed by the child. This criticism has contributed to an emerging trend of statutory *per se*

avocat. La plupart des États Américains ont adopté en matière de Constitution fédérale la norme de «l'ensemble des circonstances» énoncée dans l'arrêt *Fare v. Michael C.* pour l'interprétation de leurs lois relatives aux jeunes contrevenants. Cependant, certains États ont adopté des dispositions législatives qui optent pour la méthode *per se* en vertu de laquelle les renonciations sont jugées irrecevables à moins qu'un adulte n'ait été présent pour conseiller l'adolescent avant son interrogatoire. Dans l'arrêt *State in the Interest of Dino*, 359 So.2d 586, cert. refusé, 439 U.S. 1047 (1978), la Cour suprême de la Louisiane a statué que:

[TRADUCTION] ... pour satisfaire au lourd fardeau qui lui incombe de démontrer que la renonciation a été faite «en connaissance de cause et de façon éclairée», l'État doit démontrer que l'adolescent a eu un entretien efficace avec un avocat ou un parent, un tuteur ou un autre adulte bien renseigné et intéressé à son bien-être avant que l'adolescent ne renonce à son droit à l'assistance d'un avocat et à celui de ne pas s'incriminer.

Grisso, dans «Juveniles' Capacities to Waive *Miranda* Rights: An Empirical Analysis» (1980), 68 *Cal. L. Rev.* 1134 traite à la fois de la méthode globale et de la méthode *per se*, aux pp. 1141 et 1142:

[TRADUCTION] En vertu de la méthode intrinsèque, les tribunaux conservent un pouvoir discrétionnaire limité de déterminer si les critères applicables en vertu de la méthode intrinsèque ont été respectés. Parmi les critères, ils doivent surtout déterminer si l'adulte avait de l'intérêt, c.-à-d. un souci sincère du bien-être de l'adolescent. Ils doivent aussi déterminer si l'adulte était renseigné sur les droits de l'adolescent, s'il comprenait ces droits, si l'enfant et l'adulte ont eu une possibilité raisonnable de se parler seul à seul et si cet entretien a été efficace.

Certains commentateurs ont critiqué la méthode intrinsèque parce qu'elle ne s'occupe pas suffisamment de protéger les droits de l'adolescent alors que d'autres soutiennent qu'elle va trop loin et entrave le travail des policiers. D'une part, les commentateurs ont soutenu qu'exiger la présence d'un parent lors de l'acte de renonciation n'est pas suffisant; ses intérêts divergents, ses réactions émotives à l'arrestation de son enfant ou ses limitations intellectuelles peuvent l'empêcher de fournir à l'enfant les conseils et le soutien dont il a besoin. Cette critique a donné lieu à une tendance à écarter systématiquement

exclusion of confessions made by juveniles without prior assistance of legal counsel.

Grisso also acknowledges that the *per se* approach has been frequently attacked for unnecessarily restricting the prosecution of sophisticated juvenile offenders. This position is consistent with the United States Supreme Court's decision in *Fare*, where it placed upon *per se* advocates the burden of proving that the great majority of young offenders do not understand and appreciate the rights they are being asked to waive.

The totality of circumstances approach has also recently been adopted by this Court in *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140, at p. 1168, and endorsed by Chief Justice Dickson, dissenting, in *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755. Both these cases dealt with the exclusion of evidence procured during drug searches, and whether such exclusion would bring the administration of justice into disrepute. By analogy, the instant case deals with whether compliance with the *Young Offenders Act* requires the exclusion of those statements made by J.T.J. to the police. In my view, the integrity of the Act can only be preserved by admitting the evidence at issue.

In crimes involving young offenders, the fear is that the "totality of circumstances" approach does not provide a minimum of consultation with either an adult or counsel, and that even under the *per se* approach, consultation with an adult may not be sufficient. J.T.J. had both. Therefore, even under the most stringent of *per se* standards, the accused in the present case was extended every procedural protection. Furthermore, the Crown is not arguing that the accused waived any of his rights. These rights were retained and exercised by J.T.J. throughout. Rather, the focus of attention revolves around his conduct after he had invoked both his constitutional and statutory rights, and whether he was in fact acting "voluntarily, knowingly and intelligently".

quement en vertu de dispositions législatives les aveux faits par des jeunes contrevenants sans l'assistance d'un avocat.

^a Grisso reconnaît aussi que cette méthode a fait l'objet de fréquentes critiques parce qu'elle limite inutilement la poursuite de jeunes contrevenants sophistiqués. Cette opinion est conforme à l'arrêt *Fare* de la Cour suprême des États-Unis par lequel elle assigne aux tenants de la méthode *per se* le fardeau de prouver que la grande majorité des jeunes contrevenants ne comprend, ni ne peut apprécier les droits auxquels on leur demande de renoncer.

^b Notre Cour a aussi récemment adopté la méthode globale dans l'arrêt *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, à la p. 1168; le juge en chef Dickson, dissident, l'a aussi adoptée dans l'arrêt *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755. Ces deux arrêts portent sur l'exclusion d'éléments de preuve obtenus à l'occasion de fouilles en matière de drogues et déterminent si cette exclusion est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Par analogie, il s'agit ici de décider si l'application de la *Loi sur les jeunes contrevenants* exige l'exclusion des déclarations faites à la police par J.T.J. À mon avis, la Loi ne saurait être intégralement respectée que si l'on reçoit en preuve les actes et gestes en cause.

^c Dans les crimes commis par de jeunes contrevenants, on craint que la méthode globale ne permette un minimum de consultation de l'adolescent avec un adulte ou un avocat et, même en vertu de la méthode *per se*, que la consultation d'un adulte ne soit pas suffisante, J.T.J. a eu droit aux deux. Donc, même en vertu des normes les plus strictes de la méthode *per se*, l'accusé en l'espèce a reçu toute la protection qu'il pouvait recevoir en matière de procédure. De plus, le ministère public ne soutient pas que l'accusé a renoncé à ses droits. Loin d'y renoncer, J.T.J. a exercé ses droits. L'attention se porte plutôt sur sa conduite après qu'il eut invoqué ses droits constitutionnels et ses droits en vertu de la loi et sur la question de savoir s'il a, en réalité, agi «volontairement, en connaissance de cause et avec discernement».

J.T.J. was 17 years old at the time of the offence. Prior to that, he had lived in a common law relationship for about 10 months. That union produced a child. While he no longer resides with the mother, he had made sporadic support payments. J.T.J. was working as a roofer for his cousin H.J., who was present at the police station and provided guidance and support. When the police advised him of his right to counsel, J.T.J. produced a solicitor's business card from his pocket. He subsequently consulted with his solicitor for 37 minutes. The solicitor either acknowledged the police's statement that they would have to speak to J.T.J. some more, or told the police that her client would not be making a statement.

These facts reveal that the accused was relatively advanced and well apprised of his predicament. His level of maturity would have alerted him to the dangers of answering certain questions after he had received explicit warnings from both the police as well as his solicitor. These indicia of adulthood do not excuse non-compliance with the Act. Rather, they define with sharper resolution what measures are necessary in order to extend the prescribed safeguards to this particular young person, taking into account his age and level of sophistication.

In *R. v. G.* (1985), 20 C.C.C. (3d) 289, the British Columbia Court of Appeal unanimously overturned the trial judge's decision to exclude evidence on the basis that s. 56 of the *Young Offenders Act* had not been complied with. In that case, the accused actually had signed a waiver of his rights, and his capacity to make that decision was at issue. The Court of Appeal pointed out that "the trial judge found that the juvenile with whom we are concerned was both mature and streetwise", and that these factors must be considered when applying the Act.

If one dissects the requirements prescribed by s. 56(2), it becomes clear that there was indeed purposeful compliance in the present appeal:

- (1) the statement must be voluntary [s. 56(2)(a)]—all statements made by J.T.J. to the police were voluntary;

J.T.J. était âgé de 17 ans au moment de l'infraction. Auparavant, il avait vécu en union de fait pendant environ 10 mois. Un enfant est né de cette union. Même s'il ne cohabitait plus avec la mère de l'enfant, il lui a fait quelques versements de pension alimentaire. J.T.J. travaillait comme couvreur pour son cousin H.J. qui était présent au poste de police pour le conseiller et le soutenir. Lorsque J.T.J. a été avisé par les policiers de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat il a tiré de sa poche la carte d'affaire d'une avocate. Il a ensuite eu un entretien de 37 minutes avec son avocate. L'avocate a, soit accepté la déclaration des policiers qu'ils devaient reparler à J.T.J., soit dit aux policiers que son client ne ferait pas de déclaration.

Ces faits indiquent que l'accusé a manifesté un niveau mental relativement avancé et était bien conscient de sa situation. Sa maturité aurait dû lui faire voir le danger de répondre à certaines questions après qu'il eut été expressément mis en garde aussi bien par les policiers que par son avocate. Ces indices de maturité n'autorisent pas le non-respect de la Loi. Ils définissent plutôt avec plus d'acuité les mesures qu'il était nécessaire de prendre pour fournir à cet adolescent en particulier les garanties prescrites, en fonction de son âge et de son développement.

Dans l'arrêt *R. v. G.* (1985), 20 C.C.C. (3d) 289, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé à l'unanimité la décision d'un juge de première instance d'exclure des éléments de preuve parce que l'art. 56 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* n'avait pas été respecté. Dans cette affaire, l'accusé avait signé une renonciation à ses droits et sa capacité de le faire était en litige. La Cour d'appel a souligné que [TRADUCTION] «le juge du procès a conclu que l'adolescent en cause était à la fois mûr et futé», et qu'il fallait tenir compte de ces facteurs au moment d'appliquer la Loi.

Si l'on analyse des exigences imposées par le par. 56(2), on se rend compte qu'il a été intégralement respecté dans le présent pourvoi:

- (1) la déclaration doit être volontaire [al. 56(2)a)]—toutes les déclarations de J.T.J. ont été faites volontairement;

- | | |
|---|--|
| <p>(2) the police must explain to the young person that he is under no obligation to give a statement [s. 56(2)(b)(i)]—that was done;</p> <p>(3) the police must explain that any statement can be used against the youth in proceedings against him [s. 56(2)(b)(ii)]—that was also done;</p> <p>(4) the police must further explain that he has a right to consult with a lawyer or a parent, or in the absence of a parent, an adult relative [s. 56(2)(b)(iii)]—that was done as well;</p> <p>(5) the police must also explain that any statement by the young person is required to be made in the presence of the person consulted, unless the young person desires otherwise [s. 56(2)(b)(iv)]—this is the focus of the dispute.</p> | <p>(2) les policiers doivent expliquer à l'adolescent qu'il n'est pas obligé de faire une déclaration [al. 56(2)b(i)]—la chose a été faite;</p> <p>(3) les policiers doivent expliquer que toute déclaration peut servir contre l'adolescent dans des procédures dirigées contre lui [al. 56(2)b(ii)]—la chose a aussi été faite;</p> <p>(4) les policiers doivent encore expliquer qu'il a le droit de prendre l'avis d'un avocat ou de son père ou de sa mère, ou en l'absence du père et de la mère, d'un parent adulte [al. 56(2)b(iii)]—la chose a aussi été faite;</p> <p>(5) les policiers doivent encore expliquer que toute déclaration que fait l'adolescent doit être faite en présence de la personne dont il pris l'avis à moins qu'il ne veuille qu'il en soit autrement [al. 56(2)b(iv)]—c'est l'objet du litige.</p> |
|---|--|

The majority at the Manitoba Court of Appeal found that this last requirement was not met in this case. I disagree. Taking into account the aforementioned indicia of adulthood, and having regard to the introductory words of s. 56(2), I believe that all of the requirements of the provision have been complied with. The police must tender their explanations to the young person "in language appropriate to his age and understanding". It is against this background that "unless the young person desires otherwise" must be assessed.

I would like to emphasize that this does not repose discretion in the police as to the degree of protection individual young offenders are entitled to under the legislation. It is not the province of the police to interpret the Act. Rather, if police conduct is subsequently challenged, the trier of fact should determine whether, having regard to all the circumstances, the rights owed to the young offender were properly complied with.

As Platt has written in *Young Offenders Law in Canada* (1989), at pp. 15-13 and 15-14:

Since the test in s. 56(2)(b) is subjective, the "person in authority" ought to find out what the young person's background is regarding age, schooling and language skills.

En Cour d'appel du Manitoba, la majorité a conclu que la dernière condition n'avait pas été respectée en l'espèce. Je ne suis pas de cet avis. Compte tenu des signes de maturité déjà mentionnés, et en raison des premiers mots du par. 56(2), je crois que toutes les conditions énoncées dans cette disposition ont été respectées. Les policiers doivent fournir à l'adolescent des explications «en des termes adaptés à son âge et à sa compréhension». C'est dans ce contexte qu'il faut comprendre l'expression «sauf [si l'adolescent] en décide autrement».

Je désire souligner particulièrement que ceci ne fait pas dépendre de la volonté des agents de police le degré de protection dont l'adolescent jouit en vertu de la disposition législative. Il n'appartient pas aux policiers de décider de l'interprétation de la Loi. Si le comportement des policiers est par la suite mis en doute, le juge des faits doit déterminer, compte tenu de l'ensemble des circonstances, si les droits dont l'adolescent jouissait ont été respectés.

Platt dit ceci dans *Young Offenders Law in Canada* (1989), aux pp. 15-13 et 15-14:

[TRADUCTION] Puisque le critère de l'al. 56(2)b) est subjectif, la «personne en situation d'autorité» doit déterminer quel est le niveau de l'adolescent pour ce qui est de l'âge, de la scolarité et de la facilité d'expression.

... rights and warnings must be explained in a way that is meaningful to the young person before the court. Each case must be looked at individually to determine whether, upon a regard to the age and background of the young person, s. 56(2)(b) was complied with. [Emphasis added.]

J.T.J. was given every procedural protection up to the remarks at issue. He was offered both his right to have an adult present as well as his right to counsel. He exercised both these rights. He had conferred with both his adult relative and his lawyer. He was told not to make any statements; he even conveyed that message to the police expressly. Therefore, when on the heels of these admonitions he proceeded to respond voluntarily to subsequent questions, it becomes difficult to argue that this was contrary to his alleged wishes.

Moreover, the fact that his solicitor counselled him not to sign any written statements does not detract from the above proposition. She could have very well been ensuring that her client not waive his rights under s. 56(4). These waivers must be in writing. They must also contain a statement signed by the young person that he has been apprised of the right that he is waiving. To read these explicit requirements into s. 56(2)(b)(iv) would render s. 56(4) a redundant provision. J.T.J. was explicitly asked whether he was willing to sign a waiver. He declined. Consequently his rights were retained. They were also observed.

While the accused did not specifically declare that, "Notwithstanding my right to make any statements in the presence of my relative or my lawyer, I proclaim my choice to proceed in their absence," such a declaration is not required, and certainly not for an offender with J.T.J.'s level of maturity. Given all of the preceding events, and the continued presence of H.J. at the police station, the accused's willingness to respond can certainly be considered "constructive desire".

Huband J.A., who wrote for the majority at the Manitoba Court of Appeal, originally adopted this approach following J.T.J.'s first visit to the

... les droits et les mises en garde doivent être expliqués d'une façon que peut comprendre l'adolescent qui se trouve devant le tribunal. Chaque cas doit être considéré individuellement afin de déterminer si, compte tenu de l'âge et de la situation de l'adolescent, l'al. 56(2)b) a été respecté. [Je souligne.]

J.T.J. a pu jouir de toutes les garanties possibles en matière de procédure jusqu'aux déclarations en cause. Il a eu la possibilité de se prévaloir du droit à la présence d'un adulte et à l'assistance d'un avocat. Il s'est prévalu de ces droits. Il a consulté à la fois un parent adulte et son avocat. Il a reçu instruction de ne faire aucune déclaration; il en a même fait part aux policiers explicitement. Donc, puisqu'il a répondu volontairement à d'autres questions tout de suite après ces instructions, il est difficile de soutenir qu'il l'a fait contre sa volonté.

De plus, le fait que son avocate lui ait recommandé de ne signer aucune déclaration écrite n'invalide pas ce qui précède. Il se peut très bien qu'elle ait voulu s'assurer que son client ne renonce pas aux droits que le par. 56(4) lui conférerait. Cette renonciation doit être écrite. Elle doit comporter une déclaration signée par l'adolescent qu'il a été informé du droit auquel il renonce. Introduire ces exigences explicites dans le sous-al. 56(2)b)(iv) rendrait le par. 56(4) superflu. On a expressément demandé à J.T.J. s'il voulait signer une renonciation. Il a refusé. En conséquence, il a conservé tous ses droits et on les a également respectés.

Bien que l'accusé n'ait pas expressément déclaré: «Nonobstant mon droit de faire toute déclaration en présence d'un parent ou de mon avocat, j'affirme que je choisis de le faire en leur absence», une telle déclaration n'était pas nécessaire, surtout pas de la part d'un contrevenant ayant le niveau de maturité de J.T.J. Compte tenu de tous les événements qui avaient précédé, de la présence de H.J. qui se trouvait encore au poste de police, le consentement de l'accusé à répondre peut certainement être considéré comme «un consentement implicite».

Le juge Huband, qui a rédigé les motifs de la majorité de la Cour d'appel du Manitoba, a d'abord opté pour cette façon de voir après le

Manitoba Court of Appeal (1987), 44 Man. R. (2d) 265, at p. 271:

Under s. 56(2)(b)(iv) any statement made by the young person is required to be made in the presence of legal counsel, with whom the accused has consulted, unless the young person desires otherwise. In this case legal counsel attended upon the accused. Thereafter the accused refused to give a written statement, but proceeded to answer police questions. The accused had full opportunity to make a statement in the presence of his legal counsel, but obviously chose not to do so when she was present at the Public Safety Building. By volunteering information after she had left, I think it is clear that, by his own choice, he responded to the questions without his lawyer being present. We know nothing of what took place in the interview between the accused and legal counsel, but one might reasonably infer that the accused was advised of his rights, including the right to maintain his silence, or alternatively, if he were to give a statement, to make that statement in the presence of his legal counsel. Legal counsel was present at the Public Safety Building, and if the accused had wished to make a statement in the presence of his counsel it could have been done then. He was afforded the right to make a statement in the presence of counsel and chose not to do so. He volunteered a statement after his counsel had departed. [Emphasis added.]

Bala, "The Young Offenders Act: A Legal Framework", in Hudson, Hornick and Burrows, eds., *Justice and the Young Offenders in Canada*, wrote, at p. 17:

Section 56 is based on the recognition that young persons may lack the sophistication and maturity to fully appreciate the legal consequences of making a statement, and so require special protection when being questioned by police. It is also premised on the notion that some youths are easily intimidated by adult authority figures, and may make statements that they believe those authority figures expect to hear, even if the statements are false. It is hoped that consultation with a parent or lawyer will preclude the making of such false statements. [Emphasis added.]

Such consultation was provided for. The guidance and direction furnished by his relative and his solicitor allowed the accused to make an

premier appel de J.T.J. à la Cour d'appel du Manitoba (1987), 44 Man. R. (2d) 265, à la p. 271:

[TRADUCTION] En vertu du sous-al. 56(2)(b)(iv), toute déclaration faite par un adolescent doit l'être en présence d'un avocat, que l'accusé a consulté, à moins que l'adolescent ne souhaite le contraire. En l'espèce, l'accusé a consulté une avocate. Ensuite, l'accusé a refusé de fournir une déclaration écrite, mais il a répondu aux questions des policiers. L'accusé avait eu la possibilité de faire une déclaration en présence de son avocate, mais il a manifestement choisi de ne pas la faire quand celle-ci était présente à la centrale de police. En donnant volontairement des renseignements après qu'elle fut partie, il est clair, à mon avis, qu'il a répondu volontairement aux questions hors de la présence de son avocate. Nous ne savons rien de ce qui s'est passé au cours de l'entretien survenu entre l'accusé et son avocate, mais on peut raisonnablement supposer que l'accusé a été informé de ses droits, y compris de celui de garder le silence ou de celui faire toute déclaration, s'il choisissait d'en faire une, en présence de son avocat. L'avocate était présente à la centrale de police, si l'accusé avait voulu faire une déclaration en présence de son avocate, il aurait pu le faire. Il aurait pu se prévaloir du droit de faire une déclaration en présence de son avocate, mais il a choisi de ne pas le faire. Il a volontairement fait une déclaration après le départ de son avocate. [Je souligne.]

Bala, écrit dans «The Young Offenders Act: A Legal Framework», dans Hudson, Hornick, et Burrows, éd., *Justice and the Young Offender in Canada*, à la p. 17:

[TRADUCTION] L'article 56 découle de l'acceptation du fait que les adolescents peuvent manquer du raffinement et de la maturité qu'il faudrait pour bien apprécier les conséquences juridiques de faire une déclaration et qu'en conséquence ils ont besoin d'une protection spéciale quand ils sont interrogés par les policiers. Il découle également de l'idée que certains adolescents sont facilement intimidés par un adulte en situation d'autorité et peuvent dire ce qu'ils croient que ces personnes en situation d'autorité veulent entendre, même si ce qu'ils disent est faux. On espère que la consultation d'un parent ou d'un avocat empêchera l'adolescent de faire une déclaration fausse. [Je souligne.]

Cette possibilité de consulter a été accordée. Les conseils et les instructions fournis par un parent et par son avocate ont permis à l'accusé de prendre

informed decision. The ultimate choice was his own.

In the present appeal (1988), 50 Man. R. (2d) 300, Huband J.A. summarized his earlier position at p. 307, yet felt compelled to reverse himself:

After having had the benefit of a meeting with his lawyer, the accused volunteered answers to questions posed by the police. It might be argued that having been apprised of his rights, the accused obviously desired to make his statement by way of answers to police questions without the benefit of the presence of legal counsel. That was my earlier impression. But in the end that argument cannot be sustained. Under s. 56(2)(b) an explanation must be given to the young person that his legal counsel is required to be present unless the accused makes a conscious choice to proceed with the statement in the absence of his counsel.

Having regard to the totality of circumstances it must have been clear to J.T.J. that he could decline to comment in the absence of his lawyer just as he refused to sign the written waiver. His pattern of behaviour reflects a deliberate and considered decision making process such that it cannot be argued that his was not "a conscious choice to proceed with the statement in the absence of his counsel".

Huband J.A. also raised s. 56(2)(d) relating to the "reasonable opportunity to make the statement in the presence" of his lawyer and felt that was not complied with as "the accused formed no intention to make a statement during the time that his lawyer was present". Yet that is not the thrust of the provision. The accused knew of those facts when the lawyer was present and could have easily revealed them at that time. However, the accused was not so inclined. We can only speculate whether this was a manifestation of counsel's instructions. Yet his subsequent intention cannot defeat the admissibility of the statements simply because he had chosen or was advised not to disclose them at an earlier time.

Platt also discussed s. 56(2)(c) (the right of consultation), s. 56(2)(d) (the reasonable opportunity to make the statement), and s. 56(4)

une décision éclairée. Il lui appartenait, en définitive, de choisir.

Dans le présent pourvoi (1988), 50 Man. R. (2d) 300, le juge Huband a résumé son opinion antérieure, mais il a estimé nécessaire de changer d'avis, à la p. 307:

[TRADUCTION] Après avoir eu l'avantage de consulter son avocat, l'accusé a volontairement répondu aux questions que les policiers lui posaient. On pourrait soutenir que connaissant ses droits, l'accusé a manifestement voulu faire sa déclaration en répondant aux questions des policiers sans l'avantage de la présence de son avocat. C'était ma première impression. Mais en définitive, cet argument est impossible à soutenir. En vertu de l'al. 56(2)b), il faut expliquer à l'adolescent que son avocat doit être présent à moins que l'accusé ne choisisse expressément de faire une déclaration hors de la présence de son avocat.

Compte tenu de l'ensemble des circonstances présentes, il doit avoir été clair pour J.T.J. qu'il pouvait refuser de faire quelque commentaire que ce soit hors de la présence de son avocat tout comme il a refusé de signer une déclaration écrite. Sa conduite correspond à la prise d'une décision réfléchie et éclairée qu'on ne peut qualifier autrement que «de choix conscient de faire une déclaration en l'absence de son avocat».

Le juge Huband a aussi mentionné l'al. 56(2)d) qui porte sur «la possibilité de faire une déclaration en présence» de son avocate et il a estimé que cet alinéa n'avait pas été respecté, puisque [TRADUCTION] «l'accusé n'a pas eu l'intention de faire une déclaration pendant que son avocate était présente». Ce n'est pas là, à mon avis la portée de cette disposition. L'accusé connaissait ces faits au moment où l'avocate était présente et il aurait pu facilement les mentionner à ce moment-là. Cependant, l'accusé n'a pas choisi d'agir de la sorte. On ne peut que spéculer sur le fait qu'en agissant ainsi, il obéissait aux directives de l'avocat. Cependant, l'intention qu'il a eue subséquemment ne peut affecter la recevabilité de ses déclarations du simple fait qu'il ait choisi ou ait reçu le conseil de ne pas révéler ces faits plus tôt.

Platt aborde aussi l'al. 56(2)c), (le droit de consultation), l'al. 56(2)d), (la possibilité suffisante de faire une déclaration) et le par. 56(4) (la

(the waiver of these rights). She concluded at p. 15-19 that:

Presumably, where a consultation has occurred pursuant to s. 56(2)(c), and the young person is given a "reasonable opportunity" to make the statement in the presence of the person consulted but declines to do so, no waiver need be signed. This is because, on the strict wording of s. 56(2)(d), the right need only be waived where the young person does not wish to be "given a reasonable opportunity to make the statement in the presence of that person".

Essentially, Platt interprets this series of provisions as substituting the waiver requirement with a reasonable opportunity to make the statement in the presence of the person consulted. While I do not believe that the waiver right was supplanted in this case, the factual situation does promote the impression that J.T.J. was afforded the reasonable opportunity to pronounce himself in the presence of his relative or counsel. If these provisions were interpreted so as to insist that all statements made by accused persons be in the presence of a relative or counsel, then as Monnin C.J.M. stated at the Court of Appeal, at p. 308:

No statement could ever be obtained without giving the young person a reasonable opportunity to make that statement in the presence of a lawyer or the person consulted. If that is the law, police interrogation, which is legitimate and proper procedure in criminal investigations, has received a death blow, and interrogation in the presence of defence counsel will be an exercise in futility.

Such a stultification of the criminal justice system would be inconsistent with the objectives and purposes of the *Young Offenders Act*, as discussed above. O'Sullivan J.A., who concurred with Huband J.A., assumes that J.T.J.'s willingness to answer questions exposes "his lack of intelligence, education and spirit" to understand "and appreciate the warnings of his counsel of his right to 'keep his mouth shut'". I do not share that conclusion.

The evidence reveals that J.T.J. had the faculties to make an educated decision. The Act is not violated if the young person chooses to

renonciation à ces droits). Elle conclut à la p. 15-19 que:

[TRADUCTION] Probablement que, quand il y a eu consultation conformément à l'al. 56(2)c) et quand l'adolescent a eu une possibilité suffisante de faire une déclaration en présence de la personne consultée, mais a refusé de le faire, il n'est pas nécessaire de faire signer une renonciation. Il en est ainsi parce que, selon le texte même de l'al. 56(2)d), il doit y avoir renonciation au droit seulement si l'adolescent ne veut pas avoir «une possibilité suffisante de faire sa déclaration en présence de cette personne».

Essentiellement, suivant l'interprétation de Platt cette série de dispositions substitue à l'obligation relative à la renonciation une possibilité suffisante de faire la déclaration en présence de la personne consultée. Bien que je ne croie pas que le droit à une renonciation ait été remplacé en l'espèce, les faits indiquent que J.T.J. a eu la possibilité suffisante de parler en présence de son parent ou de son avocat. Si l'on interprète ces dispositions comme exigeant que toutes les déclarations faites par un accusé soient faites en présence d'un parent ou d'un avocat, alors, comme le dit le juge en chef Monnin de la Cour d'appel, à la p. 308:

[TRADUCTION] Aucune déclaration ne pourra être exigée d'un adolescent sans lui accorder une possibilité suffisante de faire cette déclaration en présence d'un avocat ou de la personne consultée. Si c'est le sens de la loi, les interrogatoires de police, qui constituent une procédure légitime et normale d'enquête criminelle, deviendront impossibles et les interrogatoires en présence d'un avocat de la défense seront une pure perte de temps.

Une telle inefficacité du système de justice criminelle serait incompatible avec les objectifs et les fins de la *Loi sur les jeunes contrevenants* dont j'ai déjà discuté. Le juge O'Sullivan, qui a été du même avis que le juge Huband, présume que la volonté de J.T.J. de répondre aux questions révèle [TRADUCTION] «son manque d'intelligence, d'instruction et de finesse» à comprendre [TRADUCTION] «et voir la valeur des avertissements de son avocat de son droit «de garder le silence»». Je ne partage pas cet avis.

La preuve révèle que J.T.J. avait la capacité de prendre une décision éclairée. Il n'y a pas de violation de la Loi si l'adolescent choisit de répon-

respond. It is only infringed if that choice was neither informed nor motivated by proper guidance and direction. The purpose of the consultation right is to elevate the young person's capacities from potential youthful indiscretion to the balance and discipline more common in adults. Any margin of deficiency in this case was certainly compensated for by the deliberate instructions on the part of the police and their successful efforts to secure proper supervision. It cannot be argued that despite all these precautions, the fact that the accused tendered statements of his own volition necessarily demonstrates a shortcoming in the conduct of the police.

I must underscore once again that this conclusion does not emanate from a finding that the police properly exercised their discretion regarding compliance under the Act. The police are vested with no such discretion. However, the legislation itself provides a means by which we can assess whether any impugned statements were made "voluntarily, knowingly, and intelligently".

As Monnin C.J.M. indicated at p. 317:

The accused had 37 minutes with Mrs. Keyser [his lawyer]. I can only assume that she properly informed him of his rights including the right to make a statement in her presence and to be given a reasonable opportunity to make such a statement if he so wished in her presence as well as the right to stand mute. What is the value of the right to counsel if courts must assume and infer that counsel did not adequately and properly inform or advise a client? There is no evidence on the record from the two police officers that they offered the accused an opportunity to have Mrs. Keyser present when they resumed their interrogation since they had already specifically told her earlier that the accused would be given an opportunity to reply to the charge of murder. Counsel when so informed could easily have requested to be present for the re-interrogation.

It is apparent from the record, reviewed as a whole, that the police extended meticulous consideration for the accused's rights under the *Charter* and the *Young Offenders Act*. J.T.J. was provided with the opportunity to choose how to

dre aux questions. Il y a manquement à la Loi seulement si ce choix n'est pas éclairé ou fondé sur des conseils et des directives appropriées. Le but de la consultation est d'élever la capacité de l'adolescent du niveau de l'imprudence de la jeunesse à l'équilibre et à la discipline plus propres aux adultes. Toute lacune en l'espèce aura certainement été compensée par des instructions délibérées de la part de la police et leurs efforts fructueux pour assurer une supervision adéquate. On ne peut soutenir qu'en dépit de toutes ces précautions, le fait que l'accusé fasse des déclarations volontairement révèle forcément une faute dans la conduite des policiers.

Je dois insister de nouveau sur le fait que cette conclusion ne repose pas sur l'appréciation d'un pouvoir discrétionnaire par les policiers dans l'application de la Loi. Les policiers ne possèdent pas de tel pouvoir discrétionnaire. Cependant, la disposition législative elle-même permet de déterminer si les déclarations en cause ont été faites «volontairement, en connaissance de cause et de façon intelligente».

Comme le dit le juge en chef Monnin, à la p. 317:

[TRADUCTION] L'accusé a pu s'entretenir avec M^{me} Keyser [son avocate] pendant 37 minutes. Je ne puis que supposer qu'elle l'a valablement informé de ses droits, y compris de celui de faire une déclaration en sa présence et d'avoir une possibilité suffisante de faire une telle déclaration s'il voulait la faire en sa présence et aussi de son droit de garder le silence. Quelle serait la valeur du droit à l'assistance d'un avocat si les tribunaux doivent supposer et conclure que l'avocat n'a pas suffisamment, ni adéquatement renseigné son client? Il n'y a pas d'élément de preuve dans les dépositions des deux agents de police indiquant qu'ils ont offert à l'accusé la possibilité que M^{me} Keyser soit présente quand ils ont repris leur interrogatoire puisqu'ils lui avaient déjà expressément dit que l'accusé aurait la possibilité de répondre à l'accusation de meurtre. En apprenant cela, l'avocate aurait bien pu demander à être présente lors de la reprise de l'interrogatoire.

Il ressort nettement de l'ensemble du dossier que les policiers ont pris grand soin de respecter les droits dont l'accusé jouissait en vertu de la *Charte* et en vertu de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. J.T.J. a eu la possibilité de choisir comment se

conduct himself and with the partisan advisors to ensure that his perspective was both developed and informed. That having been accomplished, the resulting evidence cannot be excluded merely because it reflects unfavourably upon the accused.

Monnin C.J.M. concluded, at p. 321, that:

The factual situation is clear. There was a killing and the author of it was the accused. Two jury panels reached that conclusion without difficulty. In addition to that we have the voluntary statement of the young person admitting that he committed the crime. To reach any other conclusion but that of guilty of murder is to ignore the real facts of this case. [Emphasis added.]

I would go further. In the particular circumstances of this case, holding a third complete trial after two successive convictions for first degree murder would, in my view, not only ignore the law, *i.e.*, the spirit of the *Young Offenders Act*, but would also generate palpable disrespect for the criminal justice system and cast serious aspersions on the benefits and balances inherent in the Act. Moreover, according to counsel for the respondent, ordering a new trial while excluding all of the statements and gestures would compel the trial judge to withdraw the case from a jury and direct that a verdict of acquittal be entered. Faced only with the independent circumstantial evidence adduced by the prosecution, all charges would have to be dismissed.

The *Young Offenders Act* ensures that the rights of young persons are upheld by extending to them additional safeguards that must be adhered to. The barometer of adherence must be calibrated according to the particular youth, having regard to all of the surrounding factors and circumstances. Ordering a third trial would, in my view, subvert the interests of the justice system and the protection of our youths. Respect for the Act can only be preserved through logical application. Uniform implementation in all cases would ignore the vast range of individuals who fall within the ambit of protection, and thus frustrate the objectives and purposes of the Act itself.

comporter, et ses conseillers de voir à ce que son avis soit réfléchi et éclairé. Dans ces conditions, les éléments de preuve recueillis ne peuvent être exclus simplement parce qu'ils sont défavorables à l'accusé.

Le juge en chef Monnin a conclu, à la p. 321, que:

[TRADUCTION] Les faits sont clairs. Il y a eu homicide et l'accusé en est l'auteur. Deux jurys sont arrivés à cette conclusion sans difficulté. De plus, nous avons une déclaration faite volontairement par l'adolescent qui reconnaît avoir commis cette infraction. Arriver à toute autre conclusion que celle qu'il est coupable de meurtre revient à ne pas tenir compte des faits de l'espèce. [Je souligne.]

J'irais plus loin. Dans les circonstances particulières de l'espèce, tenir un troisième procès après deux déclarations successives de culpabilité de meurtre au premier degré reviendrait, à mon avis, non seulement à ne pas tenir compte du droit, c'est-à-dire de l'esprit de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, mais aussi à engendrer une déconsidération certaine de la justice et à porter gravement atteinte à l'équilibre et aux avantages de la Loi. De plus, selon les avocats de l'intimé, ordonner un nouveau procès en écartant toutes les déclarations et les gestes forcerait le juge du procès à retirer l'affaire des mains du jury pour ordonner un verdict d'acquiescement. Si on s'en tient aux seuls éléments indépendants de preuve circonstancielle soumis par le ministère public, toutes les accusations devraient être rejetées.

La *Loi sur les jeunes contrevenants* vise à ce que les droits des adolescents soient sauvegardés en leur offrant des garanties additionnelles qui doivent être respectées. La mesure de respect doit être fonction de l'adolescent en cause, ainsi que de toutes les circonstances et de tous les facteurs de l'espèce. Ordonner un troisième procès menacerait, à mon avis, l'intérêt de la justice et la protection de nos adolescents. Seule une application logique de la loi en assurera le respect. Une application uniforme dans tous les cas ne tiendrait pas compte du vaste éventail de personnes qui jouissent de sa protection et, de ce fait, détournerait la loi elle-même de ses objectifs et de ses fins.

Furthermore, there was compliance in the present case. As soon as J.T.J. became a suspect, his closest adult relative in Winnipeg was brought to the public safety building. J.T.J. was granted and exercised his right to retain and instruct ^a counsel. Following consultation with both of these individuals, J.T.J. made incriminating statements voluntarily, on the basis of which he was convicted of first degree murder twice. The procedural requirements dictated by the Act were observed, ^b and in my view ordering a third trial would severely undermine rather than preserve the utility of the *Young Offenders Act*. I would allow the appeal, dismiss the cross-appeal, and restore the conviction and sentence imposed at trial. ^c

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—I have had the advantage of reading the reasons of Justices L'Heureux-Dubé and Cory. I would answer the constitutional questions in the same manner as Cory J., for the reasons I gave in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633. I ^e agree, for the reasons given by Cory J., that the statements made to the police by J.T.J. are inadmissible and that there must be a new trial. I would have been inclined to direct a new trial on the original charge of murder. I am satisfied that ^f we have the power to do so in this case pursuant to s. 695(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. Nonetheless, I agree with Cory J. that, in view of the way in which the case was presented, a new trial should be directed on the charge of manslaughter. ^g

Appeal dismissed and cross-appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Solicitor for the appellant: The Department of the Attorney General, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Keyser, Harris & Rusen, Winnipeg.

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

De plus, la Loi a été respectée en l'espèce. Dès que J.T.J. est devenu suspect, on a fait venir à la centrale de police son plus proche parent qui habitait Winnipeg. J.T.J. a eu la possibilité d'exercer ^a son droit à l'assistance d'un avocat et il l'a de fait exercé. Après consultation de ces deux personnes, J.T.J. a volontairement fait des déclarations incriminantes en raison desquelles il a été déclaré coupable de meurtre au premier degré deux fois. ^b Les exigences de procédure dictées par la Loi ont été respectées et, à mon avis, ordonner un troisième procès saperait gravement l'utilité de la *Loi sur les jeunes contrevenants* plutôt qu'il la servirait. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, de rejeter le ^c pourvoi incident et de rétablir la déclaration de culpabilité et la peine prononcées au procès.

Version française des motifs rendus par

^d LE JUGE SOPINKA—J'ai pris connaissance des motifs des juges L'Heureux-Dubé et Cory. Pour les motifs que j'ai exposés dans l'affaire *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, je suis d'avis de ^e répondre aux questions constitutionnelles de la même manière que le juge Cory. Pour les raisons données par le juge Cory, je suis d'accord pour dire que les déclarations de J.T.J. à la police sont inadmissibles et qu'un nouveau procès doit avoir ^f lieu. J'aurais été porté à ordonner la tenue d'un nouveau procès relativement à l'accusation initiale de meurtre. Je suis persuadé que le par. 695(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, nous habilite à le faire en l'espèce. Néanmoins, je partage l'avis du juge Cory que, compte tenu de la ^g façon dont l'affaire a été présentée, il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès relativement à l'accusation d'homicide involontaire coupable. ^h

Pourvoi rejeté et pourvoi incident accueilli, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.

Procureur de l'appellante: Le ministère du Procureur général, Winnipeg.

Procureurs de l'intimé: Keyser, Harris & Rusen, Winnipeg.

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

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland: The Attorney General of Newfoundland, St. John's.

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

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

^b *Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve: Le procureur général de Terre-Neuve, St. John's.*



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 6, 1990 Vol. 2

6^e cahier, 1990 Vol. 2

Cited as [1990] 2 S.C.R. 795-993

Renvoi [1990] 2 R.C.S. 795-993

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

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1990.

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

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1990.

CONTENTS

Clarke v. Clarke 795

Matrimonial law — Property — Pensions — Husband receiving monthly pension payments following his retirement from the armed forces — Whether pension payments a “matrimonial asset” and therefore subject to equal division — Canadian Forces Superannuation Act, R.S.C. 1970, c. C-9 — Matrimonial Property Act, S.N.S. 1980, c. 9, ss. 2, 4, 12, 13.

Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec v. Canada (National Battlefields Commission) 838

Constitutional law — Applicability of provincial statute — Transportation — Sightseeing service offered by federal commission on park territory administered by it — Carrier hired by commission not holding transport permit required by provincial transport legislation — Whether provincial legislation applies to federal commission, to its sightseeing transportation service or to carrier — Transport Act, R.S.Q., c. T-12, ss. 3, 4, 4.1, 5, 5.1, 32, 36, 40, 43 — Bus Transport Regulation, (1987) 119 G.O. II 24, ss. 1, 12, 17, 21, 30, 31 — Government Property Traffic Act, R.S.C., 1985, c. G-6 — Government Property Traffic Regulations, C.R.C. 1978, c. 887, ss. 3, 5, 6 — Act respecting the National Battlefields at Quebec, S.C. 1908, c. 57.

Continued on next page

SOMMAIRE

Clarke c. Clarke 795

Droit matrimonial — Biens — Pensions — Mari recevant des versements mensuels de pension par suite de sa retraite des forces armées — Les prestations de retraite sont-elles des «biens matrimoniaux» et par conséquent assujetties au partage à parts égales? — Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes, S.R.C. 1970, ch. C-9 — Matrimonial Property Act, S.N.S. 1980, ch. 9, art. 2, 4, 12, 13.

Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux) 838

Droit constitutionnel — Applicabilité d'une loi provinciale — Transport — Service de transport touristique offert par une commission fédérale sur le territoire du parc qu'elle administre — Transporteur engagé par la commission ne détenant pas le permis de transport requis par la loi provinciale sur les transports — La loi provinciale s'applique-t-elle à la commission fédérale, à son service de transport touristique ou au transporteur? — Loi sur les transports, L.R.Q., ch. T-12, art. 3, 4, 4.1, 5, 5.1, 32, 36, 40, 43 — Règlement sur le transport par autobus, (1987) 119 G.O. II 24, art. 1, 12, 17, 21, 30, 31 — Loi relative à la circulation sur les terrains de l'État, L.R.C. (1985), ch. G-6

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Hunt v. Carey Canada Inc. 959

Practice — Motion to strike — Action brought by person suffering from disease allegedly caused by exposure to asbestos fibres — Allegation of conspiracy to withhold information of potential health risks — Allegations of other nominate torts — Circumstances in which a statement of claim (or portions of it) could be struck out — Whether allegations based on the tort of conspiracy should be struck out — Rules of Court [British Columbia], Rule 19(24).

R. v. Hess; R. v. Nguyen 906

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Life, liberty and security of person — Criminal Code prohibiting sexual intercourse with a female person under the age of fourteen years — Absolute liability offence — Whether s. 146(1) of the Code infringes s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of the Charter.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality before the law — Criminal Code prohibiting sexual intercourse with a female person under the age of fourteen years — Whether s. 146(1) of the Code infringes s. 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of the Charter.

Criminal law — Sexual offences — Sexual intercourse with female under fourteen — Whether s. 146(1) of the Criminal Code infringes the guarantee of fundamental justice under s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms or the right to equality before the law under s. 15 of the Charter.

R. v. Penno 865

Criminal law — Defences — Intoxication — Care or control of motor vehicle while impaired — Impairment element of offence — Whether intoxication defence to charge — Specific or general intent offence — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 234(1), 237(1)(a).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Care or control of motor vehicle while impaired — Impairment element of offence — Defence of intoxication unavailable — Whether unavailability of defence of intoxication infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 234(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Care or control of motor vehicle while impaired — Impairment element of offence — Defence of intoxication unavailable — Whether unavailability of defence of intoxication infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Free-

SOMMAIRE (Suite)

— Règlement relatif à la circulation sur les terrains du gouvernement, C.R.C. 1978, ch. 887, art. 3, 5, 6 — Loi concernant les champs de bataille nationaux de Québec, S.C. 1908, ch. 57.

Hunt c. Carey Canada Inc. 959

Pratique — Requête en radiation — Action intentée par une personne souffrant d'une maladie qui résulterait de l'exposition aux fibres d'amiante — Allégation de complot en vue de cacher des renseignements quant aux risques possibles pour la santé — Allégations d'autres délits énumérés — Circonstances dans lesquelles une déclaration (ou des parties de celle-ci) peut être radiée — Les allégations fondées sur le délit civil de complot devraient-elles être radiées? — Rules of Court [Colombie-Britannique], règle 19(24).

R. c. Hess; R. c. Nguyen 906

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Interdiction, par le Code criminel, d'avoir des rapports sexuels avec une personne de sexe féminin âgée de moins de quatorze ans — Infraction de responsabilité absolue — L'article 146(1) du Code viole-t-il l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Égalité devant la loi — Interdiction, par le Code criminel, d'avoir des rapports sexuels avec une personne de sexe féminin âgée de moins de quatorze ans — L'article 146(1) du Code viole-t-il l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?

Droit criminel — Infractions sexuelles — Rapports sexuels avec une personne de sexe féminin âgée de moins de quatorze ans — L'article 146(1) du Code criminel viole-t-il le droit à la justice fondamentale garanti par l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés ou le droit à l'égalité devant la loi garanti par l'art. 15 de la Charte?

R. c. Penno 865

Droit criminel — Moyens de défense — Intoxication — Garde ou contrôle d'un véhicule à moteur alors qu'on a les facultés affaiblies — L'affaiblissement des facultés est un élément de l'infraction — L'intoxication constitue-t-elle un moyen de défense opposable à une accusation? — Infraction d'intention spécifique ou générale — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 234(1), 237(1)a).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Garde ou contrôle d'un véhicule à moteur alors qu'on a les facultés affaiblies — L'affaiblissement des facultés est un élément de l'infraction — Exclusion de l'intoxication comme moyen de défense — L'exclusion de l'intoxication comme moyen de défense viole-t-elle l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation peut-elle être justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 234(1).

Continued on next page

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

doms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 234(1).

SOMMAIRE (Fin)

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Garde ou contrôle d'un véhicule à moteur alors qu'on a les facultés affaiblies — L'affaiblissement des facultés est un élément de l'infraction — Exclusion de l'intoxication comme moyen de défense — L'exclusion de l'intoxication comme moyen de défense viole-t-elle l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation peut-elle être justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 234(1).

Grace Lorraine Clarke *Appellant*

v.

Franklyn Vernon Clarke *Respondent*

INDEXED AS: CLARKE v. CLARKE

File No.: 20151.

1989: December 6; 1990: October 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Matrimonial law — Property — Pensions — Husband receiving monthly pension payments following his retirement from the armed forces — Whether pension payments a “matrimonial asset” and therefore subject to equal division — Canadian Forces Superannuation Act, R.S.C. 1970, c. C-9 — Matrimonial Property Act, S.N.S. 1980, c. 9, ss. 2, 4, 12, 13.

The parties were married in 1955. Respondent elected to receive his pension in the form of monthly payments when he retired from the armed forces in 1976. After the parties separated in 1980, respondent petitioned for divorce and appellant counter-petitioned, seeking a division of pension benefits as matrimonial assets, *inter alia*. Section 12 of the Nova Scotia *Matrimonial Property Act* provides for the equal division of matrimonial assets upon the dissolution of a marriage and s. 13 allows the court to make an unequal division where a division in equal shares would be “unfair or unconscionable”. The trial judge included respondent’s pension in calculating the equal division of property between the spouses. He included the value of the pension payments respondent received between the date of separation and the time of trial in his matrimonial assets, and ordered that he pay appellant one half of the pension payments received in future. The Court of Appeal found that the periodic pension payments constituted income, not a matrimonial asset. It varied the calculation of the matrimonial assets by deleting from respondent’s assets the pension payments he had already received and deleted from the trial judge’s order the monthly pension payments to be paid to appellant in the future. The issue before the Court is the appropriate means by which appellant may participate in respondent’s pension benefits.

* Chief Justice at the time of hearing.

Grace Lorraine Clarke *Appelante*

c.

Franklyn Vernon Clarke *Intimé*

^a RÉPERTORIÉ: CLARKE c. CLARKE

N° du greffe: 20151.

1989: 6 décembre; 1990: 4 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Droit matrimonial — Biens — Pensions — Mari recevant des versements mensuels de pension par suite de sa retraite des forces armées — Les prestations de retraite sont-elles des «biens matrimoniaux» et par conséquent assujetties au partage à parts égales? — Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes, S.R.C. 1970, ch. C-9 — Matrimonial Property Act, S.N.S. 1980, ch. 9, art. 2, 4, 12, 13.

Les parties se sont mariées en 1955. L'intimé a choisi de recevoir sa pension sous la forme de versements mensuels lors de sa retraite des forces armées en 1976. Après la séparation des parties en 1980, l'intimé a présenté une requête en divorce et l'appelante a présenté une requête reconventionnelle visant à obtenir notamment un partage des prestations de retraite à titre de biens matrimoniaux. L'article 12 de la *Matrimonial Property Act* de la Nouvelle-Écosse prévoit le partage à parts égales des biens matrimoniaux à la dissolution du mariage et l'art. 13 permet au tribunal d'ordonner un partage inégal lorsque le partage en parts égales serait «injuste ou inique». Le juge de première instance a inclus la pension de l'intimé dans le calcul du partage à parts égales des biens entre les époux. Il a inclus la valeur des prestations de retraite reçues par l'intimé de la date de la séparation à la date du procès dans ses biens matrimoniaux et a ordonné qu'il paye à l'appelante la moitié des versements à recevoir. La Cour d'appel a conclu que les prestations périodiques de retraite étaient un revenu et non un bien matrimonial. Elle a modifié le calcul des biens matrimoniaux en supprimant des biens de l'intimé les versements de pension qu'il avait déjà reçus et, dans l'ordonnance du juge de première instance, a supprimé les versements mensuels de pension qui devaient à l'avenir être payés à l'appelante. Le présent pourvoi vise à déterminer le moyen approprié de permettre à l'appelante d'obtenir une part des prestations de retraite.

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

Held: The appeal should be allowed.

Pensions should be included as matrimonial assets subject to equal division. This interpretation of the legislation is clearly more consonant with the spirit and intent of the Act than s. 13, which will not be an effective option where the only substantial asset is the pension. Maintenance is not an acceptable alternative to a share of a capital asset since maintenance is contingent both on the continuing need of the appellant and on the ability to pay of the respondent. Discretionary support payments are an inadequate and unacceptable substitute for an entitlement to share in the assets accumulated during the marriage as a result of the combined efforts of the spouses.

Pensions, because they are not business assets and therefore not included in the list of exceptions in s. 4(1), are matrimonial assets to be divided equally. The weight of appellate authority in several provinces supports this classification of pensions. Pensions are not "income" in the sense of payments for present work, nor are they income to be earned in the future. Rather pensions are benefits earned throughout the period of the pension. It would be unjust to find that, because respondent elected to take monthly payments rather than a lump sum, the pension ceases to be a matrimonial asset.

The difficulty in valuing pensions is not a bar to concluding that they are property for the purposes of equal division. The prohibition against alienation found in s. 8(6) of the *Canadian Forces Superannuation Act* does not prevent respondent's pension benefits from being characterized as matrimonial assets. There is no conflict between s. 8(6) and the *Matrimonial Property Act*.

There is no reason to interfere with the trial judge's findings in this case. His order reflects the spirit and intent of the legislation, and while it does not result in a "clean break" between the parties, it enables both of them to enjoy the benefits of the pension as and when they fall due.

Cases Cited

Approved: *Lawrence v. Lawrence* (1981), 25 R.F.L. (2d) 130, leave to appeal to S.C.C. refused 49 N.S.R. (2d) 209; **disapproved:** *Isbister v. Isbister* (1981), 22 R.F.L. (2d) 234; **referred to:** *Rutherford v. Rutherford* (1981), 23 R.F.L. (2d) 337, aff'g (1979) 14 R.F.L. (2d) 41; *Harwood v. Thomas* (1981), 45 N.S.R. (2d) 414; *Lefort v. Lefort* (1988), 13 R.F.L. (3d) 359; *Tataryn v. Tataryn* (1984), 38 R.F.L. (2d) 272; *Curren v. Curren* (1987), 81 N.S.R. (2d) 118; *Lemmon v. Lemmon* (1987), 77 N.S.R. (2d) 113; *Stevens v. Stevens* (1987),

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les pensions devraient être incluses dans les biens du mariage assujettis au partage à parts égales. Cette interprétation de la loi est clairement plus conforme à l'esprit et à l'intention de la loi que l'art. 13 qui n'est pas une option réelle lorsque la pension est le seul bien important. L'obligation alimentaire n'est pas une solution de rechange acceptable à une part dans un bien en capital, parce qu'elle dépend à la fois de la continuité du besoin de l'appelante et de la capacité de l'intimé de payer. Des paiements alimentaires discrétionnaires sont une solution de rechange inadéquate et inacceptable au droit à une part des biens accumulés pendant le mariage par suite des efforts combinés des conjoints.

Les pensions, n'étant pas des biens commerciaux et n'étant donc pas comprises dans la liste des exceptions prévues au par. 4(1), sont des biens matrimoniaux à partager également. La jurisprudence des cours d'appel de plusieurs provinces appuie cette classification des pensions. Les pensions ne sont pas un «revenu» dans le sens de paiements pour le travail actuel, et ne sont pas non plus un revenu futur. Ce sont des prestations gagnées tout au long de la période de la pension. Il serait injuste de conclure que la pension cesse d'être un bien matrimonial parce que l'intimé a choisi des versements mensuels au lieu d'une somme forfaitaire.

La difficulté de l'évaluation des pensions ne doit pas empêcher de conclure qu'elles sont des biens aux fins du partage à parts égales. L'interdiction de l'aliénation, au par. 8(6) de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, n'empêche pas de qualifier les prestations de retraite de l'intimé de biens matrimoniaux. Il n'y a aucun conflit entre le par. 8(6) et la *Matrimonial Property Act*.

Il n'y a aucune raison de modifier les conclusions du juge de première instance en l'espèce. Son ordonnance reflète l'esprit et l'intention du législateur et même si elle n'entraîne pas une «nette rupture» entre les parties, elle leur permet de profiter des prestations de la pension lorsqu'elles sont versées.

Jurisprudence

Arrêt approuvé: *Lawrence v. Lawrence* (1981), 25 R.F.L. (2d) 130, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée 49 N.S.R. (2d) 209; **arrêt critiqué:** *Isbister v. Isbister* (1981), 22 R.F.L. (2d) 234; **arrêts mentionnés:** *Rutherford v. Rutherford* (1981), 23 R.F.L. (2d) 337, conf. (1979), 14 R.F.L. (2d) 41; *Harwood v. Thomas* (1981), 45 N.S.R. (2d) 414; *Lefort v. Lefort* (1988), 13 R.F.L. (3d) 359; *Tataryn v. Tataryn* (1984), 38 R.F.L. (2d) 272; *Curren v. Curren* (1987), 81 N.S.R. (2d) 118; *Lemmon v. Lemmon* (1987), 77 N.S.R. (2d) 113; *Ste-*

7 R.F.L. (3d) 127; *McNulty v. McNulty* (1989), 24 R.F.L. (3d) 41; *Herchuk v. Herchuk* (1983), 35 R.F.L. (2d) 327; *McAlister v. McAlister*, [1983] 2 W.W.R. 8; *George v. George* (1983), 35 R.F.L. (2d) 225; *Geisel v. Geisel* (1981), 24 R.F.L. (2d) 424; *Hierlihy v. Hierlihy* (1984), 48 Nfld. & P.E.I.R. 142; *Cleaves v. Cleaves* (1982), 27 R.F.L. (2d) 239; *Muise v. Muise* (1982), 30 R.F.L. (2d) 296; *Nolet v. Nolet* (1985), 46 R.F.L. (2d) 388; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *Derrickson v. Derrickson*, [1986] 1 S.C.R. 285; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Rawluk v. Rawluk*, [1990] 1 S.C.R. 70; *Rafferty v. Rafferty* (1984), 39 R.F.L. (2d) 374.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Pension Benefits Act, S.N.S. 1987, c. 11, s. 61(2).
Canadian Forces Superannuation Act, R.S.C. 1970, c. C-9, s. 8(6) [rep. & sub. 1980-81-82-83, c. 100, s. 41].
Civil Code of Quebec, Arts. 462.2, 2nd para., 462.3.
Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8.
Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121.
Garnishment, Attachment and Pension Diversion Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 100, ss. 22, 41.
Marital Property Act, S.M. 1978, c. 24, C.C.S.M., c. M45, s. 1(b).
Matrimonial Property Act, R.S.A. 1980, c. M-9.
Matrimonial Property Act, R.S.S. 1979, c. M-6.1.
Matrimonial Property Act, S.N.S. 1980, c. 9, ss. 2, 4, 12, 13.
Pension Benefits Act, R.S.A. 1980, c. P-3.
Pension Benefits Act, S.M. 1975, c. 38 [am. 1982-83-84, c. 79, s. 19].
Pension Benefits Act, S.N.S. 1975, c. 14.
Public Service Superannuation Act, R.S.B.C. 1960, c. 57.

Authors Cited

Bissett-Johnson, Alastair. "Three Problems of Pensions—An Overview" (1990), 6 *C.F.L.Q.* 137.
 Campbell, Neil. "Division of Pensions Under the Ontario Family Law Act: A Comment on *Marsham v. Marsham* and *Humphreys v. Humphreys*" (1988), 7 *Can. J. Fam. L.* 79.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
 Knight, Philip A. "Splitting and Sharing Pension Assets on Marriage Breakdown" (1985), 14 *Man. L. J.* 419.
 Marmer, Jack. "Valuing Registered Retirement Savings Plans" (1987), 2 *C.F.L.Q.* 97.
 McBean, Jean M. "The Treatment of Pensions Under the Alberta Matrimonial Property Act: Some Unresolved Issues". In *Payne's Divorce and Family*

vens v. Stevens (1987), 7 R.F.L. (3d) 127; *McNulty v. McNulty* (1989), 24 R.F.L. (3d) 41; *Herchuk v. Herchuk* (1983), 35 R.F.L. (2d) 327; *McAlister v. McAlister*, [1983] 2 W.W.R. 8; *George v. George* (1983), 35 R.F.L. (2d) 225; *Geisel v. Geisel* (1981), 24 R.F.L. (2d) 424; *Hierlihy v. Hierlihy* (1984), 48 Nfld. & P.E.I.R. 142; *Cleaves v. Cleaves* (1982), 27 R.F.L. (2d) 239; *Muise v. Muise* (1982), 30 R.F.L. (2d) 296; *Nolet v. Nolet* (1985), 46 R.F.L. (2d) 388; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Rawluk c. Rawluk*, [1990] 1 R.C.S. 70; *Rafferty v. Rafferty* (1984), 39 R.F.L. (2d) 374.

Lois et règlements cités

Act to amend the Pension Benefits Act, S.N.S. 1987, ch. 11, art. 61(2).
Code civil du Québec, art. 462.2, 2^e al., 462.3.
Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, ch. 121.
Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes, S.R.C. 1970, ch. C-9, art. 8(6) [abr. & rempl. 1980-81-82-83, ch. 100, art. 41].
Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions, S.C. 1980-81-82-83, ch. 100, art. 22, 41.
Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, ch. D-8.
Loi sur les biens matrimoniaux, S.M. 1978, ch. 24, C.P.L.M., ch. M45, art. 1b).
Loi sur les prestations de pension, L.M. 1975, ch. 38 [mod. 1982-83-84, ch. 79, art. 19].
Matrimonial Property Act, R.S.A. 1980, ch. M-9.
Matrimonial Property Act, R.S.S. 1979, ch. M-6.1.
Matrimonial Property Act, S.N.S. 1980, ch. 9, art. 2, 4, 12, 13.
Pension Benefits Act, R.S.A. 1980, ch. P-3.
Pension Benefits Act, S.N.S. 1975, ch. 14.
Public Service Superannuation Act, R.S.B.C. 1960, ch. 57.

Doctrine citée

Bissett-Johnson, Alastair. «Three Problems of Pensions—An Overview» (1990), 6 *C.F.L.Q.* 137.
 Campbell, Neil. «Division of Pensions Under the Ontario Family Law Act: A Comment on *Marsham v. Marsham* and *Humphreys v. Humphreys*» (1988), 7 *Can. J. Fam. L.* 79.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
 Knight, Philip A. «Splitting and Sharing Pension Assets on Marriage Breakdown» (1985), 14 *Man. L. J.* 419.
 Marmer, Jack. «Valuing Registered Retirement Savings Plans» (1987), 2 *C.F.L.Q.* 97.
 McBean, Jean M. «The Treatment of Pensions Under the Alberta Matrimonial Property Act: Some Unresolved Issues». In *Payne's Divorce and Family Law*

Law Digest. Edited by Julien D. Payne. Don Mills: De Boo, 1986, p. E-25.

Patterson, J. B. "Determining a Realistically High Value of the Spouse's Interest in the Employee's Pension" (1987), 1 *C.F.L.Q.* 345.

Pollock, Michael L. "Division of Pension Rights on Marriage Breakdown in Alberta: A Review of some Proposed Amendments to the Alberta Matrimonial Property Act" (1987), 2 *C.F.L.Q.* 83.

Roche, Evita M. "Treatment of Pensions upon Marriage Breakdown in Canada: A Comparative Study" (1987), 1 *C.F.L.Q.* 189.

Winokur, Paul M. and Stephen A. Eadie. "Current Pension Valuation Issues from an Ontario Perspective" (1988), 3 *C.F.L.Q.* 197.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1986), 72 N.S.R. (2d) 387, 173 A.P.R. 387, 29 D.L.R. (4th) 492, 1 R.F.L. (3d) 29, allowing an appeal from an order of MacDonnell J. ordering a division of pension benefits as matrimonial assets. Appeal allowed.

Bruce Errol McKay, for the appellant.

Richard Johnson, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—The main issue in this appeal is whether a periodic pension benefit paid pursuant to the *Canadian Forces Superannuation Act*, R.S.C. 1970, c. C-9, as amended, is a "matrimonial asset" within the meaning of the *Nova Scotia Matrimonial Property Act*, S.N.S. 1980, c. 9, as amended, and therefore subject to equal division thereunder.

1. The Facts

The parties, Grace Lorraine Clarke (appellant) and Franklyn Vernon Clarke (respondent), were married on August 6, 1955. At the time of the marriage Mrs. Clarke was 21 years of age and Mr. Clarke was 26. They lived and cohabited in various places in Canada, mainly on or near Canadian Armed Forces Bases, until the end of July, 1980. At the commencement of the marriage both parties were employed by the Royal Canadian Air Force. During the course of the marriage the

Digest. Edited by Julien D. Payne. Don Mills: De Boo, 1986, p. E-25.

Patterson, J. B. «Determining a Realistically High Value of the Spouse's Interest in the Employee's Pension» (1987), 1 *C.F.L.Q.* 345.

^a Pollock, Michael L. «Division of Pension Rights on Marriage Breakdown in Alberta: A Review of some Proposed Amendments to the Alberta Matrimonial Property Act» (1987), 2 *C.F.L.Q.* 83.

Roche, Evita M. «Treatment of Pensions upon Marriage Breakdown in Canada: A Comparative Study» ^b (1987), 1 *C.F.L.Q.* 189.

Winokur, Paul M. and Stephen A. Eadie. «Current Pension Valuation Issues from an Ontario Perspective» (1988), 3 *C.F.L.Q.* 197.

^c POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1986), 72 N.S.R. (2d) 387, 173 A.P.R. 387, 29 D.L.R. (4th) 492, 1 R.F.L. (3d) 29, qui a accueilli l'appel contre une ordonnance du juge MacDonnell qui avait ordonné le partage de prestations de retraite à titre de biens matrimoniaux. Pourvoi accueilli.

Bruce Errol McKay, pour l'appelante.

^e *Richard Johnson*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

^f LE JUGE WILSON—La principale question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si une prestation périodique de retraite versée en application de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, S.R.C. 1970, ch. C-9, et modifications, constitue un «bien matrimonial» au sens de la *Matrimonial Property Act*, S.N.S. 1980, ch. 9 et modifications, de la Nouvelle-Écosse et est par conséquent assujettie à un partage égal en vertu de cette loi.

^h 1. Les faits

ⁱ Les parties, Grace Lorraine Clarke (appelante) et Franklyn Vernon Clarke (intimé) se sont mariés le 6 août 1955. Au moment du mariage, M^{me} Clarke était âgée de 21 ans et M. Clarke de 26 ans. Ils ont vécu et cohabité en divers endroits au Canada principalement dans des bases des Forces armées canadiennes ou près de celles-ci jusqu'à la fin du mois de juillet 1980. Au début du mariage, les deux parties étaient employées par le Corps d'aviation royal canadien. Au cours du mariage,

parties had five children. From the date of marriage until the youngest child reached the age of five, which was in 1968, Mrs. Clarke raised the children and cared for the home. In 1968 she began working outside the home as a cleaner and at various other jobs as well as maintaining the home and caring for the children. All the money she earned was used for household and living expenses. Mr. Clarke remained a member of the Armed Forces until his retirement on February 2, 1976. He was then entitled to an annuity pursuant to the *Canadian Forces Superannuation Act* and had the option of receiving either a cash settlement or monthly payments. Mr. Clarke elected to receive monthly payments which amounted to \$564.21 per month. The election is final. He cannot now re-elect to take a cash settlement.

After the parties separated Mrs. Clarke moved to Thunder Bay, Ontario, and lived in an apartment owned by her mother and another relative. Mr. Clarke moved out of the matrimonial home as well and subsequently entered into a common law relationship. He resided in Shelburne County, Nova Scotia. Only the children remained in the matrimonial home in Berwick, Nova Scotia. Mr. Clarke continued to pay the mortgage and the taxes on the matrimonial home and Mrs. Clarke sent money to the children to help with expenses.

Neither party has a significant income. At the time of separation Mrs. Clarke was doing seasonal work but at the time of the trial she was unemployed and receiving \$860.00 per month in unemployment insurance. At the time of the trial Mr. Clarke was employed at a lumber company earning \$7.50 per hour. During the year of the trial he made approximately \$8,200.00. He was also receiving the monthly pension benefit.

The jointly owned matrimonial home had an assessed value of \$56,500.00, subject to a mortgage with an outstanding balance as of May 31, 1985 of \$18,623.26, or a net value to each party of \$18,938.37. The home was sold in July of 1986. Excluding the pension benefit the remaining

les parties ont eu cinq enfants. De la date du mariage jusqu'au moment où le plus jeune enfant a atteint l'âge de cinq ans, c'est-à-dire en 1968, M^{me} Clarke a élevé les enfants et s'est occupée de la maison. En 1968, elle a commencé à travailler à l'extérieur de la maison, à faire des ménages ou à divers autres emplois, tout en s'occupant de la maison et des enfants. Tout l'argent qu'elle gagnait était utilisé pour les dépenses du foyer et pour les frais de subsistance. Monsieur Clarke est demeuré dans les Forces armées jusqu'à sa retraite le 2 février 1976. Il avait alors droit à une pension en application de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* et avait le choix de recevoir un montant forfaitaire ou des versements mensuels. Monsieur Clarke a choisi de recevoir des versements mensuels de 564,21 \$. Le choix est définitif. Il ne peut maintenant faire un nouveau choix pour obtenir un montant forfaitaire.

Après la séparation des parties, M^{me} Clarke a déménagé à Thunder Bay, en Ontario et a vécu dans un appartement qui était la propriété de sa mère et d'un autre parent. Monsieur Clarke a également quitté le foyer conjugal et s'est engagé par la suite dans une union de fait. Il a résidé dans le comté de Shelburne, en Nouvelle-Écosse. Seuls les enfants sont demeurés dans le foyer conjugal à Berwick, Nouvelle-Écosse. Monsieur Clarke a continué à payer l'hypothèque et les taxes de la maison et M^{me} Clarke a fait parvenir de l'argent aux enfants pour les aider à payer leurs dépenses.

Ni l'une ni l'autre partie n'avait de revenus importants. Au moment de la séparation, M^{me} Clarke avait un emploi saisonnier mais au moment du procès elle était en chômage et recevait 860 \$ par mois en prestations d'assurance-chômage. Au moment du procès, M. Clarke travaillait pour une scierie à un salaire horaire de 7,50 \$. Pendant l'année du procès, il a gagné environ 8 200 \$. Il recevait également les prestations de retraite mensuelles.

Le foyer conjugal, dont la propriété était conjointe, avait une valeur estimative de 56 500 \$ et était grevé d'une hypothèque dont le solde impayé au 31 mai 1985 était de 18 623,26 \$; elle avait donc une valeur nette de 18 938,37 \$ pour chaque partie. La maison a été vendue en juillet 1986. À

matrimonial assets amounted to just over \$40,000.00. Thus, the only assets of substance were the matrimonial home and the pension benefit.

Mr. Clarke petitioned for divorce in the Supreme Court of Nova Scotia, Trial Division. Mrs. Clarke counter-petitioned and sought as corollary relief an order for maintenance, a division of property and a division of pension benefits as matrimonial assets. In granting a decree nisi of divorce MacDonnell J. included Mr. Clarke's pension in calculating the equal division of property between the spouses. He included in Mr. Clarke's matrimonial assets \$27,815.56, being the value of 58 months of pension payments received by him between the date of separation and the time of trial. He ordered that one half of the monthly pension payments received by Mr. Clarke in the future should be paid to Mrs. Clarke. After adjusting for income tax the amount to be received by Mrs. Clarke amounted to \$239.79 per month.

Mr. Clarke appealed and the Appeal Division of the Supreme Court allowed the appeal and varied the order of the trial judge by deleting from it the monthly pension payments to be paid to Mrs. Clarke. The Appeal Division further ordered that the calculation of the matrimonial assets made by the trial judge be varied by deleting from Mr. Clarke's assets the pension payments he had already received, or \$27,815.56. Mrs. Clarke was granted leave to appeal to this Court.

2. The Issues

This appeal is limited to the treatment in the courts below of the pension benefits being received by Mr. Clarke under the *Canadian Forces Superannuation Act*. The main issue is whether the pension is a "matrimonial asset" within the meaning of the Nova Scotia *Matrimonial Property Act* and therefore subject to equal division thereunder.

l'exclusion des prestations de retraite, le reste des biens matrimoniaux avait une valeur d'un peu plus de 40 000 \$. Par conséquent, les seuls biens importants étaient la maison conjugale et les prestations
a de retraite.

Monsieur Clarke a présenté une requête en divorce à la Division de première instance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse. Madame Clarke a présenté une requête reconventionnelle et a demandé une ordonnance alimentaire à titre de redressement provisoire, un partage des biens et un partage des prestations de retraite à titre de biens matrimoniaux. Le juge MacDonnell en accordant un jugement conditionnel de divorce a inclus la pension de M. Clarke dans l'égalisation des biens entre les époux. Il a inclus 27 815,56 \$ dans les biens matrimoniaux de M. Clarke, soit la valeur des 58 versements mensuels de pension qu'il avait reçus entre la date de la séparation et le moment du procès. Il a ordonné que la moitié des versements mensuels de pension que recevrait M. Clarke à l'avenir soit versée à M^{me} Clarke. Après ajustement aux fins d'impôt sur le revenu, M^{me} Clarke devait recevoir chaque mois 239,79 \$.

Monsieur Clarke a interjeté appel. La Division d'appel de la Cour suprême a accueilli son appel et a modifié l'ordonnance du juge de première instance pour supprimer les versements de pension mensuels qui devaient être payés à M^{me} Clarke. La Division d'appel a en outre ordonné la modification du calcul de la valeur des biens matrimoniaux qu'avait effectué le juge de première instance pour enlever des biens de M. Clarke les versements de pension qu'il avait déjà reçus, soit 27 815,56 \$. Madame Clarke a obtenu l'autorisation de pourvoi devant notre Cour.

2. Les questions en litige

Le présent pourvoi se limite aux décisions des juridictions inférieures concernant les prestations de retraite reçues par M. Clarke en vertu de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*. La question principale est de savoir si la pension est un «bien matrimonial» au sens de la *Matrimonial Property Act* de la Nouvelle-Écosse et, par conséquent, est assujettie à un partage égal en vertu de celle-ci.

Section 12 of the Act provides for the equal division of matrimonial assets upon the dissolution of a marriage. It reads:

12 (1) Where

- (a) a petition for divorce is filed;
- (b) an application is filed for a declaration of nullity;
- (c) the spouses have been living separate and apart and there is no reasonable prospect of the resumption of cohabitation; or
- (d) one of the spouses has died,

either spouse is entitled to apply to the court to have the matrimonial assets divided in equal shares, notwithstanding the ownership of these assets, and the court may order such a division.

“Matrimonial assets” is defined in s. 4(1) as follows:

4 (1) In this Act, “matrimonial assets” means the matrimonial home or homes and all other real and personal property acquired by either or both spouses before or during their marriage, with the exception of

- (a) gifts, inheritances, trusts or settlements received by one spouse from a person other than the other spouse except to the extent to which they are used for the benefit of both spouses or their children;
- (b) an award or settlement of damages in court in favour of one spouse;
- (c) money paid or payable to one spouse under an insurance policy;
- (d) reasonable personal effects of one spouse;
- (e) business assets;
- (f) property exempted under a marriage contract or separation agreement;
- (g) real and personal property acquired after separation unless the spouses resume cohabitation.

Should this Court find that the pension is not a matrimonial asset, the appellant seeks in the alternative an unequal division of the matrimonial assets under s. 13 of the Act on the basis that equal sharing would be “unfair or unconscionable” having regard to the respondent’s exclusive entitlement to the pension.

L’article 12 de la Loi prévoit le partage égal des biens matrimoniaux à la dissolution du mariage. En voici le texte:

[TRADUCTION] **12 (1)** À la demande d’un conjoint la cour peut ordonner le partage en parts égales des biens matrimoniaux peu importe qui en est le propriétaire lorsque l’une des conditions suivantes est remplie:

- a) une requête en divorce est introduite;
- b) une demande est présentée en vue d’obtenir une déclaration de nullité;
- c) les conjoints sont séparés et il n’y a aucune chance raisonnable de reprise de la cohabitation;
- d) l’un des conjoints est décédé.

Les biens matrimoniaux sont définis au par. 4(1) de la manière suivante:

[TRADUCTION] **4 (1)** Aux fins de la présente loi, «biens matrimoniaux» désigne un foyer conjugal et tout autre bien réel et personnel acquis par les conjoints ou l’un d’entre eux avant ou pendant leur mariage, à l’exception des biens suivants:

- a) les dons, les héritages, les fiducies ou les règlements reçus par un conjoint d’un tiers, sauf dans la mesure où ils sont utilisés à l’avantage des deux conjoints ou de leurs enfants;
- b) les dommages-intérêts accordés par un tribunal d’autorité ou sur règlement en faveur d’un conjoint;
- c) une somme payée ou payable à un conjoint en vertu d’une police d’assurance;
- d) les effets personnels d’un conjoint;
- e) les biens commerciaux;
- f) les biens exclus aux termes d’un contrat de mariage ou d’une convention de séparation;
- g) les biens réels et personnels acquis après la séparation à moins de reprise de la cohabitation par les conjoints.

Si notre Cour conclut que la pension n’est pas un bien matrimonial, l’appelante demande subsidiairement le partage inégal des biens matrimoniaux aux termes de l’art. 13 de la Loi, sur le fondement que le partage égal serait [TRADUCTION] «injuste ou inique» compte tenu du droit exclusif de l’intimé à la pension.

Section 13 of the Act provides:

13 Upon an application pursuant to Section 12, the court may make a division of matrimonial assets that is not equal, or may make a division of property that is not a matrimonial asset, where the court is satisfied that the division of matrimonial assets in equal shares would be unfair or unconscionable taking into account the following factors:

- (a) the unreasonable impoverishment by either spouse of the matrimonial assets;
- (b) the amount of the debts and liabilities of each spouse and the circumstances in which they were incurred;
- (c) a marriage contract or separation agreement between the spouses;
- (d) the length of time that the spouses have cohabited with each other during their marriage;
- (e) the date and manner of acquisition of the assets;
- (f) the effect of the assumption by one spouse of any housekeeping, child care or other domestic responsibilities for the family on the ability of the other spouse to acquire, manage, maintain, operate or improve a business asset;
- (g) contribution by one spouse to the education or career potential of the other spouse;
- (h) the needs of a child who has not attained the age of majority;
- (i) the contribution made by each spouse to the marriage and to the welfare of the family, including any contribution made as a homemaker or parent;
- (j) whether the value of the assets substantially appreciated during the marriage;
- (k) the proceeds of an insurance policy, or an award of damages in tort, intended to represent compensation for physical injuries or the cost of future maintenance of the injured spouse;
- (l) the value to either spouse of any pension or other benefit which, by reason of the termination of the marriage relationship, that party will lose the chance of acquiring;
- (m) all taxation consequences of the division of matrimonial assets.

The appellant raises a third issue. She objects to the Court of Appeal's suggestion that she is not being deprived of any interest in the pension by its being excluded from matrimonial assets since it may still be used to form the basis of a mainte-

Voici le texte de l'art. 13 de la Loi:

[TRADUCTION] 13 Sur demande en vertu de l'art. 12, la cour, lorsqu'elle est convaincue que le partage en parts égales des biens matrimoniaux serait injuste ou inique, peut ordonner un partage inégal des biens matrimoniaux (ou le partage d'un bien qui n'est pas un bien matrimonial) en tenant compte des facteurs suivants:

- a) l'appauvrissement déraisonnable d'un conjoint relativement aux biens matrimoniaux;
- b) les dettes et obligations de chaque conjoint et les circonstances dans lesquelles elles ont été contractées;
- a
- c) un contrat de mariage ou une convention de séparation entre les conjoints;
- d) la durée de la cohabitation des conjoints pendant leur mariage;
- b
- e) la date et le mode d'acquisition des biens;
- f) l'effet de la prise en charge par un conjoint de toute responsabilité en matière de ménage, de soins aux enfants ou d'autres tâches domestiques pour la famille sur la capacité de l'autre conjoint d'acquies, de gérer, de conserver, d'exploiter ou d'améliorer un bien commercial;
- c
- g) la contribution d'un conjoint à l'éducation ou à l'avancement de l'autre;
- h) les besoins d'un enfant mineur;
- d
- i) la contribution faite par chaque conjoint au mariage et au bien-être de la famille, y compris toute contribution faite à titre de personne au foyer ou de parent;
- e
- j) une hausse importante de la valeur des biens pendant le mariage;
- k) le produit d'une police d'assurance ou l'attribution de dommages-intérêts en matière de responsabilité délictuelle correspondant à l'indemnisation pour des blessures ou le coût des aliments futurs du conjoint blessé;
- f
- l) la valeur pour chaque conjoint d'une pension ou autre prestation que cette partie, en raison de la dissolution du mariage, ne pourra acquies;
- g
- m) toutes les conséquences fiscales du partage des biens matrimoniaux.

L'appelante soulève une troisième question. Elle s'oppose à l'affirmation de la Cour d'appel qu'elle n'est pas privée de tout intérêt dans la pension si celle-ci est exclue des biens matrimoniaux car elle peut toujours servir comme fondement d'une

nance order. She submits that a contingent right to obtain support is not an acceptable substitute for the absolute ownership of property arising from a division of matrimonial assets.

3. The Courts Below

Supreme Court of Nova Scotia, Trial Division

In dealing with the pension payments MacDonnell L.J.S.C. first stated that the leading case on whether entitlements under pension and retirement plans are matrimonial assets subject to distribution under the *Matrimonial Property Act* is *Lawrence v. Lawrence* (1981), 25 R.F.L. (2d) 130 (N.S.S.C., App. Div.), leave to appeal to this Court refused, 49 N.S.R. (2d) 209 (S.C., App. Div.). Hart J.A. held in that case that the pension benefit at issue was a matrimonial asset as opposed to a business asset. MacDonnell L.J.S.C. followed this authority. He rejected the submission that because the pension had been capitalized and was being received as income it could not be viewed as an asset. In his opinion it would be highly inequitable and unjust if, just because Mr. Clarke elected to take the pension benefit by way of monthly income rather than as a lump sum benefit, it should cease to be a matrimonial asset so that Mrs. Clarke could not benefit therefrom. MacDonnell L.J.S.C. further stated, at p. 42, that:

During the 25 year duration of this marriage the evidence clearly indicates that the wife contributed to the up-keep of the home, the accumulation of matrimonial assets, and matrimonial benefits in all respects and at least an equal portion, if not more than the husband. The ability of the husband to accumulate the pension benefits which he is now enjoying on a monthly basis was very definitely made possible in a great part by the contribution of the wife. It would be highly unjust to deprive her of her proper benefit accruing from the said pension payments on the specious argument that having vested the said benefits do not have a value. The pension benefits most certainly have a value, namely, \$564.21 monthly, less whatever income tax the same attracts.

MacDonnell L.J.S.C. therefore ordered that the pension benefits received by Mr. Clarke between the date of separation and the date of trial be

ordonnance alimentaire. Elle soutient que le droit éventuel d'obtenir des aliments ne remplace pas de façon acceptable la propriété absolue d'un bien découlant du partage des biens matrimoniaux.

^a 3. Les juridictions inférieures

Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division de première instance

^b Au sujet des paiements de pension, le juge MacDonnell a d'abord dit que la décision faisant jurisprudence sur la question de savoir si les droits aux régimes de pension et de retraite sont des biens matrimoniaux assujettis au partage aux termes de ^c la *Matrimonial Property Act* était l'arrêt *Lawrence v. Lawrence* (1981), 25 R.F.L. (2d) 130, (C.S.N.-É. Div. app.) autorisation de pourvoi à notre Cour refusée, 49 N.S.R. (2d) 209 (C.S., Div. app.). Le juge Hart a conclu dans cet arrêt que la ^d prestation de pension en litige était un bien matrimonial par opposition à un bien commercial. Le juge MacDonnell s'est fondé sur ce précédent. Il a rejeté l'argument selon lequel, puisque la pension ^e avait été capitalisée et était reçue à titre de revenu, elle ne pouvait pas être considérée comme un bien. À son avis, il serait extrêmement inéquitable et injuste que les prestations de retraite cessent d'être ^f des biens matrimoniaux et que M^{me} Clarke ne puisse en bénéficier pour la simple raison que M. Clarke a choisi de les recevoir par versements mensuels plutôt que par une somme forfaitaire. Le juge MacDonnell a en outre dit à la page 42:

[TRADUCTION] La preuve révèle clairement que pendant les 25 ans du mariage, l'épouse a contribué ^g à l'entretien du foyer, à l'accumulation de biens matrimoniaux et d'avantages matrimoniaux dans tous les domaines et au moins de manière égale sinon supérieure au mari. La capacité du mari d'obtenir les prestations de ^h retraite qu'il reçoit présentement par versements mensuels a très certainement été rendue possible en grande partie par la contribution de l'épouse. Il serait hautement injuste de la priver de ce qui lui revient à juste titre des versements de pension en se fondant sur l'argument ⁱ spécieux que ces prestations sont acquises et n'ont donc aucune valeur. Les prestations de retraite ont très certainement une valeur, c'est-à-dire, 564,21 \$ par mois moins l'impôt sur le revenu applicable.

^j Par conséquent, le juge MacDonnell a ordonné que les prestations de retraite reçues par M. Clarke de la date de la séparation à la date du procès soient

added to his matrimonial assets and that one half of the future pension payments he received be paid to Mrs. Clarke. He found that both the past and future payments should be discounted by 15 per cent for income tax purposes.

Turning to the issue of maintenance, MacDonnell L.J.S.C. noted that Mrs. Clarke was collecting unemployment insurance at the time of trial and found that no need had been proved. He added that, if Mrs. Clarke did not obtain employment in the future, it may be that her circumstances will have changed to such a degree that an application for maintenance could be successfully pursued.

Nova Scotia Court of Appeal (1986), 1 R.F.L. (3d) 29

Pace J.A., for the court (Hart, Jones and Pace J.J.A.), noted that the monthly pension payments received by Mr. Clarke were being received long before the separation and stated that the evidence revealed that the payments were not treated as matrimonial assets but rather as income in his hands. He distinguished the decision in *Lawrence, supra*, on the basis that Hart J.A. was referring to a return of pension contributions made by a husband who had changed his vocation from one university to another and whose pension was not transferrable and had to be withdrawn as a cash sum. In this case the pension payments were made on a periodic basis and constituted income, not a matrimonial asset. He observed as well that, as no evidence was adduced as to the capitalized value of the pension, it appeared that the trial judge had treated the pension benefit as income even although he had divided it as a matrimonial asset.

Pace J.A. recognized that some pensions might be matrimonial assets but expressed concern about classifying pensions as matrimonial assets in circumstances where the legislature had declared them to be inalienable and free from seizure or execution as was the case here. He stated at pp. 39-40:

ajoutées à ses biens matrimoniaux et que la moitié des versements à recevoir soit payée à M^{me} Clarke. Il a conclu que les versements reçus et à recevoir devraient être réduits de 15 pour cent aux fins
a d'impôt sur le revenu.

En ce qui concerne la question de l'obligation alimentaire, le juge MacDonnell a fait remarquer que M^{me} Clarke recevait des prestations d'assurance-chômage au moment du procès et a conclu
b qu'on n'avait pas démontré de besoin. Il a ajouté que si M^{me} Clarke ne trouvait pas d'autre emploi à l'avenir, il se pourrait que sa situation change de telle manière qu'elle puisse demander et obtenir
c une pension alimentaire.

Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1986), 1 R.F.L. (3d) 29

d Le juge Pace au nom de la cour (les juges Hart, Jones et Pace) a fait remarquer que M. Clarke avait commencé à recevoir les versements mensuels longtemps avant la séparation et que, d'après la preuve, les versements n'avaient pas été traités
e comme des biens matrimoniaux mais plutôt comme son propre revenu. Il a fait une distinction avec l'arrêt *Lawrence*, précité, sur le fondement que le juge Hart parlait d'une restitution des contributions à un régime de retraite faites par le mari
f qui avait changé d'emploi d'une université à une autre et dont la pension non transférable devait être retirée à titre de somme forfaitaire. En l'espèce toutefois, les prestations de retraite étaient
g versées de façon périodique et constituaient un revenu et non un bien matrimonial. Il a fait remarquer également qu'aucun élément de preuve n'avait été présenté sur la valeur capitalisée de la pension et qu'il semblait donc que le juge de
h première instance avait traité les prestations de retraite comme un revenu même s'il les avait partagées comme un bien matrimonial.

i Le juge Pace a reconnu que certaines pensions pouvaient constituer des biens matrimoniaux mais a exprimé certaines inquiétudes quant à la classification des pensions parmi les biens matrimoniaux alors que le législateur avait déclaré que les pensions ne pouvaient être aliénées, saisies ou confisquées, comme c'était le cas en l'espèce. Il a dit aux
j pp. 39 et 40:

Accepting as I must the judgment of this court in *Lawrence*, supra, that some pensions under certain circumstances are to be classified as matrimonial assets, the problem then arises as to the type of pension to be so classified and the valuation of the benefit. I must confess that I have grave difficulty classifying any type of pension as a matrimonial asset where there is an express legislative prohibition declaring the pension benefits inalienable and free from seizure and execution.

He found no authority in the *Matrimonial Property Act* which would permit the courts to override the express provisions of the *Nova Scotia Pension Benefits Act*, S.N.S. 1975, c. 14, or the federal *Canadian Forces Superannuation Act*.

Pace J.A. then reviewed *Isbister v. Isbister* (1981), 22 R.F.L. (2d) 234, wherein Monnin J.A., for the Manitoba Court of Appeal, commented on the difficulty of valuing pensions and held that non-assignable pensions had no calculable present value but could be used in calculating monthly or yearly maintenance. Pace J.A. stated at p. 42:

I agree with Monnin J.A. that the amount of monthly earnings received from a pension may be used in calculating the amount of maintenance to be paid to the other spouse. However, this does not mean that under our provincial *Matrimonial Property Act* a trial judge can divide the proceeds of the pension between the spouses, but rather he may treat it as income in the hands of the recipient in deciding the issue of maintenance.

Earlier in his reasons Pace J.A. had noted that Mrs. Clarke was not precluded from applying for maintenance at a future time if the need arose.

Jones J.A. agreed with the conclusion of Pace J.A. but added, *inter alia*, the following remarks at p. 44:

In *Isbister v. Isbister* . . . Monnin J.A. noted the impossibility of valuing pension benefits as anticipated by the Ontario Law Reform Commission report. Subsequent cases have simply confirmed that view where, legislatively or through judicial precedent, the definition of matrimonial assets has been extended to include pension

[TRADUCTION] Comme je dois accepter l'arrêt *Lawrence*, précité, de notre Cour selon lequel certaines pensions dans certaines circonstances doivent être classées dans la catégorie des biens matrimoniaux, le problème se pose alors à l'égard du genre de pension qui doit être ainsi classé et à l'égard de l'évaluation des prestations. Je dois avouer que j'éprouve de grandes difficultés à classer quelque genre de pension dans la catégorie des biens matrimoniaux lorsque la loi déclare expressément les prestations de retraite inaliénables et insaisissables.

Il n'a rien trouvé dans la *Matrimonial Property Act* qui permettrait aux tribunaux d'écarter les dispositions expresses de la *Pension Benefits Act*, S.N.S. 1975, ch. 14 de la Nouvelle-Écosse ou la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*.

Le juge Pace a ensuite examiné l'arrêt *Isbister v. Isbister* (1981), 22 R.F.L. (2d) 234, dans lequel le juge Monnin, au nom de la Cour d'appel du Manitoba, a fait des observations sur la difficulté d'évaluer les pensions et a conclu que les pensions non cessibles ne possèdent pas de valeur actuelle susceptible de calcul mais peuvent être utilisées pour calculer une obligation alimentaire mensuelle ou annuelle. Le juge Pace a dit à la p. 42:

[TRADUCTION] Je conviens avec le juge Monnin que le montant des revenus mensuels reçu d'une pension peut être utilisé pour calculer le montant de la pension alimentaire qui doit être payé à l'autre conjoint. Toutefois, cela ne signifie pas que, en vertu de notre *Matrimonial Property Act* provinciale, un juge de première instance puisse partager le produit de la pension entre les conjoints; il peut plutôt le traiter comme un revenu de celui qui le reçoit pour trancher la question de l'obligation alimentaire.

Précédemment dans ses motifs, le juge Pace avait souligné qu'il n'était pas interdit à M^{me} Clarke de demander à l'avenir une pension alimentaire, si besoin était.

Le juge Jones a souscrit à la conclusion du juge Pace mais a ajouté, notamment, les remarques suivantes à la p. 44:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Isbister v. Isbister* [...] le juge Monnin a souligné l'impossibilité d'évaluer des prestations de retraite comme l'avait prévu le rapport de la Commission de réforme du droit de l'Ontario. Des décisions ultérieures ont simplement confirmé cette opinion lorsque, en vertu de la loi ou de la jurisprudence, la

benefits. The problem cannot be solved by simply including pension benefits under the Matrimonial Property Act and leaving it to the discretion of the judge to determine the value of those benefits. The legislative policy should be clearly expressed, preferably in pension legislation, so that spouses will know exactly what benefits they are entitled to in the event of a marriage breakdown.

4. Analysis

The appellant submits that Mr. Clarke's pension was the security for their retirement. The appellant's contribution to the marriage partnership enabled Mr. Clarke to maintain his employment and accumulate the pension benefits he has received and continues to receive. The appellant further submits that the pension was built up by a diversion of funds that otherwise would have been available on a current basis to the family. Indeed, the appellant points out that these were factual findings made by MacDonnell L.J.S.C. at trial which were not disturbed by the Court of Appeal. The appellant therefore submits that it would be inequitable and unjust, as well as inconsistent with the policy of the Act, to prevent her from sharing in the pension benefits that the respondent is receiving on a monthly basis.

The objective of the Act found in the preamble supports the appellant's position. The preamble reads:

WHEREAS it is desirable to encourage and strengthen the role of the family in society;

AND WHEREAS for that purpose it is necessary to recognize the contribution made to a marriage by each spouse;

AND WHEREAS in support of such recognition it is necessary to provide in law for the orderly and equitable settlement of the affairs of the spouses upon the termination of a marriage relationship;

AND WHEREAS it is necessary to provide for mutual obligations in family relationships including the responsibility of parents for their children;

AND WHEREAS it is desirable to recognize that child care, household management and financial support are the joint responsibilities of the spouses and that

définition de biens matrimoniaux a été élargie pour comprendre les prestations de retraite. On ne peut résoudre le problème simplement en incluant les prestations de retraite aux termes de la Matrimonial Property Act et en laissant au juge le pouvoir discrétionnaire de déterminer la valeur de ces prestations. La politique législative devrait être exprimée clairement, de préférence dans une loi sur les pensions, de manière que les conjoints sachent exactement à quelles prestations ils ont droit en cas de dissolution du mariage.

4. Analyse

L'appelante soutient que la pension de M. Clarke constituait la garantie de leur retraite. La contribution de l'appelante à l'association dans le mariage a permis à M. Clarke de conserver son emploi et d'accumuler les prestations de retraite qu'il a reçues et qu'il continue de recevoir. L'appelante soutient également que la pension a été constituée grâce à une affectation de fonds qui, autrement, auraient pu être utilisés pour les dépenses courantes de la famille. En fait, l'appelante souligne que telles sont les conclusions de fait du juge MacDonnell en première instance et que ces conclusions n'ont pas été modifiées par la Cour d'appel. Par conséquent, l'appelante soutient qu'il serait inéquitable et injuste, et également incompatible avec l'esprit de la Loi, de l'empêcher d'obtenir une part des prestations de retraite mensuelles que l'intimé reçoit.

L'objet de la Loi, énoncé dans le préambule, appuie la thèse de l'appelante. Voici le texte du préambule:

[TRADUCTION] ATTENDU QU'il est souhaitable d'encourager et de renforcer le rôle de la famille dans la société;

ET QUE pour cette fin, il est nécessaire de reconnaître la contribution apportée au mariage par chaque conjoint;

ET QU'à l'appui d'une telle reconnaissance il est nécessaire de prévoir dans la loi le règlement ordonné et équitable des affaires des conjoints à la rupture d'une relation de mariage;

ET QU'il est nécessaire de prévoir les obligations mutuelles dans les rapports de la famille y compris la responsabilité des parents à l'égard de leurs enfants;

ET QU'il est souhaitable de reconnaître que les conjoints sont solidairement responsables du bien-être de leurs enfants, de la gestion du foyer conjugal et des

there is a joint contribution by the spouses, financial and otherwise, that entitles each spouse equally to the matrimonial assets;

Thus the Act supports the equality of both parties to a marriage and recognizes the joint contribution of the spouses, be it financial or otherwise, to that enterprise. The Act goes further and asserts that, due to this joint contribution, both parties are entitled to share equally in the benefits that flow from the union—the assets of the marriage. The Act is accordingly remedial in nature. It was designed to alleviate the inequities of the past when the contribution made by women to the economic survival and growth of the family was not recognized. In interpreting the provisions of the Act the purpose of the legislation must be kept in mind and the Act given a broad and liberal construction which will give effect to that purpose.

In this case, as the trial judge found, it was in large part due to Mrs. Clarke's contribution that Mr. Clarke was in a position to receive the pension. Prima facie, therefore, in light of the object and purpose of the Act, her contribution should be recognized by awarding her a share in the benefits accruing to the respondent from the pension. Having regard to the reality that in the case of many Canadian families a pension is their only substantial asset, it would seem inequitable to place pension benefits outside the scheme of equal division: see *Rutherford v. Rutherford* (1981), 23 R.F.L. (2d) 337 (B.C.C.A.), per Seaton J.A., at p. 342. I appreciate that there are differences in the Matrimonial Property Acts of the several provinces but each supports the equal partnership concept of marriage and the equal division of property. Accordingly, judicial comments from other jurisdictions can provide helpful guidance.

From this starting point of equality of treatment, it is my view that the issue raised by this appeal is really the appropriate means by which the appellant may participate in the benefits of the pension. The options appear to be: (1) finding that the pension is a matrimonial asset and subject to equal division; (2) ordering an unequal division of the matrimonial assets if the pension is not a matrimonial asset in order to achieve equality; or

ressources financières, et que les contributions des conjoints, qu'elles soient financières ou autres, donnent à chacun d'eux une part égale des biens du mariage;

La Loi appuie donc l'égalité des deux parties dans un mariage et reconnaît la contribution solidaire des conjoints, qu'elle soit financière ou autre, à cette entreprise. La Loi va plus loin et affirme que, en raison de cette contribution solidaire, les deux parties ont le droit de partager également les avantages qui découlent de l'union—les biens du mariage. En conséquence, la Loi est de nature réparatrice. Elle a été rédigée pour pallier les inéquités du passé, quand la contribution faite par les femmes à la survie économique et à la croissance de la famille n'était pas reconnue. Pour interpréter les dispositions de la Loi, il faut tenir compte de son objet et lui donner l'interprétation large et libérale qui donnera effet à son objet.

En l'espèce, et c'est ce que le juge de première instance a conclu, c'était en grande partie grâce à la contribution de M^{me} Clarke que M. Clarke était en mesure de recevoir la pension. Par conséquent, à première vue, compte tenu de l'objet et du but de la Loi, on devrait reconnaître sa contribution en lui accordant sa part des avantages que l'intimé tire de la pension. Vu la réalité que, dans un grand nombre de familles canadiennes, la pension constitue le seul bien important, il semblerait inéquitable d'écarter les prestations de retraite du régime de partage égal: voir *Rutherford v. Rutherford* (1981), 23 R.F.L. (2d) 337 (C.A.C.-B.), le juge Seaton à la p. 342. Je sais qu'il y a des différences entre les diverses lois provinciales sur les biens matrimoniaux mais toutes appuient le concept d'une association à parts égales dans le mariage et le partage égal des biens. Par conséquent, les observations des tribunaux de différents ressorts peuvent donner des indications utiles.

En partant de l'égalité de traitement, je suis d'avis que la question soulevée dans le présent pourvoi vise en réalité le moyen approprié de permettre à l'appelante d'obtenir une part des prestations de retraite. Les possibilités seraient les suivantes: (1) conclure que la pension est un bien matrimonial et donc assujettie au partage égal; (2) ordonner un partage inégal des biens matrimoniaux si la pension n'est pas un bien matrimonial

(3) taking the pension into consideration in making a maintenance order. The first two solutions rely upon the division of property provisions of the *Matrimonial Property Act* while the latter depends upon the maintenance provisions of the *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8, as amended.

From the appellant's perspective the first option is undoubtedly the most attractive. When assets fall within the ambit of "matrimonial assets" s. 12 mandates equal sharing. There is no discretion at this stage of the inquiry. It is only when equal sharing would result in unfairness that s. 13 comes into play and a trial judge has a discretion to make an unequal division of the matrimonial assets. This discretion may or may not be exercised in favour of the non-recipient spouse. The non-recipient spouse bears the onus of "satisfying" the court within the meaning of s. 13 that equal sharing is unfair or unconscionable. That this is not an easy onus to meet is made clear by the Nova Scotia Court of Appeal in *Harwood v. Thomas* (1981), 45 N.S.R. (2d) 414, at p. 417:

Equal division of the matrimonial assets, an entitlement proclaimed by the preamble to the *Act* and prescribed by s. 12 should normally be refused only where the spouse claiming a larger share produces strong evidence showing that in all the circumstances equal division would be clearly unfair and unconscionable on a broad view of all relevant factors. That initial decision is whether, broadly speaking, equality would be clearly unfair—not whether on a precise balancing of credits and debits of factors largely imponderable some unequal division of assets could be justified. Only when the judge in his discretion concludes that equal division would be unfair is he called upon to determine exactly what unequal division might be made. [Emphasis added.]

Moreover, s. 13 will not be an effective option where the only asset of substance is the pension. Hall L.J.S.C. was faced with this situation in *Lefort v. Lefort* (1988), 13 R.F.L. (3d) 359 (N.S.S.C.T.D.), a case arising after the Court of Appeal's decision in the present case. Hall L.J.S.C. distinguished *Clarke* and concluded that

pour obtenir l'égalité; ou (3) tenir compte de la pension dans l'ordonnance alimentaire. Les deux premières solutions se fondent sur les dispositions de la *Matrimonial Property Act* en matière de partage des biens et la dernière sur les dispositions alimentaires de la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, ch. D-8, et modifications.

Du point de vue de l'appelante, le premier choix est sans doute le plus intéressant. Lorsque des biens sont inclus dans les «biens matrimoniaux», l'art. 12 exige leur partage à parts égales. Il n'y a aucun pouvoir discrétionnaire à cette étape de l'enquête. L'article 13 n'entre en jeu que lorsque le partage égal entraîne une inéquité et le juge de première instance a alors le pouvoir discrétionnaire de partager inégalement les biens matrimoniaux. Ce pouvoir discrétionnaire peut être exercé ou non en faveur du conjoint qui n'est pas prestataire. Le conjoint qui n'est pas prestataire est tenu de «convaincre» la cour au sens de l'art. 13 que le partage à parts égales est injuste ou inique. Dans l'arrêt *Harwood v. Thomas* (1981), 45 N.S.R. (2d) 414, e la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a indiqué clairement qu'il est difficile de s'acquitter de cette obligation, à la p. 417:

[TRADUCTION] Le partage égal des biens matrimoniaux que proclame le préambule de la *Loi* et que prescrit l'art. 12 ne devrait normalement être refusé que lorsque le conjoint qui réclame une part plus importante présente des éléments de preuve convaincants selon lesquels, dans les circonstances, le partage à parts égales serait clairement injuste et inique compte tenu de tous les facteurs pertinents. Cette décision initiale est de savoir si, de façon générale, l'égalité serait clairement injuste et non de savoir d'après une évaluation précise de facteurs qui sont largement impondérables si un partage inégal des biens pourrait être justifié. C'est seulement lorsque le juge dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire conclut que le partage égal serait injuste qu'il est tenu de déterminer exactement le partage inégal qui pourrait être effectué. [Je souligne.]

En outre, l'art. 13 n'est pas une option réelle lorsque la pension est le seul bien important. Le juge Hall, juge local de la Cour suprême, a été placé devant cette situation dans l'arrêt *Lefort v. Lefort* (1988), 13 R.F.L. (3d) 359 (C.S.N.-É., D.P.I.), une affaire postérieure à l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce. Le juge Hall a fait une distinc-

in these circumstances the pension had to be treated as a matrimonial asset in order to give effect to the purpose of the Act. He stated at p. 365:

The problem here, however, is that there are not adequate assets to respond to an order for an unequal division that would be of any practical benefit to the wife. The only asset of any consequence, matrimonial or otherwise, owned by the parties other than the rather modest household goods and furnishings and the husband's automobile is the husband's pension fund. In my opinion it would be intolerable and contrary to the intent of the Matrimonial Property Act to permit the husband to claim for himself sole entitlement to this asset with the benefit of future security accruing only to him, while the wife, who has the principal responsibility of the care of the children, is left with a few sticks of furniture.

I would add that even in cases where another asset of substance exists, an unequal division due to the existence of a pension that has not yet matured may result in one partner being "present asset rich" while the other is "present asset poor".

In my view therefore, as between the two options under the *Matrimonial Property Act*, including pensions as matrimonial assets subject to equal division is clearly the most consonant with the spirit and intent of the legislation.

Turning to the maintenance option, which is the appellant's third issue, I note that it arises out of the statements made by Pace J.A. in the Court of Appeal. He expressed the view that even although the pension benefit was not a matrimonial asset, the appellant might still be entitled to participate in it through an award of maintenance should the need for maintenance arise. The pension in this context would be income in the hands of the recipient spouse.

The appellant submits that maintenance is not an acceptable alternative to a share of a capital asset, the former being contingent on continuing need on the one hand and ability to pay on the other. I think the appellant's submission is sound. Cameron J.A., in *Tataryn v. Tataryn* (1984), 38 R.F.L. (2d) 272 (Sask. C.A.), clearly identified

tion avec l'arrêt *Clarke* et a conclu que dans de telles circonstances la pension devait être traitée comme un bien matrimonial afin de réaliser l'objet de la Loi. Il a dit à la p. 365:

^a [TRADUCTION] Toutefois, le problème qui se pose en l'espèce est qu'il n'y a pas de biens qui se prêtent à une ordonnance de partage inégal qui aurait un avantage pratique pour l'épouse. Le fonds de pension du mari est le seul bien d'une certaine importance, matrimoniale ou autre, qui est la propriété des parties, en dehors des objets ménagers ou des meubles modestes et de l'automobile du mari. À mon avis, il serait intolérable et contraire à l'esprit de la *Matrimonial Property Act* de permettre au mari de réclamer pour son propre compte le droit exclusif à ce bien et qu'à l'avenir il soit le seul à en bénéficier alors que l'épouse, qui est principalement responsable de l'entretien des enfants, n'obtiendrait que quelques meubles.

^b J'ajouterais que, même dans les cas où il existe d'autres biens importants, le partage inégal résultant de l'existence d'une pension qui n'est pas encore échue peut faire qu'un partenaire soit «riche en bien actuel» alors que l'autre est «pauvre en bien actuel».

^c Par conséquent, à mon avis, entre les deux solutions que propose la *Matrimonial Property Act*, l'inclusion des pensions dans les biens matrimoniaux assujettis au partage égal est clairement ce qu'il y a de plus conforme à l'esprit et à l'intention de la loi.

^d Quant à la solution de l'obligation alimentaire, c'est-à-dire la troisième question de l'appelante, je souligne qu'elle découle des déclarations du juge Pace de la Cour d'appel. Selon lui, même si la prestation de retraite n'était pas un bien matrimonial, l'appelante pourrait quand même y participer par le truchement d'une ordonnance alimentaire qui deviendrait nécessaire. Dans ce contexte, la pension serait un revenu entre les mains du conjoint prestataire.

^e L'appelante soutient que l'obligation alimentaire n'est pas une solution de rechange acceptable à une part dans un bien en capital, car elle dépend de la continuité du besoin d'une part et de la capacité de paiement d'autre part. Je suis d'avis que cet argument de l'appelante est bien fondé. Le juge Cameron dans l'arrêt *Tataryn v. Tataryn*

the difference between the two interests at pp. 285-86:

In my respectful view, the term "maintenance asset" has no place in determining whether a right to a pension is, or is not, matrimonial property within the meaning of s. 2(h) of the Act. Nor can a pension entitlement, if it constitutes matrimonial property, be excluded from distribution on the footing it is a source of income from which alimony or maintenance obligations can be paid.

A matrimonial property right is not to be confused with a right to alimony or maintenance. The two differ fundamentally. Not only do they depend for their existence on different enactments and spring from different assumptions, their legal character is wholly dissimilar; the first is proprietary in nature, and concerns capital and its division: the other is personal, and involves income and the support of one spouse by the other.

The statutory right of a married woman to share in the property accumulated during her marriage is rooted in the modern view of marriage as a partnership, and derives from the presumption of the Matrimonial Property Act that each of the partners contributed equally and independently to the acquisition of the marital property. Neither the conduct or condition, nor the needs or means, of either of the partners to the marriage have anything to do with the earned right of each of them to share in the property of the marriage—except to the limited extent that these factors may incidentally touch upon the existence and extent of an exemption, exception, or equitable consideration mentioned in the Act. Generally speaking this Act, which provides for an orderly dissolution of the economic partnership on marriage breakdown, envisages a complete accounting and final sharing of the marriage capital following the breakdown.

A married woman's right to alimony and maintenance is, of course, a very different matter. It is anchored, historically, in the notion that marriage imposed a duty upon the husband to support his dependent wife according to his means as long as she did not absent herself without cause. The rights to alimony and maintenance . . . remain altogether dependent upon the behaviour of the wife, and on the condition, means and other circumstances of each of the spouses. And, generally speaking, there is little finality to the right of support; if it exists it survives separation and divorce, and remains, at all times, subject to review as circumstances change.

(1984), 38 R.F.L. (2d) 272 (C.A. Sask.), a clairement identifié la différence entre les deux intérêts aux pp. 285 et 286:

[TRADUCTION] À mon humble avis, l'expression «bien alimentaire» ne peut être utilisée pour déterminer si le droit à une pension est ou non un bien matrimonial au sens de l'al. 2h) de la Loi. Le droit à une pension, s'il constitue un bien matrimonial, ne peut non plus être exclu du partage parce qu'il s'agirait d'une source de revenu sur laquelle une pension ou des versements alimentaires pourraient être payés.

Le droit à un bien matrimonial ne doit pas être confondu avec le droit à une pension ou à une obligation alimentaire. Les deux sont fondamentalement différents. Non seulement leur existence dépend-elle de textes législatifs différents et découle de présomptions différentes, mais leur caractère juridique est complètement différent; le premier se rapporte à la propriété et est relatif au capital et à son partage: l'autre est personnel et est relatif au revenu et au soutien d'un conjoint par l'autre.

Le droit que la loi accorde à une femme mariée au partage des biens accumulés pendant son mariage est fondé sur l'opinion moderne selon laquelle le mariage constitue une association et découle de la présomption de la Matrimonial Property Act selon laquelle chacun des partenaires a contribué également et de façon indépendante à l'acquisition des biens du mariage. La conduite, la situation, les besoins ou moyens de chacun des partenaires n'ont rien à voir avec le droit acquis de chacun d'eux au partage des biens du mariage—sauf dans la mesure limitée où ces facteurs peuvent accessoirement toucher à l'existence et à la portée d'une exclusion, d'une exception ou d'une considération d'équité prévue par la loi. De manière générale, cette loi, qui prévoit la dissolution ordonnée de l'association économique lors de la rupture du mariage, envisage une comptabilité complète et un partage définitif du capital du mariage par suite de la dissolution.

Le droit d'une femme mariée à une pension et à des versements alimentaires est, évidemment, une question très différente. Il est ancré, historiquement, à l'idée que le mariage impose au mari l'obligation de soutenir son épouse comme personne à charge selon ses moyens tant qu'elle ne part pas d'elle-même sans raison. Les droits à une pension alimentaire et à des aliments [. . .] dépendent toujours du comportement de l'épouse et de la situation, des moyens et des autres circonstances de chacun des époux. De plus, de manière générale, le droit alimentaire n'a pas un caractère définitif; s'il existe, il survit à la séparation et au divorce et demeure, en tout temps, susceptible de révision selon les changements de circonstances.

All of this is not to say that the two rights are altogether unrelated, for obviously they are not, but in my respectful opinion they have to be kept separate when determining whether a given thing is or is not matrimonial property. [Emphasis added.]

I agree with Cameron J.A.'s analysis. Discretionary support payments are a wholly inadequate and unacceptable substitute for an entitlement to share in the assets accumulated during the marriage as a result of the combined efforts of the spouses.

Having concluded that the preferred option is to characterize the pension as a matrimonial asset, we must consider whether this option is open to the Court. This would appear to be the first time the issue has come before us.

"Pension" is a colloquial term rather than a term of art. There are a wide variety of pensions payable under a variety of plans. Pension plans may be contributory or non-contributory and the employee's interest under the plan may be vested or contingent. When the pension is vested the employee has a guaranteed right to receive his or her entitlement even if the employment relationship terminates prior to the fixed retirement date. The employee may also have a choice as to mode of payment, as was the case here, or a choice as to when to begin receiving the pension if early retirement is available.

Over the past several years lower courts have frequently been faced with the question whether pensions are matrimonial assets and they have discussed the various kinds of pension plans and their peculiar characteristics. Thus, even although there is a discernible trend in Canada in favour of pensions as a form of matrimonial property subject to equal division upon divorce, there are also a number of decisions in which the courts have been at pains to restrict their decisions to the particular kind of plan before them. For example, in *Tataryn*, *supra*, the Saskatchewan Court of Appeal unanimously held that a vested pension should be considered matrimonial property within the meaning of the Saskatchewan *Matrimonial Property Act*, R.S.S. 1979, c. M-6.1, but went out of its way to restrict its decision to vested pensions. Quoting from p. 288:

Cela ne veut pas dire que les deux droits sont tout à fait étrangers, car de toute évidence, ils ne le sont pas, mais à mon humble avis, il faut les considérer de façon distincte pour déterminer si un bien quelconque constitue ou non un bien du mariage. [Je souligne.]

Je souscris à l'analyse du juge Cameron. Des paiements alimentaires discrétionnaires sont une solution de rechange totalement inadéquate et inacceptable au droit à une part des biens accumulés pendant le mariage par suite des efforts combinés des conjoints.

Après avoir conclu que la solution préférée est de caractériser la pension comme un bien matrimonial, nous devons nous demander si la Cour peut le faire. C'est apparemment la première fois que cette question est posée à la Cour.

Le mot «pension» est un terme familier plutôt que technique. Il existe une multitude de pensions payables en vertu d'un grand nombre de régimes. Les régimes de retraite peuvent être contributifs ou non contributifs et l'intérêt de l'employé aux termes du régime peut être acquis ou éventuel. Lorsque la pension est acquise, l'employé a le droit garanti de recevoir la prestation prévue même si le rapport d'emploi prend fin avant la date fixée de la retraite. L'employé peut également avoir le choix du mode de paiement, comme en l'espèce, ou le choix du moment où il recevra la pension si une retraite prématurée est possible.

Au cours des dernières années, les tribunaux d'instance inférieure ont souvent eu à décider si les pensions sont des biens matrimoniaux et ils ont analysé les divers genres de régimes de retraite et leurs caractéristiques particulières. Par conséquent, même si on peut discerner une tendance au Canada en faveur de l'interprétation des pensions comme une forme de biens matrimoniaux assujettis au partage égal au moment du divorce, il y a également un certain nombre de cas où les tribunaux ont soigneusement limité leur décision au genre de régime particulier qui leur était présenté. Par exemple, dans l'arrêt *Tataryn*, précité, la Cour d'appel de la Saskatchewan a conclu à l'unanimité qu'une pension acquise devait être considérée comme un bien matrimonial au sens de la *Matrimonial Property Act*, R.S.S. 1979, ch. M-6.1 de la Saskatchewan, mais a spécifiquement limité son arrêt aux pensions acquises. Elle a dit à la p. 288:

None of this is to say that every interest in a pension scheme will constitute matrimonial property. Some may not. Indeed, I would say that generalization is more hazardous than usual when it comes to pension rights because there are so many kinds of pension plans, containing such a wide variety of provisions.

Accordingly, while I think the policy of the Act supports the trend towards treating pensions as matrimonial property for purposes of the division of matrimonial assets, it may not be possible to establish a general principle to that effect given the variety of plans under which pension entitlements may arise. It is with this caution in mind that I approach the question whether this particular pension is a matrimonial asset under this particular legislation.

The Canadian Forces Superannuation Act

Under the *Canadian Forces Superannuation Act* it was mandatory that Mr. Clarke contribute a certain percentage of his wages toward his pension. This contribution was matched by his employer. Under the Act the amount of the annuity to be received when the named recipient ceased to be a member of the regular force or died is based on a formula which takes into account the number of years of pensionable service to the credit of that person and an average annual income based on the "best" six years of service. The pension in this case matured prior to the parties' separation. Before the respondent retired he had the option of taking a cash settlement which would have been payable to him less the income tax payable on it, or a monthly benefit of \$564.21. Mr. Clarke chose the latter option and is currently receiving the monthly payments. There is a possibility that these pension benefits will be indexed to cost of living increases.

The wording of the Matrimonial Property Act

I turn first to the relevant provisions of the Act in order to determine whether its language prevents pensions generally from being considered matrimonial assets. Section 4(1), of course, is relevant to this question as it provides a definition of matrimonial property. The definition is very wide

[TRADUCTION] Cela ne veut pas dire que tout intérêt dans un régime de retraite sera un bien matrimonial. Certains peuvent ne pas l'être. En fait, je dirais qu'il est plus risqué que d'habitude de généraliser lorsqu'il s'agit de pensions en raison de la multitude et de la diversité des régimes de retraite.

Par conséquent, même si j'estime que l'esprit de la loi appuie la tendance à traiter les pensions comme des biens matrimoniaux aux fins du partage des biens du mariage, il se peut qu'il ne soit pas possible d'établir un tel principe général en raison de la diversité des régimes dont peuvent découler des droits à une pension. C'est en gardant cette mise en garde à l'esprit que j'aborde la question de savoir si la pension ici en cause est un bien matrimonial aux termes de cette loi en particulier.

La Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes

Aux termes de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, M. Clarke était tenu de contribuer un certain pourcentage de sa solde pour sa pension. Son employeur versait une contribution identique. Aux termes de la Loi, le montant de la prestation qui devait être versé au désengagement ou au décès du prestataire désigné est fondé sur une formule qui tient compte du nombre d'années de service ouvrant droit à pension et d'un revenu annuel moyen fondé sur les six «meilleures» années de service. En l'espèce, la pension est arrivée à échéance avant la séparation des parties. L'intimé, avant de prendre sa retraite, avait le choix d'obtenir un règlement en argent qui lui aurait été payable moins l'impôt sur le revenu, ou une prestation mensuelle de 564,21 \$. Monsieur Clarke a choisi cette dernière option et reçoit actuellement les versements mensuels. Il est possible que ces prestations de retraite soient indexées à l'augmentation du coût de la vie.

Le texte de la Matrimonial Property Act

J'examine d'abord les dispositions pertinentes de la Loi pour déterminer si son texte interdit de traiter les pensions en général comme des biens matrimoniaux. Le paragraphe 4(1), est évidemment pertinent à ce sujet car il définit le bien matrimonial. La définition est très large. Elle com-

in scope. It includes all real and personal property other than that listed in the exceptions. The Court of Appeal in *Lawrence* gave a broad interpretation to this definition, Hart J.A. stating at p. 141:

Matrimonial assets include all assets acquired by the spouses either before or during the marriage, but certain types of property are excluded. The principal exclusions are business assets and property received by gift which is not used as a family asset. Unless property can be brought within one of the exclusions in s. 4, however, it remains a matrimonial asset no matter what its kind or use. [Emphasis added.]

Aside from its breadth, however, the definition does not provide much guidance on the subject of pensions specifically. They are neither included nor excluded.

The respondent submits, however, that pensions are excluded from the definition of matrimonial assets by virtue of their inclusion in the “business assets” exception. The definition of business assets is found in s. 2(a) of the Act which reads:

2 In this Act,

(a) “business assets” means real or personal property primarily used or held for or in connection with a commercial, business, investment or other income or profit producing purpose, but does not include money in an account with a chartered bank, savings office, loan company, credit union, trust company or similar institution where the account is ordinarily used for shelter or transportation or for household, educational, recreational, social or aesthetic purposes;

Hart J.A., for the court, considered this section in *Lawrence* and concluded that pensions were not “business assets”. He noted that too broad an interpretation of s. 2(a) could result in removing virtually all assets from the classification of matrimonial assets except the matrimonial home. He concluded that the only assets which fall within the definition of business assets are those that are purposely held or used for the production of income or profit. Pensions in their ordinary form and use would not fit that description. He stated at pp. 142-43:

prend tous les biens réels et personnels autres que ceux qui sont énumérés à titre d’exceptions. La Cour d’appel dans l’arrêt *Lawrence* a donné une interprétation large à cette définition et le juge

a Hart a dit à la p. 141:

[TRADUCTION] Le patrimoine familial comprend tous les biens acquis par les conjoints avant ou pendant le mariage mais certains genres de biens sont exclus. Les principales exclusions sont les biens commerciaux et les biens reçus à titre de dons qui ne sont pas utilisés comme biens familiaux. Toutefois, à moins de relever des exceptions prévues à l’art. 4, un bien demeure un bien matrimonial indépendamment de son genre ou de son utilisation. [Je souligne.]

c Outre sa portée, la définition ne donne pas beaucoup d’indication sur le sujet des pensions en particulier. Elles ne sont ni incluses ni exclues.

d Néanmoins l’intimé soutient que les pensions sont exclues de la définition de biens matrimoniaux parce qu’elles relèvent de l’exception relative aux «biens commerciaux». L’alinéa 2a) de la Loi définit les biens commerciaux de la manière suivante:

[TRADUCTION] 2 Aux fins de la présente Loi,

a) «biens commerciaux» Biens réels et personnels principalement utilisés ou gardés à des fins d’entreprise commerciale, d’investissement ou à d’autres fins de revenu ou de profit, à l’exclusion de l’argent dans un compte dans une banque à charte, une caisse d’épargne, une société de prêt, une caisse de crédit, une société de fiducie ou un établissement semblable lorsque ce compte est habituellement utilisé à des fins de logement ou de transport ou à des fins domestiques, éducatives, récréatives, sociales ou esthétiques;

Le juge Hart, au nom de la cour, a examiné cet article dans l’arrêt *Lawrence* et a conclu que les pensions n’étaient pas des «biens commerciaux». Il a souligné qu’une interprétation trop large de l’al. 2a) retirerait virtuellement tous les biens de la catégorie des biens matrimoniaux à l’exception du foyer conjugal. Il a conclu que les seuls biens qui s’inscrivaient dans la définition de biens commerciaux étaient ceux qui étaient gardés ou utilisés à des fins précises pour produire un revenu ou un bénéfice. Les pensions dans leur forme et leur utilisation ordinaires ne seraient pas visées par cette description. Il a dit aux pp. 142 et 143:

It seems to me therefore that the only assets that should be classified as business assets are ones that are purposely held or used for the production of income or profit. Thus an apartment house would be a business asset, whereas a piece of land held in the hope of gain would be a matrimonial asset. A car used in business would be a business asset, and a car used for family purposes would be a matrimonial asset. Money invested in savings certificates, stocks or bonds would be business, whereas money resting in current accounts or accounts used for household purposes would be matrimonial. Works of art would be matrimonial whereas an operating farm would be a business asset. It is not enough to say that some gain or benefit may accrue in the future from the asset, but rather it must be said that it is working in a commercial, business or investment way for the production of income or profit.

In my opinion entitlements to insurance, pension and other similar benefits pursuant to contractual arrangements would not fall within the definition of business assets contained in the Act. They are not primarily held for the purpose of producing income or profit. They are in reality schemes for saving which divert present income to future use in times of peril or when the ability to earn income has passed.

Nor would schemes, such as registered retirement savings plans be business assets under the Act. Their primary purpose is to save funds and lessen the income tax which would otherwise be payable on those funds. [Emphasis added.]

I agree with Hart J.A. that pensions are not business assets. It seems to me that business assets are assets which have as their purpose the generation of income in an entrepreneurial sense. A pension is not such an asset. Pensions may tangentially generate income through interest but essentially they are funds comprising income diverted from the date on which it was earned. Pensions are more analogous to savings accounts than to business assets and thus cannot be excluded from the definition of matrimonial assets under s. 4(1)(e). The fact that the pension benefits in this case are being paid on a monthly basis does not, in my

[TRADUCTION] Par conséquent, il me semble que les seuls biens qui devraient être classés comme biens commerciaux sont ceux qui sont gardés ou utilisés précisément pour produire un revenu ou un bénéfice. Ainsi un immeuble d'habitation serait un bien commercial, alors qu'une parcelle de terrain gardée dans l'espoir d'en tirer un bénéfice serait un bien matrimonial. Une automobile utilisée à des fins commerciales serait un bien commercial et une automobile utilisée à des fins familiales serait un bien matrimonial. L'argent investi dans des certificats d'épargne, des actions ou des obligations serait de nature commerciale alors que l'argent versé dans des comptes courants ou des comptes utilisés à des fins domestiques serait de nature matrimoniale. Les œuvres d'art relèveraient du domaine matrimonial alors qu'une ferme en exploitation serait un bien commercial. Il n'est pas suffisant de dire que le bien doit produire dans l'avenir un certain gain ou bénéfice; on doit plutôt dire qu'il sert à la production d'un revenu ou d'un bénéfice d'une manière commerciale ou à titre d'investissement.

À mon avis, les droits à des prestations d'assurance, à une pension ou à d'autres prestations semblables aux termes de contrats ne s'inscriraient pas dans la définition de biens commerciaux contenue dans la Loi. Ils ne sont pas principalement détenus aux fins de produire un revenu ou un bénéfice. Il s'agit en réalité d'un régime d'épargne qui détourne un revenu actuel pour un usage ultérieur dans des moments plus difficiles ou lorsque la capacité de gagner un revenu est passée.

Des régimes, comme les régimes enregistrés d'épargne-retraite ne seraient pas non plus considérés comme des biens commerciaux aux termes de la Loi. Leur but principal est l'épargne et la diminution de l'impôt sur le revenu qui serait autrement payable sur ces fonds. [Je souligne.]

Je conviens avec le juge Hart que les pensions ne sont pas des biens commerciaux. Il me semble que les biens commerciaux sont des biens qui ont pour but de produire un revenu dans le sens d'une entreprise. Une pension ne constitue pas un tel bien. Les pensions peuvent indirectement produire un revenu au moyen de l'intérêt mais il s'agit essentiellement de fonds comportant un revenu qui a été détourné dès la date à laquelle il a été gagné. Les pensions ressemblent plus à des comptes d'épargne qu'à des biens commerciaux et par conséquent ne peuvent être exclues de la définition de biens matrimoniaux au sens de l'al. 4(1)e). Le fait que la prestation de retraite en l'espèce soit mensuelle n'a aucun effet, à mon avis, sur la nature

view, affect the essential nature of the pension. Its purpose remains the same.

Section 13(1) of the Act must also be considered in determining whether pensions were intended to be included as matrimonial assets. As Pace J.A. noted in the Court of Appeal, the *Matrimonial Property Act* gives no specific direction as to the classification and division of pension benefits except under s. 13 where the court may, in making an unequal division of matrimonial assets, take into account "the value to either spouse of any pension or other benefit which, by reason of the termination of the marriage relationship, that party will lose the chance of acquiring".

The respondent submits that the fact that s. 13(1) provides for an unequal division based upon the value of a pension or other benefit lost because of the termination of the marriage evinces an intention that pensions are not to be considered matrimonial assets. He argues that it is implicit in this section that upon termination of the marriage the non-recipient spouse loses his or her chance to acquire an interest in the pension and it may be appropriate, therefore, in such circumstances to make an unequal division in that spouse's favour. This interpretation, if correct, would preclude the inclusion of pensions in matrimonial assets since, if they were matrimonial assets, there would be no such loss.

The respondent's position assumes, however, and in my view erroneously, that the subsection was intended to benefit only the non-recipient spouse. If pensions are included as matrimonial assets so that the non-recipient spouse is awarded an equal share in it, it will be the recipient spouse who may wish to assert a claim for an unequal division. He or she will also have lost the chance of acquiring a portion of the pension benefit by reason of the termination of the marriage.

I find support for this interpretation of the section in the overall scheme of the Act. Since pensions are not included in the list of exceptions in s. 4(1), it is logical to assume that pensions are indeed matrimonial assets and hence are to be divided equally. This was the approach recently

essentielle de la pension. Son but demeure le même.

Il convient également de tenir compte de l'al. 13(1) de la Loi pour déterminer si on a voulu que les pensions soient incluses dans les biens matrimoniaux. Comme le juge Pace l'a fait remarquer en Cour d'appel, la *Matrimonial Property Act* ne donne aucune directive précise quant à la classification et au partage des prestations de retraite sauf à l'art. 13 en vertu duquel, dans le cadre d'un partage inégal des biens matrimoniaux, la cour peut tenir compte de «la valeur pour chaque conjoint d'une pension ou autre prestation que cette partie, en raison de la dissolution du mariage ne pourra acquérir».

L'intimé soutient que le fait que l'al. 13(1) prévoit le partage inégal fondé sur la valeur d'une pension ou d'une autre prestation perdue en raison de la dissolution du mariage indique l'intention d'empêcher que les pensions soient considérées comme des biens matrimoniaux. Il soutient que cet article prévoit implicitement qu'à la dissolution du mariage, le conjoint non prestataire perd la possibilité d'acquérir un intérêt dans la pension et qu'il peut donc être opportun dans de telles circonstances de procéder à un partage inégal en faveur de ce conjoint. Cette interprétation, si elle est juste, empêcherait d'inclure les pensions dans les biens matrimoniaux étant donné que, s'il s'agissait de biens matrimoniaux, il n'y aurait pas de perte.

Toutefois dans cette thèse, l'intimé présume, à tort je pense, que le paragraphe a été conçu au seul avantage du conjoint non prestataire. Si les pensions sont comprises dans les biens matrimoniaux de manière que le conjoint non prestataire en obtienne une part égale, c'est le conjoint prestataire qui peut vouloir présenter une demande de partage inégal car il aura également perdu la possibilité d'acquérir une partie de la prestation de retraite en raison de la dissolution du mariage.

L'économie générale de la Loi appuie cette interprétation de l'article. Étant donné que les pensions ne sont pas comprises dans la liste des exceptions prévues au par. 4(1), il est logique de présumer que les pensions sont en fait des biens matrimoniaux et, par conséquent, doivent être par-

taken to s. 4(1) by Davison J. of the Nova Scotia Supreme Court, Trial Division in *Curren v. Curren* (1987), 81 N.S.R. (2d) 118, where the issue was the characterization of promissory notes. It was also the approach taken by the Court of Appeal in *Lawrence* when dealing with pensions. In *Curren* Davison J. stated at p. 123:

The real contentious issue involves characterizing the two promissory notes or the proceeds therefrom. I use the word "characterizing" advisedly because it would be easy to fall into the trap of attempting to fit assets into one of two "pigeonholes"—matrimonial assets or business assets. It is my view, with respect, that one starts with the presumption that "all . . . property acquired by either or both spouses before or during their marriage . . ." are matrimonial assets and that it is incumbent on one who asserts that a particular asset is not a "matrimonial asset" to prove that the asset falls within the exceptions set forth in s. 4(1). As stated by Hart, J.A., in *Lawrence v. Lawrence* (supra) at 113:

"Unless property can be brought within one of the exclusions in s. 4, however, it remains a matrimonial asset no matter what its kind or use."

It seems to me that those exceptions have one common characteristic in that all of the exceptions contemplate assets which are unrelated to the marriage but are associated with one spouse to the exclusion of the other and to that extent could be termed "personal assets". [Emphasis added.]

If, in other words, the asset does not fall clearly within one of the exceptions in s. 4(1) it is a matrimonial asset subject to division.

After including all property acquired either before or during the marriage the court may then go on to consider whether, in light of the factors enumerated in s. 13, equal division would be unfair. One such factor enumerated in s. 13(1) is the value of any pension benefit lost as a result of the termination of the marriage.

Depending upon the view taken as to whether or not pensions should be included as matrimonial assets, the courts in Nova Scotia have used s. 13(1) in different ways. When the courts have found that

tagées également. C'est la position adoptée récemment à l'égard du par. 4(1) par le juge Davison de la Division de première instance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse dans l'arrêt *Curren v. Curren* (1987), 81 N.S.R. (2d) 118, relativement à la question de la caractérisation de billets à ordre. La Cour d'appel a également adopté cette position dans l'arrêt *Lawrence* lorsqu'elle a traité des pensions. Dans l'arrêt *Curren*, le juge Davison a dit à la p. 123:

[TRADUCTION] La véritable question litigieuse porte sur la caractérisation de deux billets à ordre ou de leur produit. J'utilise délibérément le terme «caractériser» parce qu'il serait facile de tomber dans le piège de vouloir tenter d'insérer les biens dans l'une des deux «niches»—les biens matrimoniaux et les biens commerciaux. Avec égards, je suis d'avis que l'on présume d'abord que «tous . . . les biens acquis par l'un ou l'autre conjoint avant ou pendant le mariage . . .» sont des biens matrimoniaux et il incombe à celui qui affirme qu'un bien en particulier n'est pas un «bien matrimonial» de démontrer que le bien s'inscrit dans le cadre de l'exception énoncée au par. 4(1). Le juge Hart a dit dans l'arrêt *Lawrence v. Lawrence* (précité) à la p. 113:

«Toutefois, à moins de relever des exceptions prévues à l'art. 4, un bien demeure matrimonial indépendamment de son genre ou de son utilisation.»

Il me semble que ces exceptions ont comme caractéristique commune qu'elles portent sur des biens qui n'ont pas de rapport avec le mariage mais qui sont liés à l'un des conjoints à l'exclusion de l'autre, et que, dans cette mesure, ils peuvent être qualifiés de «biens personnels». [Je souligne.]

En d'autres termes, si le bien ne relève pas clairement de l'une des exceptions énoncées au par. 4(1) il s'agit d'un bien matrimonial assujéti au partage.

Après avoir tenu compte de tous les biens acquis avant ou pendant le mariage, le tribunal peut ensuite examiner si, compte tenu des facteurs énumérés à l'art. 13, un partage égal serait injuste. Un des facteurs énumérés à l'al. 13) est la valeur d'une prestation de retraite perdue par suite de la dissolution du mariage.

Les tribunaux de la Nouvelle-Écosse ont appliqué l'al. 13) de différentes manières selon leur position quant à savoir si les pensions devraient être comprises dans les biens matrimoniaux. Lors-

pensions are not matrimonial assets, an unequal division in favour of the non-recipient spouse has been made in order to rectify the inequity resulting from one partner's exclusive entitlement to the pension: see, for example, *Lemmon v. Lemmon* (1987), 77 N.S.R. (2d) 113 (S.C.T.D.) and *Stevens v. Stevens* (1987), 7 R.F.L. (3d) 127 (N.S.S.C.T.D.). On the other hand, where pensions have been included as matrimonial assets, the courts have found it appropriate to award an unequal division in favour of the named recipient. In *McNulty v. McNulty* (1989), 24 R.F.L. (3d) 41 (N.S.S.C.T.D.), Davison J. held that the pensions in issue were matrimonial assets but concluded that an equal division would be unfair due to the fact that Mr. McNulty, the named recipient, had built up a major portion of the pension prior to the marriage, had developed multiple sclerosis, and because Mrs. McNulty had not made any significant contribution to Mr. McNulty's career.

It seems to me therefore that the way in which s. 13(1) is applied turns on the prior characterization of pensions, i.e. whether or not they are properly characterized as matrimonial assets. The section does not come into play until this determination has been made. In other words, the section does not assist us in determining whether or not the pension is a matrimonial asset.

A brief review of the relevant provisions of the Act persuades me that nothing in its wording forecloses the characterization of pensions as matrimonial assets. The respondent's main argument, however, is that pensions, particularly periodic pension payments, are not "property" and therefore cannot be included when dividing matrimonial property under s. 12. I turn now to a consideration of that submission.

Is the pension "property"?

The appellant submits that a pension is properly viewed as "property" and is a matrimonial asset subject to equal division under the Act. She argues that a pension is a right to receive fixed periodic payments and that such a right constitutes a chose

que les tribunaux ont conclu que les pensions n'étaient pas des biens matrimoniaux, ils ont fait un partage inégal en faveur du conjoint non prestataire pour rectifier l'inéquité qui résultait du droit exclusif d'un partenaire à la pension: voir, par exemple, *Lemmon v. Lemmon* (1987), 77 N.S.R. (2d) 113 (C.S.N.-É.) et *Stevens v. Stevens* (1987), 7 R.F.L. (3d) 127 (C.S.N.-É., D.P.I.). Par contre, lorsque les pensions ont été incluses dans les biens matrimoniaux, les tribunaux ont conclu qu'il était opportun d'accorder un partage inégal en faveur du prestataire désigné. Dans la décision *McNulty v. McNulty* (1989), 24 R.F.L. (3d) 41 (C.S.N.-É., D.P.I.), le juge Davison a conclu que les pensions en cause étaient des biens matrimoniaux mais qu'un partage égal serait injuste parce que M. McNulty, le prestataire désigné, avait accumulé une partie importante de la pension avant le mariage, avait contracté la sclérose en plaques et parce que M^{me} McNulty n'avait pas contribué de façon importante à promouvoir la carrière de M. McNulty.

Par conséquent, il me semble que la manière dont l'al. 13) est appliqué dépend de la classification préalable des pensions, c'est-à-dire leur inclusion ou non dans les biens matrimoniaux. L'article ne s'applique pas avant que cette décision soit prise. En d'autres termes, l'article ne nous aide pas à déterminer si la pension est ou non un bien matrimonial.

Un bref examen des dispositions pertinentes de la Loi me convainc qu'elle n'empêche pas la classification des pensions parmi les biens matrimoniaux. Toutefois, le principal argument de l'intimé consiste à dire que les pensions, particulièrement lorsqu'elles sont versées par paiements périodiques, ne sont pas des «biens» et par conséquent ne peuvent être incluses dans le partage des biens matrimoniaux aux termes de l'art. 12. J'examine maintenant cet argument.

La pension est-elle un «bien»?

L'appelante soutient que la pension est, à bon droit, considérée comme un «bien», un bien matrimonial assujéti au partage à parts égales en vertu de la Loi. Elle soutient qu'une pension est un droit de recevoir des paiements périodiques préétablis et

in action which is a form of property. The appellant cites a number of cases to support this submission: see *Rutherford, supra*; *Herchuk v. Herchuk* (1983), 35 R.F.L. (2d) 327 (Alta. C.A.); *McAlister v. McAlister*, [1983] 2 W.W.R. 8 (Alta. Q.B.)^a and *Tataryn, supra*. Moreover, at the time this litigation was instituted the matrimonial property legislation of British Columbia, Manitoba and Ontario all provided that pensions were matrimonial assets. In several other provinces where the legislation is similar to the legislation in issue here the appellate courts treated pensions as matrimonial assets. Since that time amending legislation has been enacted in some of the other provinces. In Nova Scotia the *Pension Benefits Act* was amended in 1987 (S.N.S. 1987, c. 11) and under s. 61(2) a spouse may apply to the court for a division of the pension of his or her former spouse. As the following review demonstrates, the current trend to treat pensions as matrimonial property presumptively subject to equal sharing has been both judicial and legislative. The courts are, of course, restricted by the language of the particular statutes but it is quite apparent that the provinces consider it generally unfair to exclude one partner to the marriage from the benefits of a pension.

However, one of the first appellate level decisions to deal with the issue of pensions in the matrimonial context, *Isbister, supra*, was out of step with the current trend and is heavily relied upon by the respondent. In *Isbister* the husband had contributed to three pension plans and the trial judge fixed the value of these benefits as of the date of separation at \$35,000. The husband appealed this valuation and claimed that the trial judge had erred in accepting actuarial evidence to evaluate the pension rights. Monnin J.A., for the Manitoba Court of Appeal, commented that decisions from other jurisdictions must be viewed with caution because under s. 1(b) of the *Manitoba Marital Property Act*, S.M. 1978, c. 24, C.C.S.M., c. M45, a commercial asset was defined so as to include rights under a pension scheme or plan. Thus a pension could not be a family asset. Monnin J.A. also expressed concern about the

qu'un tel droit est une chose incorporelle qui constitue une forme de bien. L'appelante cite de la jurisprudence à l'appui de cet argument: voir *Rutherford*, précité, *Herchuk v. Herchuk* (1983), 35 R.F.L. (2d) 327 (C.A. Alb.), *McAlister v. McAlister*, [1983] 2 W.W.R. 8 (B.R. Alb.) et *Tataryn*, précité. En outre, au moment où ce litige a pris naissance, les textes législatifs sur le patrimoine familial de la Colombie-Britannique, du Manitoba et de l'Ontario prévoyaient tous que les pensions constituaient des biens matrimoniaux. Dans plusieurs autres provinces où les lois sont semblables à la loi visée en l'espèce, les cours d'appel ont traité les pensions comme des biens matrimoniaux. Depuis ce temps, des lois modificatives ont été adoptées dans certaines des autres provinces. En Nouvelle-Écosse, la *Pension Benefits Act* a été modifiée en 1987 (S.N.S. 1987, ch. 11) et, aux termes du par. 61(2), un conjoint peut demander en justice le partage de la pension de son ex-conjoint. Comme le démontre l'examen qui suit, la tendance actuelle à traiter les pensions comme des biens matrimoniaux, qui sont par présomption assujettis au partage égal, est à la fois judiciaire et législative. Les tribunaux sont limités bien sûr par le texte des lois visées mais il est bien évident que les provinces estiment généralement injuste d'exclure un partenaire dans le mariage du partage des prestations de retraite.

Toutefois, l'intimé s'appuie fortement sur l'un des premiers arrêts d'une cour d'appel à traiter de la question des pensions dans le contexte du mariage, l'arrêt *Isbister*, précité, qui s'écartait de la tendance actuelle. Dans l'affaire *Isbister*, le mari avait contribué à trois régimes de retraite et le juge de première instance avait établi à 35 000 \$ la valeur des prestations à la date de la séparation. Le mari avait interjeté appel de cette évaluation et avait soutenu que le juge de première instance avait commis une erreur en acceptant une preuve actuariale pour évaluer les droits à la pension. Le juge Monnin au nom de la Cour d'appel du Manitoba a fait remarquer que les décisions d'autres ressorts devaient être examinées avec prudence parce que, aux termes de l'al. 1b) de la *Loi sur les biens matrimoniaux*, S.M. 1978, ch. 24, C.P.L.M., ch. M45, du Manitoba, la définition des biens commerciaux incluait les droits prévus par les

problem of valuing pensions in light of the legislative prohibitions against alienation. He held that pension benefits had no market value and could not be included as assets under the Act. He stated at p. 243:

How anyone can place any market value on a pension fund or scheme in light of those two sections is difficult to fathom. There is not likely to be any market value for funds which are so clearly, by statute, declared to be inalienable, unassignable, unable to be charged, and free from seizure, execution, attachment, and any transaction which purports to assign, charge, anticipate, or give as security such moneys is declared to be void. Who in his right mind would want to purchase such an asset? Without a purchaser, it is impossible to put a price on same or to value it for the purpose of division or accounting of assets. Consequently, s. 1(b) of the Marital Property Act, which purports to include in commercial assets rights under a "pension scheme or plan" is not likely to result in any accountable value . . . Pension benefits are income to be earned in the future, once a person has retired from employment. There are many ifs and buts until date of the payment of the pension. The amount of such yearly or monthly earnings may be used in calculating monthly or yearly maintenance to be paid to the other spouse when the husband is in receipt of his pension, but no spouse can or should be compelled to put up solid cash or money value for something which is independent of him until he has reached retirement age, which no one can be certain of reaching because employment may cease, the pension fund may be bankrupt, or death may arrive prior to retirement.

A different view of the matter was taken by the Manitoba Court of Appeal in *George v. George* (1983), 35 R.F.L. (2d) 225. The court distinguished *Isbister* and affirmed the trial judge's decision that the pension was a divisible asset. The focus of the judgment was on the appropriate means of valuing the pension. O'Sullivan J.A., for the majority, overturned the trial judge's order for an immediate accounting and division, declared

régimes de retraite. Par conséquent, une pension ne pouvait pas être un bien familial. Le juge Monnin a également exprimé des inquiétudes au sujet du problème de l'évaluation des pensions
 a compte tenu des interdictions législatives contre l'aliénation. Il a conclu que les prestations de retraite n'avaient aucune valeur marchande et ne pouvaient être des biens aux sens de la Loi. Il a dit à la p. 243:

[TRADUCTION] Il est difficile d'imaginer comment quelqu'un peut attribuer une valeur marchande à un fonds de pension ou à un régime de retraite si l'on tient compte de ces deux articles. Vraisemblablement aucune valeur marchande ne sera attribuée aux fonds qui sont, en vertu de la loi, aussi clairement déclarés inaliénables, incessibles, insaisissables, qui ne peuvent être grevés et qui ne peuvent être assortis d'une condition, toute opération qui a pour but de céder, grever, donner en garantie ou aliéner par avance ces sommes d'argent étant déclarée nulle. Qui songerait même à acheter un tel bien? Sans acheteur, il est impossible de lui attribuer un prix ou de l'évaluer aux fins du partage ou de la reddition de compte. Par conséquent, l'al. 1b) de la Loi sur les biens matrimoniaux, qui veut inclure dans les biens commerciaux les droits qui découlent d'un «régime de retraite» n'est pas susceptible d'entraîner une valeur comptable. [. . .] Les prestations de retraite sont des revenus futurs, à verser quand une personne a pris sa retraite. Il peut survenir de nombreux impondérables jusqu'à la date du paiement de la pension. Le montant de ces prestations annuelles ou mensuelles peut être utilisé pour calculer une obligation alimentaire mensuelle ou annuelle à verser à l'autre conjoint lorsque le mari reçoit sa pension, mais aucun conjoint ne peut ni ne devrait être tenu de donner de l'argent comptant ou d'attribuer une valeur monétaire pour quelque chose sur laquelle il n'a aucun contrôle jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de la retraite, personne n'étant certain d'atteindre la retraite parce que l'emploi peut prendre fin, le fonds de pension peut déclarer faillite ou le décès peut survenir avant la retraite.

La Cour d'appel du Manitoba a adopté une position différente sur la question dans l'arrêt *George v. George* (1983), 35 R.F.L. (2d) 225. La cour a établi une distinction avec l'arrêt *Isbister* et a confirmé la décision du juge de première instance selon laquelle la pension était un bien susceptible d'être partagé. L'arrêt portait principalement sur les moyens appropriés d'évaluer la pension. Le juge O'Sullivan, au nom de la majo-

the named recipient of the pension a trustee and Mrs. George entitled to an interest in any benefits payable in the future. Matas J.A., in dissent, affirmed the trial judge's immediate division and in the course of his reasons approved of *Geisel v. Geisel* (1981), 24 R.F.L. (2d) 424, a Manitoba Court of Queen's Bench decision in which Morse J. held that the guaranteed portion of the plan should be included as a matrimonial asset.

It is accordingly clear that at the present time pensions are to be included when dividing matrimonial property in Manitoba. Following these decisions *The Pension Benefits Act*, S.M. 1975, c. 38, was amended, effective January 1, 1984, to specifically provide for a division of pension benefits on marriage breakup. The inequity of *Isbister* undoubtedly prompted this change. The initial judicial treatment of pensions in Manitoba was anomalous when compared with other jurisdictions.

Pension benefits also constitute part of the "family patrimony" in the province of Quebec (Art. 462.2, second paragraph, *C.C.Q.*) available for equal division between the spouses on marriage dissolution (Art. 462.3 *C.C.Q.*).

The situation in British Columbia has been clarified by statute for a number of years. Section 45 of the *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 121, specifically includes pensions in its definition of family assets. It reads, *inter alia*, "a right of a spouse under an annuity or a pension, home ownership or retirement savings plan". However, cases from that jurisdiction may still be instructive. In *Rutherford v. Rutherford* (1979), 14 R.F.L. (2d) 41 (B.C.S.C.), Bouck J. did not seem to base his decision solely on the language of s. 45. Rather, he stated at p. 58 that "[c]learly, the pension is a family asset, if not by statute then by logic, under s. 51". Section 51 is a general provision which allows a court to include property not specifically described in the Act and to re-arrange the division

rité, a infirmé l'ordonnance du juge de première instance prévoyant une reddition de comptes et un partage immédiats, a déclaré que le prestataire désigné de la pension était un fiduciaire et que M^{me} George avait un intérêt dans toute prestation future. Le juge Matas, dissident, aurait confirmé le partage immédiat ordonné par le juge de première instance et, dans ses motifs, a approuvé à l'arrêt *Geisel v. Geisel* (1981), 24 R.F.L. (2d) 424, de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba dans lequel le juge Morse avait conclu que la partie garantie du régime devrait être incluse à titre de bien matrimonial.

Par conséquent, il est clair qu'à l'heure actuelle les pensions doivent être comprises dans le partage du patrimoine familial au Manitoba. Par suite de ces décisions, la *Loi sur les prestations de pensions*, L.M. 1975, ch. 38, a été modifiée à compter du 1^{er} janvier 1984 pour prévoir expressément le partage des prestations de pensions à la dissolution du mariage. Le caractère inéquitable de l'arrêt *Isbister* a sans doute entraîné cette modification. La définition judiciaire initiale des pensions au Manitoba était une anomalie par rapport à ce qui se faisait dans les autres provinces.

Les prestations de retraite font également partie du «patrimoine familial» dans la province de Québec (art. 462.2, 2^e par., *C.C.Q.*) susceptible d'être partagé à parts égales entre les conjoints au moment de la dissolution du mariage (art. 462.3 *C.C.Q.*).

La situation en Colombie-Britannique a été clarifiée par la loi depuis un certain nombre d'années. L'article 45 de la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 121, vise précisément les pensions dans sa définition des biens familiaux. Il prévoit notamment, [TRADUCTION] «le droit d'un conjoint aux termes d'une rente ou d'une pension, d'un régime d'épargne-logement ou d'épargne-retraite». Toutefois, la jurisprudence de cette province peut quand même être instructive. Dans l'arrêt *Rutherford v. Rutherford* (1979), 14 R.F.L. (2d) 41 (C.S.C.-B.), le juge Bouck n'a pas semblé fonder ses motifs uniquement sur le texte de l'art. 45. Il dit en effet à la p. 58 que [TRADUCTION] «de toute évidence, la pension est un bien familial, sinon en vertu de la Loi alors en vertu de la logique, aux termes de

of property on the grounds of fairness. The Court of Appeal affirmed his decision. Seaton J.A., for the court, interpreted s. 45 so as to include a wide variety of pension benefits and rejected the argument that there must be a present right to a pension in order for it to be a family asset. He stated at p. 342:

I would read "a right of a spouse under an annuity or a pension" to include any right, even one that can be said to be inchoate, contingent, immature, or not vested. In short, I would interpret these provisions broadly, so as to give full effect to the policy adopted by the legislation.

The leading case in Alberta on the division of a pension on marriage breakdown is *Herchuk*, *supra*. The Court of Appeal was faced with the question whether the husband's right in a contributory pension plan was "property" within the meaning of the Alberta Act. The pension at issue was vested but had not matured and the named recipient could not commute his interest to a single cash payment but had to take the benefits in accordance with a number of options. There was a death benefit payable to his estate worth approximately \$40,000. The value of the pension based on the cost of purchasing an equivalent pension plan ranged from approximately \$71,000 to \$82,000. The pension was not assignable; the Alberta *Pension Benefits Act*, R.S.A. 1980, c. P-3, prohibited the pension from being assigned, charged, attached, anticipated, or given as security. The Alberta *Matrimonial Property Act*, R.S.A. 1980, c. M-9, does not define the kinds of property to which the Act applies and makes no reference to pensions. In characterizing the pension as property Stevenson J.A. stated at pp. 335-36:

Matrimonial property legislation seeks to distribute the assets the parties have accumulated. A contribution to a pension plan represents a significant diversion of income, sometimes compulsory, sometimes not. Moreover, employer contributions to such funds may be viewed by a wage earner as an important component of his income even though it may be returned in a capital form. While we recognize that there are considerable

l'art. 51». L'article 51 est une disposition d'ordre général qui permet à un tribunal d'inclure un bien qui n'est pas précisément décrit dans la loi et de modifier le partage des biens sur le fondement de l'équité. La Cour d'appel a confirmé sa décision. Le juge Seaton, au nom de la cour, a interprété l'art. 45 de manière à inclure un grand nombre de prestations de retraite et a rejeté l'argument selon lequel le droit à une pension doit être actuel pour qu'il constitue un bien familial. Il a dit à la p. 342:

[TRADUCTION] Je suis d'avis d'interpréter l'expression «le droit d'un conjoint aux termes d'une rente ou d'une pension» de manière qu'elle comprenne tout droit, même celui qui serait imparfait, conditionnel, non échu ou non acquis. Bref, je suis d'avis de donner une interprétation large à ces dispositions de manière à donner plein effet au principe adopté par la loi.

L'arrêt qui fait autorité en Alberta sur le partage d'une pension à la dissolution du mariage est l'arrêt *Herchuk*, précité. La Cour d'appel devait répondre à la question de savoir si le droit d'un mari dans un régime de retraite contributif était un «bien» au sens de la Loi de l'Alberta. La pension visée était acquise mais n'était pas venue à échéance et le prestataire désigné ne pouvait pas échanger son intérêt contre un paiement forfaitaire mais devait recevoir les prestations conformément à un certain nombre de choix. Une prestation en cas de décès d'environ 40 000 \$ était payable à la succession du prestataire. La valeur de la pension fondée sur le coût d'achat d'un régime de retraite équivalent variait entre 71 000 \$ et 82 000 \$. La pension n'était pas cessible; la *Pension Benefits Act*, R.S.A. 1980, ch. P-3 de l'Alberta, interdisait que la pension soit cédée, grevée, saisie, donnée en garantie ou aliénée par avance. La *Matrimonial Property Act*, R.S.A. 1980, ch. M-9 de l'Alberta ne définit pas le genre de biens auxquels s'applique la loi et ne mentionne pas les pensions. En qualifiant la pension de bien, le juge Stevenson a dit aux pp. 335 et 336:

[TRADUCTION] La législation en matière de patrimoine familial vise à répartir les biens que les parties ont accumulés. Une contribution à un régime de retraite représente un détournement important de revenus, obligatoire ou facultatif. Qui plus est, les contributions de l'employeur à de tels fonds peuvent être considérées par un salarié comme une composante importante de son revenu même si elles peuvent être remises sous forme de

difficulties in valuation and that there are inequities inherent in making a distribution, to disregard these accumulations is to disregard the object of the Act. In *Mazurenko v. Mazurenko* [citations omitted], I took the object of the Act from the report of the Institute of Law Research and Reform to be the sharing of economic gains. The accumulation of capital to provide for retirement or other future needs cannot be distinguished from the accumulation of pension credits. If we were to develop the concept of "maintenance assets", creating a class of such assets, its application for the benefit of the spouse would be based on relative need, not on the capital contribution. The object of the Act is to ensure that the spouses share accumulations . . . I disagree with the conclusion reached in *Isbister*. I characterize the rights of the husband here as property. The Act is cast in terms of the distribution of property, not its value (although valuation should be relevant and is required in cases of exemptions). The term "property" is not qualified in our statute. It is a broad term which embraces choses in action. [Emphasis added.]

Stevenson J.A. did not comment on valuation and distribution but remitted the matter to the trial judge. He did, however, approve of the analysis and conclusions of Dea J. in *McAlister, supra*, where the characterization of pensions and numerous Canadian authorities were considered at length. It had been argued before Dea J. that pension rights should not be classified as matrimonial property because they were mere contractual rights or future rights to income. In reply to this argument Dea J. stated at pp. 19-20:

Under either head the objection would not in my view preclude the inclusion of pension benefits as matrimonial property in this province. Here the only test is "property". A chose in action is property. But this objection does raise what may be an underlying unstated objection to a characterization of pension rights as property. A review of the pension terms discloses that every contributor, upon completing a certain number of years of employment, is entitled to a pension. That is the scheme of the legislation and its regulations. While the occurrence of certain contingencies may defeat that entitlement, until those contingencies occur, the entitlement is there. It is a present interest subject to defeasance.

capital. Bien que nous reconnaissons que l'évaluation comporte des difficultés considérables en matière d'évaluation ainsi que des injustices inhérentes au partage, ne pas tenir compte de ces accumulations c'est ne pas tenir compte de l'objet de la Loi. Dans l'arrêt *Mazurenko v. Mazurenko* [citations omises], j'ai déduit que l'objet de la Loi, d'après le rapport de l'Institute of Law Research and Reform, était le partage de gains économiques. On ne peut établir de distinction entre l'accumulation de capital en prévision de la retraite ou d'autres besoins futurs d'avec l'accumulation de crédits de retraite. Si nous devons élaborer le concept de «biens alimentaires», en créant une catégorie pour ces biens, son application à l'avantage du conjoint serait fondée sur le besoin relatif et non sur la contribution en capital. La Loi a pour objet de veiller à ce que les conjoints partagent les biens accumulés [. . .] Je ne suis pas d'accord avec la conclusion de l'arrêt *Isbister*. J'estime que les droits du mari en l'espèce sont des biens. La Loi est rédigée en fonction du partage des biens et non de leur valeur (bien que l'évaluation soit pertinente et nécessaire dans les cas d'exclusion). Le terme «bien» n'est pas restreint dans notre loi. Il s'agit d'un terme général qui vise des choses incorporelles. [Je souligne.]

Le juge Stevenson n'a pas fait d'observation sur l'évaluation et le partage mais a renvoyé l'affaire devant le juge de première instance. Toutefois, il a fait siennes les analyses et conclusions du juge Dea dans l'arrêt *McAlister*, précité, dans lequel la qualification des pensions ainsi que la jurisprudence et la doctrine canadiennes ont fait l'objet d'un examen approfondi. On avait soutenu devant le juge Dea que les droits à la pension ne devraient pas être classés dans la catégorie des biens matrimoniaux parce qu'il s'agissait simplement de droits contractuels ou de droits éventuels à un revenu. En réponse à cet argument, le juge Dea a dit aux pp. 19 et 20:

[TRADUCTION] À mon avis, en vertu de l'une ou l'autre rubrique, l'objection n'empêcherait pas dans cette province d'inclure les prestations de retraite dans les biens matrimoniaux. En l'espèce, le seul critère qui s'applique est celui relatif au «bien». Une chose incorporelle est un bien. Toutefois, cette objection soulève une objection sous-entendue à ce qu'on qualifie de biens les droits à une pension. Un examen des modalités de la pension révèle que chaque cotisant après un certain nombre d'années d'emploi, a droit à la pension. C'est l'esprit de la loi et de ses règlements. Bien que certains événements imprévus puissent supprimer ce droit, jusqu'à ce qu'ils surviennent, le droit existe. Il s'agit d'un intérêt actuel susceptible d'être annulé.

To inferentially compare the pension rights created here to a contract subject to a condition precedent so that nothing exists until the condition is fulfilled seems to me contrary to the plain words and intent of the legislation and the regulations creating the rights. These rights are better compared to a contract subject to conditions subsequent, where the interest created by the statute exists but may be defeated upon the occurrence of the subsequent conditions.

Pensions are not specifically included in the definition of family property in the *Matrimonial Property Act* of Saskatchewan. It defines matrimonial property as any real or personal property, regardless of its kind or nature, that is owned, or in which an interest is held, by one or both of the spouses. Until the Saskatchewan Court of Appeal decision in *Tataryn* there had been conflicting treatment of pensions by the lower courts. In *Tataryn* Cameron J.A. held that vested pensions, irrespective of whether they had matured, constituted choses in action and formed part of the matrimonial property. He stated at p. 287:

With that I return to the question of whether the pension entitlement in this case is matrimonial property. I have no doubt that it is. Mr. Tataryn has a contractual right to receive, on retirement, a periodic sum for life. His entitlement is vested—in the sense I earlier referred to—although not yet matured. Expressed in traditional terms this is incorporeal personal property. It is a chose in action, an existing personal right of property capable of enforcement by action. And, since it was acquired during the marriage, the husband and wife are, by virtue of s. 20, equally entitled to it—subject only to the exceptions, exemptions, and equitable considerations mentioned in s. 21.

Similarly, the Newfoundland Court of Appeal held in *Hierlihy v. Hierlihy* (1984), 48 Nfld. & P.E.I.R. 142, that a pension is a family asset. The legislation at the time did not specifically address the subject of pensions.

In Nova Scotia, prior to the decision of the Court of Appeal in the present case, *Lawrence* was the leading authority. The pension benefits in issue had to be withdrawn as a cash sum since the husband was moving to a new work place and the contributions could not be transferred. The trial

À mon avis, la comparaison, par déduction, des droits à une pension créés en l'espèce à un contrat assujéti à une condition qui en régit l'existence me semble contraire aux termes clairs et à l'esprit de la loi et des règlements qui créent les droits. Il convient mieux de comparer ces droits au contrat assujéti à des conditions résolutoires, où l'intérêt créé par la loi existe mais peut être annulé et si les conditions résolutoires se réalisent.

Les pensions ne sont pas précisément visées dans la définition de patrimoine familial dans la *Matrimonial Property Act* de la Saskatchewan. Cette loi définit le patrimoine familial comme tout bien réel ou personnel, peu importe son genre ou sa nature, qui est la propriété des deux conjoints ou de l'un d'eux ou dans lequel l'un d'entre eux a un intérêt. Jusqu'à l'arrêt *Tataryn* de la Cour d'appel de la Saskatchewan, les tribunaux d'instance inférieure traitaient des pensions de manières différentes. Dans l'arrêt *Tataryn*, le juge Cameron a conclu que les pensions acquises, arrivées ou non à échéance, étaient des biens incorporels et faisaient partie du patrimoine familial. Il a dit à la p. 287:

[TRADUCTION] Ainsi, je reviens à la question de savoir si le droit à la pension en l'espèce constitue un bien matrimonial. Je suis convaincu que c'est le cas. Monsieur Tataryn a le droit, en vertu d'un contrat, de recevoir à la retraite une somme périodique pour le reste de sa vie. Son droit est acquis—dans le sens que j'ai mentionné précédemment—bien qu'il ne soit pas encore échu. Si on l'exprime en des termes traditionnels, il s'agit d'un bien personnel incorporel. Il s'agit d'un bien incorporel, un droit personnel de propriété en vigueur qui peut être exécuté par une action. Et comme il a été acquis au cours du mariage, les conjoints, aux termes de l'art. 20, y ont un droit égal—sous réserve seulement des exceptions, des exclusions et des considérations en matière d'équité que mentionne l'art. 21.

De même, la Cour d'appel de Terre-Neuve a conclu dans l'arrêt *Hierlihy v. Hierlihy* (1984), 48 Nfld. & P.E.I.R. 142 qu'une pension est un bien familial. La loi en vigueur à ce moment-là ne mentionnait pas expressément les pensions.

En Nouvelle-Écosse, avant l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce, l'arrêt *Lawrence* faisait jurisprudence. Les prestations de retraite en question devaient être retirées au moyen d'une somme forfaitaire, parce que le mari changeait de lieu de travail et que les contributions ne pouvaient être

judge found that the pension contributions were matrimonial assets. The husband appealed alleging that the benefits were a business asset and not subject to distribution. Hart J.A., for the court, rejected his submission and held that pension benefits generally fall into the classification of matrimonial assets for the purpose of equalization under s. 12. Subsequent to *Lawrence*, but prior to this appeal, a number of decisions of the Nova Scotia Court of Appeal had upheld trial court decisions that pensions were matrimonial assets subject to equal sharing: see, for example, *Cleaves v. Cleaves* (1982), 27 R.F.L. (2d) 239; *Muise v. Muise* (1982), 30 R.F.L. (2d) 296, and *Nolet v. Nolet* (1985), 46 R.F.L. (2d) 388.

As evidenced by this brief review the weight of appellate authority in several of the provinces supports the classification of pensions as matrimonial property. I think this is an entirely appropriate classification. As found by the courts in both *Herchuk* and *Tataryn*, pensions are choses in action or incorporeal personal property. The named recipient of a pension is entitled to the benefits therefrom as of right. As stated by Dea J. in *McAlister* at p. 15, the receipt of the pension benefit is not “dependent upon arbitrary whim or the exercise of any discretion by any third party”.

Nor do I find persuasive the respondent’s submission that the pension benefits being received in this case are income rather than property and accordingly not subject to division. I must respectfully disagree with Pace J.A.’s conclusion to that effect. Pension benefits are not “income” in the traditional sense, i.e. payments for present work, nor are they income to be earned in the future. They are benefits earned throughout the period of the pension. By the time of maturation the earning period is in the past. Hart J.A. stated it this way in *Lawrence*—pensions “are in reality schemes for saving which divert present income to future use in times of peril or when the ability to earn income

transférées. Le juge de première instance avait conclu que les contributions au régime de retraite étaient des biens matrimoniaux. Le mari avait interjeté appel, alléguant que les prestations étaient un bien commercial et n’étaient pas assujetties au partage. Le juge Hart, au nom de la cour, a rejeté son argument et a conclu que les prestations de retraite s’inscrivaient généralement dans la catégorie des biens matrimoniaux aux fins d’un partage à parts égales aux termes de l’art. 12. Après l’arrêt *Lawrence*, et avant le présent pourvoi, un certain nombre d’arrêts de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse avaient maintenu des décisions de tribunaux de première instance portant que les pensions étaient des biens matrimoniaux assujettis au partage à parts égales: voir, par exemple, *Cleaves v. Cleaves* (1982), 27 R.F.L. (2d) 239, *Muise v. Muise* (1982), 30 R.F.L. (2d) 296, et *Nolet v. Nolet* (1985), 46 R.F.L. (2d) 388.

Comme le démontre ce bref examen, la jurisprudence des cours d’appel de plusieurs provinces appuie la classification des pensions parmi les biens matrimoniaux. Je suis d’avis que cette classification est tout à fait juste. Comme l’ont conclu les tribunaux dans les arrêts *Herchuk* et *Tataryn*, les pensions sont des choses incorporelles ou des biens personnels incorporels. Le prestataire désigné d’une pension a droit aux prestations qui en découlent. Comme l’a dit le juge Dea dans l’arrêt *McAlister* à la p. 15, l’obtention de la prestation de retraite ne [TRADUCTION] «dépend pas d’un caprice arbitraire ou de l’exercice du pouvoir discrétionnaire d’un tiers».

Je n’estime pas convaincant non plus l’argument de l’intimé selon lequel les prestations de retraite perçues en l’espèce sont un revenu plutôt qu’un bien et par conséquent ne sont pas assujetties au partage. Avec égards, je ne suis pas d’accord avec la conclusion du juge Pace à ce sujet. Les prestations de retraite ne sont pas un «revenu» au sens traditionnel; c’est-à-dire des paiements pour le travail actuel, et ne sont pas non plus un revenu futur. Il s’agit de prestations gagnées tout au long de la période de la pension. Au moment de l’échéance, la période de gain est passée. Le juge Hart a dit dans l’arrêt *Lawrence* que les pensions [TRADUCTION] «sont en réalité des régimes d’épargne qui

has passed" (p. 143). A pension is created by earlier savings which give rise to future benefits. In this sense it is like an insurance plan or any other savings scheme, structured or otherwise, which would be considered matrimonial property. Thus, to characterize the pension benefits in this case as income is to disregard the nature of pensions and place form ahead of substance with resultant unfairness.

I agree also with the trial judge that it would be unjust, indeed somewhat absurd, to find that because Mr. Clarke elected to take monthly payments rather than a lump sum this changes the character of the asset and distinguishes the case from *Lawrence*. The monetary contributions to the fund were made during the course of the marriage and had the effect of reducing the moneys otherwise available to the household. Again, the fact that the pension benefits are being received as a form of "income" does not, in my view, change their essential nature.

However, the respondent raises as impediments to classifying pensions as matrimonial property the fact that they cannot be properly valued and cannot be assigned. These concerns were raised in the judgments of the court below. Pace J.A. was concerned about the inalienability of pension benefits and Jones J.A. about their valuation. I will deal with each of these concerns in turn.

Valuation

The difficulty in valuing pension benefits has been addressed in a number of Canadian cases. Indeed, it led to the conclusion in *Isbister*. It will be recalled that Monnin J.A. found that because the pension benefit at issue was inalienable it had no market value and thus could not be valued for the purpose of division or accounting of assets. In several subsequent cases, however, the reasoning in *Isbister* has been criticized, especially for the importance it placed on the difficulty of valuation.

détournent un revenu actuel pour un usage futur dans des temps difficiles ou lorsque la capacité de gagner un revenu est passée» (p. 143). Une pension est créée par des épargnes qui donnent lieu à des prestations futures. Dans ce sens, c'est comme un régime d'assurance ou tout autre régime d'épargne, structuré ou autre, qui serait considéré comme un bien matrimonial. Par conséquent, le fait de qualifier de revenu les prestations de retraite en l'espèce ne concorde pas avec la nature des pensions et donne plus d'importance à la forme qu'au fond pour aboutir à une injustice.

Je partage également l'opinion du juge de première instance selon laquelle il serait injuste, voire assez absurde, de conclure que le caractère du bien est modifié et qu'il existe une différence entre l'espèce et l'arrêt *Lawrence* parce M. Clarke a choisi des versements mensuels au lieu d'une somme forfaitaire. Les contributions monétaires au fonds ont été faites pendant le mariage et ont eu pour effet de diminuer les sommes d'argent qui autrement auraient été disponibles pour le ménage. Encore une fois, le fait que les prestations de retraite soient reçues sous la forme de «revenu» ne change pas, à mon avis, leur nature essentielle.

Toutefois, l'intimé soulève comme obstacle à la classification des pensions dans les biens matrimoniaux le fait qu'elles ne peuvent être convenablement évaluées et ne peuvent être cédées. Ces préoccupations ont été mentionnées dans les jugements des tribunaux d'instance inférieure. Le juge Pace s'est préoccupé du caractère inaliénable des prestations de retraite et le juge Jones de leur évaluation. Je suis d'avis de traiter de chacune de ces préoccupations l'une après l'autre.

L'évaluation

Un certain nombre d'affaires canadiennes ont porté sur la difficulté d'évaluer les prestations de retraite. En fait, elles ont mené à la conclusion qui a été adoptée dans l'arrêt *Isbister*. Il convient de rappeler que le juge Monnin a conclu que, en raison du caractère inaliénable de la prestation de retraite en litige, celle-ci n'avait aucune valeur marchande et par conséquent ne pouvait être évaluée aux fins du partage ou de la reddition de compte des biens. Toutefois, dans plusieurs arrêts

For example, after reviewing *Isbister* and thoroughly examining the case law, Cameron J.A. commented in *Tataryn* at p. 283:

With respect, I do not agree with much of this reasoning. Whether a thing is, or is not, matrimonial property subject to the provisions of the Act does not fall to be determined on the ease or difficulty with which it may be valued or distributed. These are distinct issues. Nor in my respectful opinion may the distribution, required by law, be avoided by treating the pension as a source of future maintenance.

Similar criticism is also found in *McAlister* where Dea J. stated at p. 17:

But is it reasonable to conclude that because the pension may not be alienated that it has no value? It seems to me that almost the opposite conclusion should be drawn. It was because the legislators knew that pension rights had value that they enacted laws or regulations prohibiting alienation. They wanted to ensure that the owner of the pension plan would receive the benefits and so they enacted law to ensure that the pensioner could not alienate his interest, and as well to ensure that his creditors could not attach it.

Without in any way minimizing the difficulties that may arise when courts are faced with the valuation problem, it is my view that such difficulty is not a bar to concluding that pensions are property for the purposes of equal division. Courts are frequently required to put a value on items that have no readily ascertainable value such as pain and suffering or the goodwill of a business. They have shown a willingness to place a value on different kinds of pensions and have displayed considerable initiative in seeking a just result in particular circumstances. The task is not an impossible one and the difficulty of placing a current value on pension rights is not, in my view, a good enough reason for refusing to characterize pensions as matrimonial property.

In any event, valuation does not appear to be an insuperable problem in this case. Once a pension has matured and is being paid out either in a lump

ultérieurs, le raisonnement suivi dans l'arrêt *Isbister* a été critiqué, surtout pour l'importance accordée au problème de l'évaluation. Par exemple, après avoir examiné l'arrêt *Isbister* et étudié d'une manière approfondie la jurisprudence, le juge Cameron a dit dans l'arrêt *Tataryn* à la p. 283:

[TRADUCTION] Avec égards, je ne souscris pas à une grande partie de ce raisonnement. La question de savoir si une chose est ou non un bien matrimonial assujéti aux dispositions de la Loi ne doit pas être déterminée selon la facilité ou la difficulté avec laquelle elle peut être évaluée ou partagée. Il s'agit de questions distinctes. À mon humble avis, on ne peut non plus éviter le partage exigé par la loi en traitant la pension comme une source d'aliments futurs.

On trouve une critique semblable dans l'arrêt *McAlister* où le juge Dea disait à la p. 17:

[TRADUCTION] Toutefois, est-il raisonnable de conclure que la pension n'a aucune valeur parce qu'elle ne peut être aliénée? Il me semble qu'il faudrait presque en tirer la conclusion contraire. C'est parce que les législateurs savaient que les droits à la pension avaient une valeur qu'ils ont adopté des lois ou des règlements interdisant leur aliénation. Ils voulaient faire en sorte que le propriétaire d'un régime de retraite reçoive les prestations et c'est pourquoi ils ont adopté des lois pour que le retraité ne puisse aliéner son intérêt et également pour que ses créanciers ne puissent le saisir.

Sans vouloir d'aucune façon minimiser les difficultés qui peuvent survenir lorsque des tribunaux sont aux prises avec un problème d'évaluation, je suis d'avis qu'elles ne doivent pas les empêcher de conclure que les pensions sont des biens aux fins du partage égal. Les tribunaux sont souvent tenus d'attribuer une valeur à des choses qui ne sont pas faciles à évaluer comme la douleur et la souffrance, ou l'achalandage d'un commerce. Ils ont démontré qu'ils étaient prêts à attribuer une valeur à différents genres de pensions et ont montré beaucoup d'initiative pour trouver un résultat équitable dans des circonstances particulières. La tâche n'est pas impossible et la difficulté d'attribuer une valeur actuelle à des droits de pension n'est pas, à mon avis, une raison suffisante pour refuser de qualifier les pensions de biens matrimoniaux.

De toute façon, l'évaluation ne paraît pas être un problème insurmontable en l'espèce. Lorsqu'une pension est arrivée à échéance et qu'elle est

sum or on a monthly basis valuation is relatively simple. The payments that had already been made to the respondent since separation were totalled and added to the respondent's asset list for division purposes. The monthly payments of \$564.21 he was currently receiving and would be receiving in the future were also ordered to be divided between the parties. This approach does away with the need to establish the present value of the pension.

I note, however, that there have been a number of scholarly articles which review and criticise the methods courts have sometimes employed in valuing pensions. Their insights may prove helpful when valuation is difficult. For example see: P. Knight, "Splitting and Sharing Pension Assets on Marriage Breakdown" (1985), 14 *Man. L. J.* 419; J. McBean, "The Treatment of Pensions Under the Alberta Matrimonial Property Act: Some Unresolved Issues", in *Payne's Divorce and Family Law Digest* (1986), p. E-25; E. Roche, "Treatment of Pensions upon Marriage Breakdown in Canada: A Comparative Study" (1987), 1 *C.F.L.Q.* 189; J. Patterson, "Determining a Realistically High Value of the Spouse's Interest in the Employee's Pension" (1987), 1 *C.F.L.Q.* 345; M. Pollock, "Division of Pension Rights on Marriage Breakdown in Alberta: A Review of some Proposed Amendments to the Alberta Matrimonial Property Act" (1987), 2 *C.F.L.Q.* 83; J. Marmer, "Valuing Registered Retirement Savings Plans" (1987), 2 *C.F.L.Q.* 97; P. Winokur and S. Eadie, "Current Pension Valuation Issues from an Ontario Perspective" (1988), 3 *C.F.L.Q.* 197; N. Campbell, "Division of Pensions Under the Ontario Family Law Act: A Comment on *Marsham v. Marsham* and *Humphreys v. Humphreys*" (1988), 7 *Can. J. Fam. L.* 79; and A. Bissett-Johnson, "Three Problems of Pensions—An Overview" (1990), 6 *C.F.L.Q.* 137.

Restrictions on Alienation

The Court of Appeal in this case placed great reliance on the legislative prohibitions against alienation in finding that the respondent's pension benefits could not be characterized as matrimonial assets. This prohibition is found in s. 8(6) of the *Canadian Forces Superannuation Act*, as amended by the *Garnishment, Attachment and Pension*

payée au moyen d'une somme forfaitaire ou de versements mensuels, l'évaluation est relativement simple. Les paiements déjà versés à l'intimé depuis la séparation ont été additionnés et ajoutés à la liste des biens de l'intimé aux fins du partage. On a également ordonné que les versements mensuels de 564,21 \$ qu'il recevait et qu'il devrait recevoir à l'avenir soient partagés entre les parties. Cela règle le besoin d'établir la valeur actuelle de la pension.

Toutefois, je remarque qu'un certain nombre d'articles de doctrine ont examiné et critiqué les méthodes que les tribunaux ont quelquefois utilisées pour évaluer les pensions. Leur perspicacité peut être utile lorsque l'évaluation est difficile. Par exemple voir: P. Knight «Splitting and Sharing Pension Assets on Marriage Breakdown» (1985), 14 *Man. L. J.* 419; J. McBean, «The Treatment of Pensions Under the Alberta Matrimonial Property Act: Some Unresolved Issues», in *Payne's Divorce and Family Law Digest* (1986), p. E-25; E. Roche, «Treatment of Pensions upon Marriage Breakdown in Canada: A Comparative Study» (1987), 1 *C.F.L.Q.* 189; J. Patterson, «Determining a Realistically High Value of the Spouse's Interest in the Employee's Pension» (1987), 1 *C.F.L.Q.* 345; M. Pollock, «Division of Pension Rights on Marriage Breakdown in Alberta: A Review of some Proposed Amendments to the Alberta Matrimonial Property Act» (1987), 2 *C.F.L.Q.* 83; J. Marmer, «Valuing Registered Retirement Savings Plans» (1987), 2 *C.F.L.Q.* 97; P. Winokur et S. Eadie, «Current Pension Valuation Issues from an Ontario Perspective» (1988), 3 *C.F.L.Q.* 197; N. Campbell, «Division of Pensions Under the Ontario Family Law Act: A Comment on *Marsham v. Marsham* and *Humphreys v. Humphreys*» (1988), 7 *Can. J. Fam. L.* 79; et A. Bissett-Johnson, «Three Problems of Pensions—An Overview» (1990), 6 *C.F.L.Q.* 137.

Les limites à l'aliénation

La Cour d'appel en l'espèce s'est fortement fondée sur les interdictions législatives contre l'aliénation pour conclure que les prestations de retraite de l'intimé ne pouvaient être qualifiées de biens matrimoniaux. Cette interdiction se trouve au par. 8(6) de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, modifié par la *Loi sur la*

Diversion Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 100, s. 41, and reads:

8. ...

(6) Except as provided by Part II of the *Garnishment, Attachment and Pension Diversion Act*, amounts payable under this Part are not capable of being assigned, charged, attached, anticipated or given as security and any transaction purporting to assign, charge, attach, anticipate or give as security any such amount is void.

The only relevant exception provided for by Part II of the *Garnishment, Attachment and Pension Diversion Act* is s. 22 and it deals with support orders:

22. (1) In this Part,

“financial support order” means, subject to subsection (2), an order or judgment for maintenance, alimony or support (including an order or judgment for arrears of payments) made pursuant to the *Divorce Act* or pursuant to the law of a province relating to family financial support;

In oral argument before this Court the respondent submitted that this restriction on alienation prevents the courts from diverting or attaching periodic pension payments in any manner. By implication, therefore, the pension cannot be matrimonial property. The respondent further submitted that the legislature made it quite clear that the strict prohibition applied to property division since it amended the Act to make a specific exception for maintenance. As I understand the respondent’s submissions, he argues that not only are non-assignable pensions not property, but it is constitutionally beyond the power of the province to deal with pensions that arise out of employment in the federal sphere.

The appellant for her part submits that the restrictions on alienation were never intended to apply in the matrimonial context and are not a bar to characterizing pensions as matrimonial property. In any event, the appellant submits that the type of order made by the trial judge in this case or the type of order where a trust is imposed on the recipient spouse by the court for the benefit of the

saisie-arrêt et la distraction de pensions, S.C. 1980-81-82-83, ch. 100, art. 41 dont voici le texte:

8. ...

(6) Sous réserve des dispositions de la Partie II de la *Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions*, les montants payables en vertu de la présente Partie ne sont pas susceptibles d’être cédés, grevés, saisis, anticipés ou donnés en garantie; est nulle toute opération censée céder, grever, saisir, anticiper ou donner en garantie un tel montant.

La seule exception pertinente que prévoit la Partie II de la *Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions* est l’art. 22, et elle traite des ordonnances de soutien:

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

«ordonnance de soutien financier» Sous réserve du paragraphe (2), ordonnance ou jugement pour pension alimentaire ou soutien financier, y compris les arrérages, rendus en application de la *Loi sur le divorce* ou du droit provincial de la famille en matière de soutien financier de la famille.

Pendant les débats devant notre Cour, l’intimé a soutenu que cette limite à l’aliénation empêche les tribunaux de distraire ou de saisir de quelque manière que ce soit les versements périodiques de pension. Par conséquent, il faut en déduire que la pension ne peut être un bien matrimonial. L’intimé a en outre soutenu que le législateur avait établi assez clairement que l’interdiction stricte s’appliquait au partage des biens puisqu’il avait modifié la Loi pour établir une exception précise pour les ordonnances de soutien. Selon mon interprétation des arguments de l’intimé, il soutient que non seulement les pensions non cessibles ne sont pas des biens, mais que du point de vue constitutionnel une province n’a pas le pouvoir de traiter de pensions qui découlent d’un emploi fédéral.

L’appelante, pour sa part, soutient que les limites à l’aliénation n’ont jamais été destinées à s’appliquer dans le contexte matrimonial et ne constituent pas un obstacle à ce qu’on qualifie les pensions de biens matrimoniaux. De toute façon, l’appelante soutient que le genre d’ordonnance rendu par le juge de première instance en l’espèce ou le genre d’ordonnance où une fiducie est impo-

non-recipient spouse avoids any conflict between the two Acts because the pension administration is not interfered with in those circumstances and the actual pension payments are not being attached.

Again I find myself in agreement with the appellant. In my view, s. 8(6) does not place any concrete legal barriers in the way of a finding that pensions are property and therefore matrimonial assets. The first branch of the respondent's argument, that non-assignable pensions are not property, has already been touched upon. In my opinion, while there may not be a market for such pensions, they have a value to the named recipient (evidenced by the abundance of litigation on the issue) even if they cannot be transferred to others. They do not cease to be assets on that account. Indeed, at common law all choses in action were unassignable but they were nonetheless recognized as property. I agree with the comments of Dea J. in *McAlister* that, if anything, a legislative prohibition against alienation is a recognition of the value of such rights and of their essential nature as "property".

I turn now to the second branch of the respondent's argument, namely that the province may not constitutionally deal with the pension as a matrimonial asset. The reason for this, it is said, is that if the pension is treated as a matrimonial asset and subject to division, a conflict will arise between the *Matrimonial Property Act* and the *Canadian Forces Superannuation Act*. In order to avoid this conflict, the respondent submits, the provincial legislation should be read as not including pensions within its definition of matrimonial assets. I do not agree.

The proper approach to determining questions of paramountcy is stated by Professor Hogg in *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985) at p. 354:

The doctrine of paramountcy applies where there is a federal law and a provincial law which are (1) each valid, and (2) inconsistent . . . [I]t should not be overlooked that the issue [of paramountcy] does not arise

sée au conjoint prestataire par le tribunal à l'avantage du conjoint non prestataire évite tout conflit entre les deux lois parce que l'administration de la pension n'est pas gênée dans ces circonstances et
 a les versements réels de la pension ne sont pas saisis.

Encore une fois, je suis d'accord avec l'appellante. À mon avis, le par. 8(6) n'empêche pas
 b concrètement sur le plan juridique de conclure que les pensions sont des biens et par conséquent des biens matrimoniaux. Le premier volet de l'argument de l'intimé, selon lequel les pensions non cessibles ne sont pas des biens, a déjà été examiné.
 c À mon avis, bien qu'il n'y ait pas de marché pour de telles pensions, elles ont une valeur pour le prestataire désigné (l'abondance de litiges sur cette question en fait foi) même si elles ne peuvent être transférées à d'autres personnes. Elles ne cessent
 d pas d'être des biens en raison de ce fait. En fait, en common law, tous les biens incorporels étaient incessibles mais ont néanmoins été reconnus comme des biens. Je fais miennes les observations
 e du juge Dea dans l'arrêt *McAlister* selon lesquelles l'interdiction législative de l'aliénation constitue à tout le moins une reconnaissance que ces droits ont une valeur et, par leur nature, sont essentiellement des «biens».

f J'examine maintenant le second volet de l'argument de l'intimé, c'est-à-dire que la province ne peut constitutionnellement traiter la pension comme un bien matrimonial. Il justifie cet argument en disant que si la pension est traitée comme
 g un bien matrimonial et assujettie à un partage, la *Matrimonial Property Act* et la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* seront en conflit. L'intimé soutient que, pour éviter ce conflit,
 h la loi provinciale devrait être interprétée comme n'incluant pas les pensions dans sa définition de biens matrimoniaux. Je ne suis pas d'accord.

i Le professeur Hogg a énoncé la bonne méthode pour trancher les questions de prépondérance dans son ouvrage *Constitutional Law of Canada* (2^e éd. 1985) à la p. 354:

[TRADUCTION] La doctrine de la prépondérance s'applique lorsqu'il y a une loi fédérale et une loi provinciale qui sont toutes les deux valides et toutes deux incompatibles. [. . .] Il ne faut pas oublier que la question [de la

unless each law has first been held to be valid as an independent enactment.

Once independent validity and inconsistency are established, the doctrine of paramountcy is invoked. The effect of that doctrine is stated by Professor Hogg at p. 367 to be as follows:

Once it has been determined that a federal law is inconsistent with a provincial law, the doctrine of federal paramountcy stipulates that the provincial law must yield to the federal law. The most usual and most accurate way of describing the effect on the provincial law is to say that it is rendered inoperative to the extent of the inconsistency. Notice that the paramountcy doctrine applies only to the extent of the inconsistency. The doctrine will not affect the operation of those parts of the provincial law which are not inconsistent with the federal law, unless of course the inconsistent parts are inseparably linked up with the consistent parts.

There is no doubt in my mind that Professor Hogg has accurately described the process of determining paramountcy questions. Indeed, this Court has recently had occasion to apply the doctrine of paramountcy in *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121. There, La Forest J., writing for the Court, indicated that an otherwise valid provincial law will be held inoperative only to the extent that it conflicts with a valid federal law. I note at this point that there is a flaw in the respondent's argument. A finding of paramountcy does not preclude this Court from determining that pensions are property and therefore matrimonial assets. At most, the invocation of the doctrine of paramountcy will result in the provincial law being rendered inoperative to the extent of its inconsistency with federal law. The question remains, therefore, whether such a conflict exists between the legislation at issue.

There is no doubt that the legislature of Nova Scotia has jurisdiction over matters of family property: *Derrickson v. Derrickson*, [1986] 1 S.C.R. 285. Sections 4 and 13(1) of the *Matrimonial Property Act* are *intra vires* the province. Nor was it argued that Parliament was without jurisdiction to enact s. 8(6) of the *Canadian Forces Superan-*

prépondérance] ne se pose pas tant que chaque loi n'a pas été jugée valide à titre de texte législatif indépendant.

Lorsque la validité et l'incompatibilité ont été établies de façon indépendante, la doctrine de la prépondérance est invoquée. Le professeur Hogg définit l'effet de cette doctrine de la manière suivante à la p. 367:

[TRADUCTION] Lorsque l'incompatibilité a été établie entre une loi fédérale et une loi provinciale, la doctrine de la prépondérance fédérale prévoit que la loi provinciale doit céder devant la loi fédérale. La manière la plus habituelle et la plus précise pour décrire l'effet sur la loi provinciale est de dire qu'elle devient inopérante dans la mesure de l'incompatibilité. La doctrine de la prépondérance s'applique uniquement dans la mesure de l'incompatibilité. La doctrine n'aura pas d'effet sur les parties de la loi provinciale qui ne sont pas incompatibles avec la loi fédérale, à moins, évidemment, que les parties incompatibles soient liées de façon inséparable aux parties compatibles.

Je ne doute pas que le professeur Hogg a décrit avec précision la manière de trancher les questions de prépondérance. En fait, notre Cour a récemment eu l'occasion d'appliquer la théorie de la prépondérance dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121. Dans cet arrêt, le juge La Forest, au nom de la Cour, a indiqué qu'une loi provinciale par ailleurs valide sera jugée inopérante seulement dans la mesure où elle est en conflit avec une loi fédérale valide. Je souligne à ce stade-ci que l'argumentation de l'intimé comporte une faille. Une conclusion de prépondérance n'empêche pas notre Cour de décider que les pensions sont des biens et par conséquent des biens matrimoniaux. Tout au plus, le fait d'invoquer la théorie de la prépondérance rendra inopérante la loi provinciale dans la mesure de son incompatibilité avec la loi fédérale. Par conséquent, demeure la question de savoir s'il existe un tel conflit avec la loi visée.

Il n'y a aucun doute que l'assemblée législative de la Nouvelle-Écosse est compétente en matière de patrimoine familial: *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285. L'article 4 et l'al. 13(1) de la *Matrimonial Property Act* sont *intra vires* de la province. On n'a pas soutenu non plus que le Parlement n'avait pas compétence pour adopter le

nuation Act and I am of the view that Parliament did indeed have such jurisdiction.

Having found that both Parliament and the Nova Scotia legislature were acting within the confines of their respective jurisdictions in enacting the provisions under review, the question becomes whether by virtue of the operation of the doctrine of paramountcy the federal provision should prevail. The test to be used in determining whether a conflict exists between the provisions was identified by Dickson J. (as he then was) in *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 191:

In principle, there would seem to be no good reasons to speak of paramountcy and preclusion except where there is actual conflict in operation as where one enactment says "yes" and the other says "no"; "the same citizens are being told to do inconsistent things"; compliance with one is defiance of the other.

In that case, this Court found that no inconsistency or conflict existed where both the federal and provincial legislatures had enacted substantially similar measures dealing with the problem of insider trading.

Is there conflict between a provision prohibiting the attachment of pension payments and a provision including such payments as property subject to division between the spouses? If such payments are matrimonial assets is the judge being told to do inconsistent things—to protect the payments against attachment for the benefit of the pension recipient and to deprive him of part of the payments for the benefit of his or her spouse? Would compliance with the *Matrimonial Property Act* involve defiance of the *Canadian Forces Superannuation Act*? If the answer to these questions is yes, then there is conflict under the test in *Multiple Access Ltd.* and the provincial legislation would be inoperative to the extent of the inconsistency.

The appellant submits that the answer to these questions is no. She submits first and foremost that the restrictions on alienation were never intended to apply in the matrimonial context because, in the case of a married recipient, the pension was intended to provide security for the recipient's

par. 8(6) de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* et je suis d'avis que le Parlement avait en fait cette compétence.

^a Comme le Parlement et l'assemblée législative de la Nouvelle-Écosse ont agi dans le cadre de leurs compétences respectives en adoptant les dispositions visées, il faut se demander maintenant si, en vertu de l'application de la théorie de la prépondérance, la disposition fédérale devrait prévaloir. Le critère à utiliser pour déterminer s'il existe un conflit entre les dispositions a été défini par le juge Dickson (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, à la p. 191:

^b En principe, il ne semble y avoir aucune raison valable de parler de prépondérance et d'exclusion sauf lorsqu'il y a un conflit véritable, comme lorsqu'une loi dit «oui» et que l'autre dit «non»; «on demande aux mêmes citoyens d'accomplir des actes incompatibles»; l'observance de l'une entraîne l'inobservance de l'autre.

^c Dans cet arrêt, la Cour a conclu qu'il n'y avait pas d'incompatibilité ni de conflit quand les législateurs fédéral et provincial avaient adopté des mesures très semblables pour traiter du problème des délits d'initiés.

^d Y a-t-il un conflit entre une disposition qui interdit la saisie de paiements de pension et une disposition qui inclut ces paiements dans les biens assujettis au partage entre les conjoints? Si ces paiements sont des biens matrimoniaux, est-ce qu'on dit au juge d'accomplir des actes incompatibles—de protéger les paiements contre la saisie, à l'avantage du prestataire de la pension, et de priver celui-ci d'une partie des paiements, à l'avantage de son conjoint? Le respect de la *Matrimonial Property Act* entraînerait-il l'inobservation de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*? Si l'on répond par l'affirmative à ces questions, alors il y a conflit aux termes du critère formulé dans l'arrêt *Multiple Access Ltd.* et la loi provinciale sera inopérante dans la mesure de l'incompatibilité.

^e L'appelante soutient qu'il convient de répondre à ces questions par la négative. Elle soutient tout d'abord que les limites à l'aliénation n'ont jamais été destinées à s'appliquer dans le contexte matrimonial parce que, dans le cas d'un prestataire marié, la pension doit assurer une sécurité au

spouse as well as for the recipient following the recipient's retirement. Indeed, she submits, in many cases the recipient's spouse will have earned an interest in the pension during the period of the marriage by her contribution to it. It cannot have been the intention of Parliament to foreclose the spouse from earning such an interest or from receiving the benefit of it when the marriage comes to an end.

I believe that support for this submission of the appellant is to be found in s. 22(1) of the *Garnishment, Attachment and Pension Diversion Act*. That section provides the only legislative exception to the prohibition against attachment, etc. It provides that where a court has ordered support or maintenance in favour of a non-recipient spouse, pension benefits may be diverted so that such an order may be adequately enforced. It seems to me that by specifically providing a mechanism by which such orders could be enforced against a pension, Parliament has unequivocally demonstrated an intention to ensure that the financial needs of a recipient's family were not adversely affected by the prohibition in s. 8(6).

Moreover, while it was necessary for Parliament to enact such provision for the protection of non-recipient spouses in respect of orders for support or maintenance, it was not necessary for it to add anything with respect to orders for the division of matrimonial property. I say this for three reasons which relate directly to the absence of operational conflict between the federal and provincial Acts.

The first is that the language of s. 8(6) does not capture what is done when a division of assets is ordered by a court. The section specifically lists the prohibited acts. It does not include asset division by a court pursuant to matrimonial property legislation.

Second, it is clear that when a court does order a division of assets, equal or otherwise, it is not necessarily dealing with the assets *in specie*. The process of ordering a division of assets is in the

conjoint du prestataire comme au prestataire lui-même, après sa retraite. En fait, elle soutient, que souvent le conjoint du prestataire aura mérité un intérêt dans la pension pendant la période du mariage en raison de sa contribution à celle-ci. Le législateur ne peut avoir eu l'intention d'empêcher le conjoint d'obtenir un tel intérêt ou de recevoir la prestation qui en découle à la dissolution du mariage.

Je suis d'avis que cet argument de l'appelante est appuyé par le par. 22(1) de la *Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions*. Cet article prévoit la seule exception législative à l'interdiction contre la saisie, etc. Il prévoit que lorsqu'un tribunal a ordonné le paiement d'une pension alimentaire ou d'un soutien financier en faveur du conjoint qui n'est pas prestataire, les prestations de retraite peuvent être détournées de manière qu'une telle ordonnance puisse être exécutée de façon adéquate. Il me semble qu'en prévoyant précisément un mécanisme en vertu duquel ces ordonnances pourraient être exécutées contre une pension, le législateur a, de façon évidente, démontré l'intention de faire en sorte que l'interdiction du par. 8(6) n'ait pas d'effet néfaste sur les besoins financiers de la famille du prestataire.

En outre, s'il était nécessaire que le législateur adopte une telle disposition pour la protection des conjoints non-prestataires en matière d'ordonnances de pension alimentaire ou de soutien financier, il n'était pas nécessaire qu'il ajoute une autre disposition à l'égard des ordonnances relatives au partage du patrimoine familial. J'ajoute cette précision pour trois motifs qui se rapportent directement à l'absence de conflit d'application entre les lois fédérales et provinciales.

Premièrement, le texte du par. 8(6) ne vise pas ce qui se produit dans le cas du partage de biens ordonné par un tribunal. L'article énumère précisément les actes qui sont interdits. Il ne comprend pas le partage d'un bien par un tribunal en application d'une loi sur le patrimoine familial.

Deuxièmement, il est clair que lorsqu'un tribunal ordonne le partage des biens, à parts égales ou autrement, il ne traite pas nécessairement des biens eux-mêmes. Le processus de l'ordonnance de

nature of an accounting. The court does not order that the pension be divided, but rather that each partner to the marriage should share in the value of the assets accumulated during the union. As Cory J. remarked in *Rawluk v. Rawluk*, [1990] 1 S.C.R. 70, at p. 92:

The distinction between a share in ownership and a share in property value through an equalizing transfer of money is more than an exercise in judicial formalism. This distinction . . . reflects conceptual and practical differences between ownership and equalization. Ownership encompasses far more than a mere share in the value of property. It includes additional legal rights, elements of control and increased legal responsibilities. In addition, it may well provide psychological benefits derived from pride of ownership. Where the property at issue is one to which only one spouse has contributed, it is appropriate that the other spouse receive only an equalizing transfer of money.

When faced with possible restrictions on the transfer of a pension to a third party, several courts have attempted to avoid any conflict by imposing a trust in favour of the non-recipient spouse upon the benefits of the pension in the hands of the named recipient. The imposition of a trust as opposed to a court order for payment is more advantageous to the non-recipient spouse for enforcement purposes and ensures that the named recipient does not prejudice his or her partner's interest. This method of distribution was employed in *George, supra*, under a legislative scheme which did not specify that pensions were matrimonial assets and also in *Rutherford* where the relevant Act specified that pensions were family assets. Appellate courts accepted the propriety of the trust approach in both *Herchuk* and *Hierlihy, supra*.

In *Rutherford*, even although the relevant legislation specified that pensions were family assets, Mr. Rutherford argued that the non-vested pension could not be dealt with as a family asset and that Mrs. Rutherford was not entitled to any interest in it. Bouck J. at trial found the pension to be a family asset and gave Mrs. Rutherford an

partage des biens relève de la nature d'une reddition de comptes. Le tribunal n'ordonne pas que la pension soit partagée, mais plutôt que chaque partenaire dans le mariage partage la valeur des biens accumulés au cours de leur union. Comme le juge Cory l'a fait remarquer dans l'arrêt *Rawluk c. Rawluk*, [1990] 1 R.C.S. 70, à la p. 92:

La distinction entre une part dans la propriété et une part dans la valeur du bien au moyen d'un transfert d'argent par égalisation est plus qu'un exercice de formalisme judiciaire. La distinction [. . .] dénote des différences conceptuelles et pratiques entre le droit de propriété et l'égalisation. Le droit de propriété comprend beaucoup plus qu'une simple part dans la valeur du bien. Il comprend d'autres droits, des éléments de contrôle et des obligations juridiques plus importantes. En outre, il peut procurer des avantages psychologiques qui découlent de la fierté d'être propriétaire. Lorsque le bien en cause est un bien auquel un seul conjoint a contribué, il est juste que l'autre conjoint reçoive uniquement la somme provenant de l'égalisation.

Devant la possibilité de limites relatives au transfert d'une pension à un tiers, plusieurs tribunaux ont tenté d'éviter tout conflit en imposant une fiducie en faveur du conjoint qui n'est pas prestataire sur les prestations de retraite entre les mains du prestataire désigné. L'imposition d'une fiducie par opposition à une ordonnance de paiement du tribunal est plus avantageuse pour le conjoint qui n'est pas prestataire à des fins d'exécution et garantit que le prestataire désigné ne cause pas un préjudice à l'intérêt de son partenaire. Cette méthode de partage a été utilisée dans l'arrêt *George*, précité, aux termes d'un régime législatif qui ne précisait pas que les pensions étaient des biens matrimoniaux ainsi que dans l'arrêt *Rutherford* dans lequel la loi pertinente précisait que les pensions étaient des biens familiaux. Les cours d'appel ont admis l'opportunité de la méthode fiduciaire dans les arrêts *Herchuk* et *Hierlihy*, précités.

Dans l'affaire *Rutherford*, même si la loi pertinente précisait que les pensions étaient des biens familiaux, M. Rutherford soutenait que la pension non échue ne pouvait être traitée comme un bien familial et que M^{me} Rutherford n'avait aucun intérêt dans celle-ci. Le juge Bouck a conclu à l'audience que la pension était un bien familial et a

undivided one-half interest as tenant in common to be calculated as of the date of separation. Mr. Rutherford appealed and Mrs. Rutherford cross-appealed, submitting that Bouck J. should have ordered the superannuation commissioner to divide the pension benefits and deal with her separately. The Court of Appeal dismissed Mr. Rutherford's appeal and, while it refused to make an order directly against the pension commissioner, it did declare Mr. Rutherford to be a trustee of Mrs. Rutherford's proportionate share. In dismissing Mr. Rutherford's claim that the pension was not a family asset due to the *Public Service Superannuation Act*, R.S.B.C. 1960, c. 57, Seaton J.A. stated at p. 342:

The appellant bases arguments on the pension legislation to support the position that this pension plan is not capable of being a family asset. It is said the Public Service Superannuation Act should prevail, that the Family Relations Act must not be permitted to amend the pension legislation, that the general statute (the family relations legislation) must yield to the special (the pension legislation), that the earlier legislation should not be defeated by later legislation enacted for an unrelated purpose, and that the pension legislation should not be deemed to be amended by inference. In my view, none of those propositions is valid. Neither Act need yield in its own sphere. As between Mr. Rutherford, the superannuation commissioner and the government, the pension legislation prevails; as between Mr. and Mrs. Rutherford, the family relation legislation prevails.

The Manitoba Court of Appeal in *George* likewise declared that Mrs. George was entitled to an interest in any benefits payable to her husband in the future and stated that there should be a declaration of trust similar to that made in *Rutherford*. There is judicial authority in British Columbia also for the imposition of a trust on pension benefits presently being paid pursuant to the *Canadian Forces Superannuation Act*: see *Rafferty v. Rafferty* (1984), 39 R.F.L. (2d) 374 (B.C.S.C.).

accordé à M^{me} Rutherford un intérêt indivis de moitié à titre de copropriétaire, calculé à la date de la séparation. Monsieur Rutherford a interjeté appel et M^{me} Rutherford a formé un appel incident, soutenant que le juge Bouck aurait dû ordonner au commissaire des pensions de retraite de partager les prestations de retraite et de traiter avec elle séparément. La Cour d'appel a rejeté l'appel de M. Rutherford et, bien qu'elle ait refusé de rendre une ordonnance directement contre le commissaire des pensions de retraite, elle a déclaré que M. Rutherford était le fiduciaire de la part proportionnelle de M^{me} Rutherford. En rejetant l'argument de M. Rutherford selon lequel la pension n'était pas un bien familial en raison de la *Public Service Superannuation Act*, R.S.B.C. 1960, ch. 57, le juge Seaton a dit à la p. 342:

[TRADUCTION] L'appellant fonde ses arguments sur la loi relative aux pensions de retraite pour appuyer la position selon laquelle son régime de retraite ne peut constituer un bien familial. On soutient que la Public Service Superannuation Act devrait prévaloir, que la Family Relations Act ne devrait pas modifier la loi en matière de pension de retraite, que la loi générale (la loi sur les rapports familiaux) doit céder devant la loi spéciale (la loi sur les pensions de retraite), que la loi précédente ne devrait pas être mise en échec par une loi subséquente adoptée dans un but différent et que la loi sur les pensions de retraite ne devrait pas être présumée avoir été modifiée par déduction. À mon avis, aucun de ces arguments n'est valide. Aucune loi ne doit céder dans son propre domaine d'application. Entre M. Rutherford, le commissaire des pensions de retraite et le gouvernement, la loi sur les pensions de retraite doit avoir préséance; entre M. et M^{me} Rutherford, la loi en matière de droit familial doit s'appliquer.

De même la Cour d'appel du Manitoba dans l'arrêt *George* a déclaré que M^{me} George avait un intérêt dans toute prestation payable à son mari à l'avenir et a dit qu'il devait y avoir un jugement déclarant l'existence d'une fiducie, semblable à l'arrêt *Rutherford*. La jurisprudence de la Colombie-Britannique appuie également l'imposition d'une fiducie aux prestations de retraite qui sont actuellement versées en application de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*: voir *Rafferty v. Rafferty* (1984), 39 R.F.L. (2d) 374 (C.S.C.-B.).

In my view the courts have been overly cautious on this issue. The imposition of a trust is not in my opinion necessary to avoid conflict with the federal legislation for the reasons I have already given. As a remedy, however, it may prove to be the most effective way of ensuring that a non-recipient spouse's interest in the value of the pension is protected.

Third, to the extent that a court may in fact deal with the pension *in specie*, it may only do so when the non-recipient spouse has acquired a beneficial interest in it. Prior to the enactment of the various statutory regimes family assets were dealt with at common law on the basis of the doctrine of the presumption of advancement and the equitable doctrines of resulting and constructive trusts. These doctrines proved inadequate in redressing many of the inequities that arose in the context of family property. The provincial legislatures responded by enacting various statutory schemes to remedy the problem. A typical feature of these schemes is the deeming of most property items to be matrimonial assets. With the exception of some statutorily excluded items the value of real and personal property has been decreed to be subject to equal sharing by both spouses.

For all of the above reasons I find that no conflict exists between the federal and provincial legislation within the meaning of *Multiple Access Ltd.* Neither the order made in this case nor the imposition of a trust results, in my view, in conflict for the reasons given by Seaton J.A. No attempt is being made to alienate the pension *qua* pension. The recipient spouse is simply required to pay a certain amount to the non-recipient spouse each month after maturation of the pension.

One final issue must be addressed, namely the propriety of the trial judge's order on the facts of this case.

Method of Division

Courts, generally speaking, employ two methods of dividing pensions. The first is to award lump sum compensation to the non-recipient spouse

À mon avis, les tribunaux ont été trop prudents à l'égard de cette question. L'imposition d'une fiducie n'est pas nécessaire à mon avis pour éviter un conflit avec la loi fédérale, pour les motifs que j'ai mentionnés précédemment. Toutefois, à titre de réparation, c'est peut-être la manière la plus efficace de protéger l'intérêt d'un conjoint non prestataire dans la valeur de la pension.

Troisièmement, dans la mesure où un tribunal peut en fait traiter de la pension en soi, il ne peut le faire que lorsque le conjoint qui n'est pas prestataire a acquis un intérêt à titre de bénéficiaire dans la pension. Avant l'adoption des divers régimes législatifs, les biens familiaux étaient traités en common law sur le fondement de la doctrine de la présomption de libéralité et des doctrines d'*equity* des fiducies par déduction et par interprétation. Ces doctrines se sont montrées inadéquates pour remédier au grand nombre d'inégalités qui survenaient dans le contexte du patrimoine familial. Les assemblées législatives provinciales ont répondu par l'adoption de divers régimes législatifs pour remédier au problème. Une caractéristique typique de ces régimes est la présomption que la plupart des biens sont des biens matrimoniaux. À l'exception de certains biens exclus aux termes de la loi, la valeur des biens réels et personnels a été décrétée assujettie au partage égal entre les deux conjoints.

Pour tous les motifs qui précèdent, je conclus qu'il n'y a aucun conflit entre la loi fédérale et la loi provinciale au sens de l'arrêt *Multiple Access Ltd.* Ni l'ordonnance rendue en l'espèce, ni l'imposition d'une fiducie n'entraîne de conflit, à mon avis, pour les motifs donnés par le juge Seaton. On ne tente pas d'aliéner la pension en tant que pension. Le conjoint prestataire est simplement tenu de verser chaque mois un certain montant au conjoint qui n'est pas prestataire à l'échéance de la pension.

Il convient d'examiner une dernière question, c'est-à-dire la justesse de l'ordonnance du juge de première instance d'après les faits de l'espèce.

La méthode de partage

De façon générale, les tribunaux utilisent deux méthodes pour partager les pensions. La première consiste à accorder une indemnisation forfaitaire

either by way of a money payment or a transfer of assets. The second is to preserve the jurisdiction of the court until the pension matures either by ordering periodic payments to be made to the non-recipient spouse or impressing the pension with a trust. When selecting the appropriate method of distribution it is important to bear in mind that the primary goal of the legislation is to effect the adjustment of property in an equitable manner. Of equal importance in some cases is the desire to sever the financial ties between the parties. These two goals may occasionally come into conflict. A fair distribution in some cases may require the parties to wait until the pension matures before it is subject to division. This will necessitate a continuing financial association between the parties. Capitalizing the pension for an immediate accounting may succeed in severing the financial ties between the parties but result in hardship to one of them if, for example, there are no other substantial assets to be divided. The preferable result in any given case will obviously depend upon a number of factors and it is my view that appellate courts should not lightly interfere with the discretion of the trial judge in this regard.

In this case the trial judge included in the respondent's list of matrimonial assets the pension benefits he had already received and took their value into account when equalizing the matrimonial property. He also ordered that one-half of the value of future pension payments be paid to Mrs. Clarke on a continuing basis. No evidence was adduced at trial as to the capitalized value of the pension but this would only have been necessary had the trial judge concluded that the facts warranted an immediate valuation and accounting. I see no reason to interfere with the findings of the trial judge. His order reflects the spirit and intent of the legislation and, even although it does not result in a "clean break" between the parties, it enables both of them to enjoy the benefits of the pension as and when they fall due.

au conjoint qui n'est pas prestataire soit par le paiement d'une somme d'argent soit par le transfert de biens. La seconde consiste à conserver la compétence du tribunal jusqu'à l'échéance de la pension soit en ordonnant des versements périodiques au conjoint qui n'est pas prestataire soit en imposant une fiducie à la pension. Pour choisir la méthode de partage appropriée, il convient de se rappeler que le but principal de la loi est de répartir les biens d'une manière équitable. Dans certains cas il est également important de rompre les liens financiers entre les parties. À l'occasion, ces deux buts peuvent être en conflit. Dans certains cas afin d'obtenir un partage équitable, il faut que les parties attendent l'échéance de la pension pour qu'elle soit assujettie au partage. Dans ce cas, les liens financiers continuent entre les parties. La capitalisation de la pension dans le but d'obtenir une reddition de comptes immédiate peut réussir à rompre les liens financiers entre les parties mais peut causer un préjudice à l'une d'elles si, par exemple, il n'y a aucun autre bien important à partager. Dans tous les cas, le résultat préférable dépendra évidemment d'un certain nombre de facteurs et je suis d'avis que les tribunaux d'appel ne doivent pas intervenir à la légère dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance à cet égard.

En l'espèce, le juge de première instance a inscrit dans la liste des biens matrimoniaux de l'intimé les prestations de retraite qu'il avait déjà reçues et a tenu compte de leur valeur lorsqu'il a réparti également le patrimoine familial. Il a également ordonné que la moitié de la valeur des paiements de pension à venir soit versée à M^{me} Clarke d'une manière continue. Aucun élément de preuve n'a été présenté à l'audience relativement à la valeur capitalisée de la pension mais cela n'aurait été nécessaire que si le juge de première instance avait conclu que les faits exigeaient une évaluation immédiate et une reddition de comptes. Je ne vois aucune raison de modifier les conclusions du juge de première instance. Son ordonnance reflète l'esprit et l'intention du législateur et même si elle n'entraîne pas une «nette rupture» entre les parties, elle leur permet de profiter des prestations de la pension lorsqu'elles sont versées.

In view of my conclusion on the first issue it is not necessary for me to address the appellant's alternative argument, namely that compensation should be granted by way of an unequal division of matrimonial assets. I do, however, find it surprising that the Court of Appeal did not address that issue once it concluded that the pension was not a matrimonial asset. I have already addressed the appellant's third issue.

5. Disposition

I would allow the appeal and restore the decision of the trial judge. I would award the costs of the application for leave to appeal, the costs of the appeal to this Court and the costs in the Court of Appeal to the appellant.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: Bruce Errol McKay, Thunder Bay.

Solicitors for the respondent: Waterbury, Newton & Johnson, Kentville, Nova Scotia.

Compte tenu de mes conclusions à l'égard de la première question, il n'est pas nécessaire que j'examine l'autre argument de l'appelante, concernant l'indemnisation par le partage inégal des biens matrimoniaux. Toutefois, je trouve surprenant que la Cour d'appel n'ait pas examiné cette question lorsqu'elle a conclu que la pension ne constituait pas un bien matrimonial. J'ai déjà examiné la troisième question de l'appelante.

5. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la décision du juge de première instance. Je suis d'avis d'adjuger à l'appelante les dépens de la demande d'autorisation de pourvoi et du pourvoi devant notre Cour ainsi que les dépens devant la Cour d'appel.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelante: Bruce Errol McKay, Thunder Bay.

Procureurs de l'intimé: Waterbury, Newton & Johnson, Kentville, Nouvelle-Écosse.

National Battlefields Commission *Appellant*

v.

Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec *Respondent*

and

Attorney General of Quebec *Intervener*

INDEXED AS: COMMISSION DE TRANSPORT DE LA COMMUNAUTÉ URBAINE DE QUÉBEC V. CANADA (NATIONAL BATTLEFIELDS COMMISSION)

File No.: 20941.

1990: January 22; 1990: October 4.

Present: Chief Justice Lamer* and Wilson, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Applicability of provincial statute — Transportation — Sightseeing service offered by federal commission on park territory administered by it — Carrier hired by commission not holding transport permit required by provincial transport legislation — Whether provincial legislation applies to federal commission, to its sightseeing transportation service or to carrier — Transport Act, R.S.Q., c. T-12, ss. 3, 4, 4.1, 5, 5.1, 32, 36, 40, 43 — Bus Transport Regulation, (1987) 119 G.O. II 24, ss. 1, 12, 17, 21, 30, 31 — Government Property Traffic Act, R.S.C., 1985, c. G-6 — Government Property Traffic Regulations, C.R.C. 1978, c. 887, ss. 3, 5, 6 — Act respecting the National Battlefields at Quebec, S.C. 1908, c. 57.

Appellant Commission provides the public with a guided bus transportation service free of charge in the Québec National Battlefields Park administered by it under its enabling Act. Over the years, with only one exception when the work was given to respondent Commission, appellant has always contracted with businesses which did not hold the transport permit required by the Quebec *Transport Act*, which the Commission des transports du Québec is partly responsible for administering, including the issuing of permits. Respondent filed a motion for a declaratory judgment in the Superior

* Chief Justice at the time of judgment.

Commission des champs de bataille nationaux *Appelante*

c.

a Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec *Intimée*

et

b Procureur général du Québec *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: COMMISSION DE TRANSPORT DE LA COMMUNAUTÉ URBAINE DE QUÉBEC c. CANADA (COMMISSION DES CHAMPS DE BATAILLE NATIONAUX)

c N° du greffe: 20941.

1990: 22 janvier; 1990: 4 octobre.

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

d EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Applicabilité d'une loi provinciale — Transport — Service de transport touristique offert par une commission fédérale sur le territoire du parc qu'elle administre — Transporteur engagé par la commission ne détenant pas le permis de transport requis par la loi provinciale sur les transports — La loi provinciale s'applique-t-elle à la commission fédérale, à son service de transport touristique ou au transporteur? — Loi sur les transports, L.R.Q., ch. T-12, art. 3, 4, 4.1, 5, 5.1, 32, 36, 40, 43 — Règlement sur le transport par autobus, (1987) 119 G.O. II 24, art. 1, 12, 17, 21, 30, 31 — Loi relative à la circulation sur les terrains de l'État, L.R.C. (1985), ch. G-6 — Règlement relatif à la circulation sur les terrains du gouvernement, C.R.C. 1978, ch. 887, art. 3, 5, 6 — Loi concernant les champs de bataille nationaux de Québec, S.C. 1908, ch. 57.

h La Commission appelante fournit gratuitement au public un service de transport par autobus, avec guide, sur le territoire du Parc des champs de bataille nationaux de Québec qu'elle administre en vertu de sa loi constitutive. Au cours des années, à une exception près où le travail a été confié à la Commission intimée, l'appelante a toujours contracté avec des entreprises ne détenant pas le permis de transport requis par la *Loi sur les transports* du Québec dont l'administration, y compris la délivrance des permis, est en partie confiée à la Commission des transports du Québec. L'intimée a

* Juge en chef à la date du jugement.

Court, asking the court to declare that appellant may only offer the public a transport service in the territory administered by it through a holder of a transport permit issued pursuant to the Quebec *Transport Act*. The Superior Court dismissed the motion but this judgment was reversed by the Court of Appeal. This appeal is to determine whether the *Transport Act* and the Regulations adopted thereunder are applicable, in whole or in part, to the sightseeing transportation service offered by appellant.

Held: The appeal should be allowed.

Appellant could not be required to obtain a permit under the Quebec *Transport Act* if it decided to provide the sightseeing transportation service itself. Under s. 36 of the Act, no one is required to obtain a permit in order to provide a service free of charge.

Works, undertakings, services, things or persons which fall under federal jurisdiction are still subject to provincial statutes that are general in their application, provided however that the application of these provincial laws does not bear upon those subjects in what makes them specifically of federal jurisdiction. It is the fundamental federal responsibility for a thing or person that determines its specifically federal aspects, those which form an integral part of the exclusive federal jurisdiction over that thing or person. In the case of a federal service, its specific nature is affected if the provincial statute touches on a vital or essential aspect of its establishment, management or operation. In the present case, the permit system established by the Quebec *Transport Act* and governed by the *Bus Transport Regulation* is constitutionally inapplicable to the sightseeing transport service provided by appellant. Establishing this transport service in the territory of the park administered by it is an integral part of the mandate conferred on appellant by its enabling Act. Since the validity of this Act is not in dispute, federal jurisdiction over this service must be taken as established. Analysis of the provincial legislative provisions regarding the obtaining of a permit demonstrates the massive and intrusive impact they undeniably have on the vital and essential aspects of the federal service. The consequence of applying these provisions to the transportation service offered by appellant would be to make the setting up, substance and maintenance of the federal transport service subject to the largely discretionary control of the Commission des transports du Québec and the provincial government, when these aspects are within exclusive federal jurisdiction. The permit system created by the provincial legislation, taken as a whole, therefore cannot

déposé une requête pour jugement déclaratoire en Cour supérieure demandant à la cour de déclarer que l'appelante ne peut offrir au public un service de transport sur le territoire qu'elle administre que par l'intermédiaire d'un détenteur de permis de transport émis en vertu de la *Loi sur les transports* du Québec. La Cour supérieure a rejeté la requête mais ce jugement a été infirmé par la Cour d'appel. Le présent pourvoi vise à déterminer si la *Loi sur les transports* et la réglementation adoptée sous son autorité sont applicables, en entier ou en partie, au service de transport touristique offert par l'appelante.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

L'appelante ne saurait être soumise à l'obtention d'un permis en vertu de la *Loi sur les transports* du Québec si elle décidait de dispenser elle-même le service de transport touristique. Aux termes de l'art. 36 de cette loi, nul n'est tenu d'obtenir un permis pour offrir un service sans rémunération.

Les ouvrages, entreprises, services, choses ou personnes qui tombent sous l'empire de la compétence fédérale demeurent assujettis aux lois provinciales d'application générale pourvu toutefois que cet assujettissement n'ait pas pour conséquence que ces lois les atteignent dans ce qui constitue justement leur spécificité fédérale. C'est la responsabilité fédérale fondamentale à l'égard d'une chose ou d'une personne qui détermine ses dimensions spécifiquement fédérales, celles qui font partie intégrante de la compétence fédérale exclusive sur cette chose ou cette personne. Lorsqu'il s'agit d'un service fédéral, sa spécificité est atteinte si la loi provinciale touche un élément vital ou essentiel de sa mise en place, de sa gestion ou de son exploitation. En l'espèce, le système de permis instauré par la *Loi sur les transports* du Québec et régi par le *Règlement sur le transport par autobus* est constitutionnellement inapplicable au service de transport touristique offert par l'appelante. L'établissement de ce service de transport sur le territoire du parc qu'elle administre fait partie intégrante du mandat confié à l'appelante par sa loi constitutive. Puisque la validité de cette loi n'est pas contestée, la compétence fédérale sur ce service doit donc être tenu pour avérée. L'analyse des dispositions législatives provinciales relatives à l'obtention d'un permis révèle l'impact massif et envahissant qu'elles ont indéniablement sur les éléments vitaux et essentiels du service fédéral. En effet, l'application de ces dispositions au service de transport offert par l'appelante aurait pour conséquence de soumettre la mise en place, la substance et le maintien du service fédéral de transport au contrôle largement discrétionnaire de la Commission des transports du Québec et du gouvernement provincial, alors que ces aspects sont de compétence fédérale exclusive. Le sys-

be applied to appellant. However, the federal service is not necessarily exempt from the application of provincial legislation dealing with safety in the transport industry, which is secured in the *Transport Act* by a separate mechanism from the permit system. The provisions dealing with safety are generally such that they rarely affect the vital or essential aspects of a service or undertaking.

Parliament has not incorporated by reference the provincial provisions on obtaining a transport permit through the *Government Property Traffic Act* and the *Government Property Traffic Regulations*. Under the federal legislation, the operation of a vehicle is prohibited on federal land "otherwise than in accordance with the laws of the province". However, the federal legislation applies only to the driver of the vehicle. Under the provincial legislation, the transport permit is legally required of the carrier or owner to operate the service, not of the driver to drive or operate the vehicle. There is thus no direct connection between the duty to obtain a transport permit and the driver or vehicle to which the federal regulations refer.

The doctrine of federal paramountcy, according to which federal legislation can render provincial legislation that is inconsistent with it inoperative, is inapplicable in this case since it has not been shown that there is any conflict between the federal and provincial statutes.

The carrier providing the transport service offered by appellant benefits from the immunity from application enjoyed by the service. The concept of constitutional inapplicability relates here to the federal service, certain vital aspects of which would be affected by the application of the provincial provisions. The status of the person providing this service is not relevant for this purpose: the permit system is simply not applicable to the service. However, the carrier is not absolutely exempt from the permit system administered by the Commission des transports du Québec. It covers him with regard to activities he may carry on outside the limits of the service he provides appellant.

Cases Cited

Referred to: *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *Cardinal v. Attorney General of Alberta*, [1974] S.C.R. 695; *Toronto Elec-*

tème de permis établi par la législation provinciale, envisagé globalement, ne saurait donc s'appliquer à l'appelante. Cependant le service fédéral n'est pas nécessairement exempté de l'application des dispositions législatives provinciales portant sur la sécurité dans le domaine du transport, dont le respect se trouve assuré dans la *Loi sur les transports* par un mécanisme distinct du système de permis. Les dispositions portant sur la sécurité sont généralement d'une nature telle qu'elles atteignent rarement un service ou une entreprise dans ses éléments vitaux ou essentiels.

Le Parlement n'a pas incorporé par renvoi les dispositions provinciales relatives à l'obtention d'un permis de transport par le biais de la *Loi relative à la circulation sur les terrains de l'État* et du *Règlement relatif à la circulation sur les terrains du gouvernement*. En vertu de la législation fédérale, la conduite d'un véhicule est interdite sur un terrain fédéral «autrement qu'en conformité des lois de la province». La législation fédérale ne vise toutefois que le conducteur du véhicule. Or, en vertu de la législation provinciale, le permis de transport est juridiquement requis du transporteur ou de l'exploitant pour l'exploitation du service et non du conducteur pour la conduite du véhicule. Il n'y a donc aucun lien direct qui relie l'obligation d'obtenir un permis de transport au conducteur ou au véhicule auxquels réfère le règlement fédéral.

La doctrine de la prépondérance fédérale, selon laquelle une législation fédérale peut rendre inopérante une législation provinciale qui lui serait incompatible, est inapplicable en l'espèce puisqu'il n'a pas été démontré qu'il y a un conflit entre les législations fédérale et provinciale.

Le transporteur qui exécute le service de transport offert par l'appelante bénéficie de l'immunité d'application qui vise le service. Le concept de l'inapplicabilité constitutionnelle se rapporte ici au service fédéral dont certains aspects vitaux seraient atteints par l'application des dispositions provinciales. Le statut de la personne qui se trouve à dispenser ce service n'est pas pertinent à cette fin; le système de permis est simplement inapplicable à l'égard du service. Toutefois, le transporteur n'est pas exempté sans réserve du système de permis administré par la Commission des transports du Québec. Il y demeure assujéti pour les activités qu'il peut exercer hors des balises du service confié par l'appelante.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*, [1974] R.C.S. 695;

tric Commissioners v. Snider, [1925] A.C. 396; *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] S.C.R. 248; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529; *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767; *Bell Canada v. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Clark v. Canadian National Railway Co.*, [1988] 2 S.C.R. 680; *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309; *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the Communauté urbaine de Québec, R.S.Q., c. C-37.3.

Act respecting the National Battlefields at Québec, S.C. 1908, c. 57, preamble, s. 7.

Act to amend the Act respecting the National Battlefields at Québec, S.C. 1914, c. 46, s. 4.

Bus Transport Regulation, (1987) 119 G.O. II 24, ss. 1, 12, 17, 21, 30, 31.

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 453.

Constitution Act, 1867, s. 91(1A).

Government Property Traffic Act, R.S.C., 1985, c. G-6 [formerly R.S.C. 1970, c. G-10].

Government Property Traffic Regulations, C.R.C. 1978, c. 887, s. 3 [am. SOR/84-238, s. 1; am. SOR/89-341, s. 2], 5 [am. SOR/88-93, s. 2], 6 [rep. & sub. idem, s. 3].

Transport Act, R.S.Q., c. T-12, ss. 3, 4 [repl. 1981, c. 26, s. 1; am. 1986, c. 67, s. 2; 1989, c. 20, s. 6], 4.1 [ad. 1985, c. 35, s. 60], 5 [am. 1981, c. 8, s. 2; c. 26, s. 2; 1983, c. 46, s. 109; 1985, c. 35, s. 61; 1986, c. 67, s. 3; c. 92, s. 1; 1987, c. 97, s. 100; 1988, c. 67, s. 3], 5.1 [ad. 1986, c. 92, s. 2], 32 [am. 1981, c. 8, s. 10; c. 26, s. 6; 1983, c. 46, s. 113; 1984, c. 23, s. 23; 1985, c. 35, s. 63; 1986, c. 67, s. 7], 36 [am. 1983, c. 32, s. 1], 40 [am. 1981, c. 8, s. 13; repl. 1988, c. 67, s. 6], 43 [repl. 1981, c. 8, s. 15].

APPEAL from a judgment of the Québec Court of Appeal, [1988] R.L. 146, reversing a judgment of the Superior Court¹. Appeal allowed.

Jean-Marc Aubry, Q.C., for the appellant.

Pierre Daignault and France Bernier, for the respondent.

¹ Sup. Ct. Québec, No. 200-05-003038-846, April 4, 1985 (Lebrun J.).

Toronto Electric Commissioners v. Snider, [1925] A.C. 396; *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] R.C.S. 248; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529; *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 680; *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309; *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031.

Lois et règlements cités

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 453.

^c *Loi concernant les champs de bataille nationaux de Québec*, S.C. 1908, ch. 57, préambule, art. 7.

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(1A).

Loi modifiant la Loi concernant les champs de bataille nationaux à (sic) Québec, S.C. 1914, ch. 46, art. 4.

^d *Loi relative à la circulation sur les terrains de l'État*, L.R.C. (1985), ch. G-6 [auparavant S.R.C. 1970, ch. G-10].

Loi sur la Communauté urbaine de Québec, L.R.Q., ch. C-37.3.

^e *Loi sur les transports*, L.R.Q., ch. T-12, art. 3, 4 [repl. 1981, ch. 26, art. 1; mod. 1986, ch. 67, art. 2; 1989, ch. 20, art. 6], 4.1 [aj. 1985, ch. 35, art. 60], 5 [mod. 1981, ch. 8, art. 2; ch. 26, art. 2; 1983, ch. 46, art. 109; 1985, ch. 35, art. 61; 1986, ch. 67, art. 3; ch. 92, art. 1; 1987, ch. 97, art. 100; 1988, ch. 67, art. 3], 5.1 [aj. 1986, ch. 92, art. 2], 32 [mod. 1981, ch. 8, art. 10; ch. 26, art. 6; 1983, ch. 46, art. 113; 1984, ch. 23, art. 23; 1985, ch. 35, art. 63; 1986, ch. 67, art. 7], 36 [mod. 1983, ch. 32, art. 1], 40 [mod. 1981, ch. 8, art. 13; rempl. 1988, ch. 67, art. 6], 43 [repl. 1981, ch. 8, art. 15].

^g *Règlement relatif à la circulation sur les terrains du gouvernement*, C.R.C. 1978, ch. 887, art. 3 [mod. DORS/84-238, art. 1; mod. DORS/89-341, art. 2], 5 [mod. DORS/88-93, art. 2], 6 [abr. & rempl. idem, art. 3].

^h *Règlement sur le transport par autobus*, (1987) 119 G.O. II 24, art. 1, 12, 17, 21, 30, 31.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1988] R.L. 146, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure¹. Pourvoi accueilli.

Jean-Marc Aubry, c.r., pour l'appellante.

Pierre Daignault et France Bernier, pour l'intimée.

¹ C.S. Québec, n° 200-05-003038-846, 4 avril 1985 (le juge Lebrun).

Alain Gingras, for the intervener.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J.—The issue here is whether the Quebec *Transport Act*, R.S.Q., c. T-12, and the regulations adopted thereunder are applicable in whole or in part to a federal sightseeing bus transportation service offered to the public by the National Battlefields Commission in the federal park administered by it, known as the Plains of Abraham Park.

1. Facts and Proceedings

The appellant, the National Battlefields Commission, was created in 1908 by the *Act respecting the National Battlefields at Quebec*, S.C. 1908, c. 57, as amended by S.C. 1914, c. 46, for the acquisition, management and control of the great historic battlefields at Québec, with the ultimate purpose of transforming these sites into a national park that can worthily commemorate the great events which happened there. For several years the appellant has provided the public with a guided bus transportation service free of charge in the Québec National Battlefields Park administered by it under its enabling Act. The provision of this service is delegated to third parties selected annually by calls for tenders. The designated bidder provides a bus which must be identified with the appellant's colours and the services of a driver who has to have the necessary certificates and permits to carry on his trade. The appellant determines the route, the number of stops, the frequency of the service and its duration.

The *Act respecting the Communauté urbaine de Québec*, R.S.Q., c. C-37.3, gives the respondent, the Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec, the right to provide any sightseeing bus service within the community's territory. Over the years, with only one exception when the work was given to the respondent, the appellant has always contracted with businesses which did not hold the transport permit usually required to operate a sightseeing bus service in the territory

Alain Gingras, pour l'intervenant.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER—Il s'agit en l'espèce de déterminer si la *Loi sur les transports* du Québec, L.R.Q., ch. T-12, et la réglementation adoptée sous son autorité sont applicables, en entier ou en partie, à un service fédéral de transport touristique par autobus offert au public par la Commission des champs de bataille nationaux dans le parc fédéral qu'elle administre, connu comme étant le Parc des Plaines d'Abraham.

^c 1. Les faits et les procédures

L'appelante, la Commission des champs de batailles nationaux, a été créée en 1908 par la *Loi concernant les champs de bataille nationaux de Québec*, S.C. 1908, ch. 57, modifiée par S.C. 1914, ch. 46, en vue de l'acquisition, de l'administration et du gouvernement des grands champs de bataille historiques de Québec, dans le but ultime de transformer ces endroits en un parc national digne de commémorer les grands événements qui s'y sont déroulés. Depuis plusieurs années, l'appelante fournit gratuitement au public un service de transport par autobus, avec guide, sur le territoire du Parc des champs de bataille nationaux de Québec qu'elle administre en vertu de sa loi constitutive. La mise en œuvre du service est confiée à des tiers choisis sur une base annuelle par voie d'appels d'offres. Le soumissionnaire désigné fournit un autobus qui doit être identifié aux couleurs de l'appelante ainsi que les services d'un chauffeur qui doit détenir les certificats et permis nécessaires à l'exercice de son métier. L'appelante détermine le circuit, le nombre d'arrêts, la cadence du service et sa durée.

La *Loi sur la Communauté urbaine de Québec*, L.R.Q., ch. C-37.3, confère à l'intimée, la Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec, le droit de fournir à l'intérieur du territoire de la Communauté tout service de visites touristiques par autobus. Au cours des années, à une exception près où le travail a été confié à l'intimée, l'appelante a toujours contracté avec des entreprises ne détenant pas le permis de transport normalement requis pour exploiter un service tou-

where the park is located. The permit is required by the Quebec *Transport Act*, which the Commission des transports du Québec is partly responsible for administering, including the issuing of permits.

The respondent filed a motion for a declaratory judgment in the Superior Court, in which it asked the court to [TRANSLATION] “declare that [the appellant] may only offer the public a transport service in the territory administered by it through a holder of a transport permit issued for this purpose by the Commission des transports du Québec pursuant to the Quebec [*Transport Act*]”. Lebrun J. dismissed the motion.

The respondent appealed this decision. The Court of Appeal allowed the appeal, Dugas J., sitting *ad hoc*, dissenting.

2. Judgments Below

Superior Court

The trial judge noted that Parliament has legislated regarding traffic on Crown lands in the *Government Property Traffic Act*, R.S.C., 1985, c. G-6 (formerly R.S.C. 1970, c. G-10), and the *Government Property Traffic Regulations*, C.R.C. 1978, c. 887, as amended by SOR/80-619, 84-238, 88-93 and 89-341, and that these provisions apply to the territory administered by the appellant, a Crown agent. In his view the federal government has pre-emptively legislated regarding traffic on its territory and has thus overridden the carrier’s duty to hold a permit issued pursuant to the Quebec legislation.

The judge was apparently referring to the doctrine of federal paramountcy, according to which federal legislation can render provincial legislation that is inconsistent with it inoperative. Although the parties did not raise this question in this Court, I feel nonetheless that I should point out that this doctrine cannot be applied in the present case. For federal paramountcy to apply, there must be a

ristique par autobus sur le territoire où se trouve le Parc. Le permis est requis par la *Loi sur les transports* du Québec, dont l’administration, y compris la délivrance des permis, est en partie confiée à la Commission des transports du Québec.

L’intimée a déposé une requête pour jugement déclaratoire en Cour supérieure par laquelle elle demandait à la Cour de «déclarer que [l’appelante] ne peut offrir au public un service de transport sur le territoire qu’elle administre que par l’intermédiaire d’un détenteur de permis de transport émis à cette fin, sous l’autorité de la [*Loi sur les transports*] du Québec, par la Commission des transports du Québec». Le juge Lebrun a rejeté la requête.

L’intimée a interjeté appel de cette décision. La Cour d’appel a accueilli l’appel, le juge Dugas, siégeant *ad hoc*, étant dissident.

2. Les jugements des tribunaux d’instance inférieure

e Cour supérieure

Le premier juge souligne que le Parlement a légiféré en matière de circulation sur les terrains de la Couronne par le biais de la *Loi relative à la circulation sur les terrains de l’État*, L.R.C. (1985), ch. G-6 (auparavant S.R.C. 1970, ch. G-10), et du *Règlement relatif à la circulation sur les terrains du gouvernement*, C.R.C. 1978, ch. 887, modifié par DORS/80-619, 84-238, 88-93 et 89-341, et que cette réglementation s’applique sur le territoire administré par l’appelante, mandataire de la Couronne. Selon lui, le gouvernement fédéral a légiféré de façon prioritaire concernant la circulation sur son territoire et l’obligation imposée au transporteur de détenir un permis émis en vertu de la législation québécoise s’en trouve écartée.

Le juge fait apparemment référence à la doctrine de la prépondérance fédérale, selon laquelle une législation fédérale peut rendre inopérante une législation provinciale qui lui serait incompatible. Bien que les parties n’aient pas soulevé cette question devant nous, je crois néanmoins devoir souligner que cette doctrine ne pourrait trouver application en l’espèce. Pour que puisse jouer la

conflict between the statutes and nothing of this kind has been shown. The trial judgment thus seems to me to be erroneous to the extent that it is based on this doctrine; the latter is clearly inapplicable, and I dispose of it forthwith.

Court of Appeal, [1988] R.L. 146

McCarthy J.A.—Reasons Concurred in by Bisson J.A.

In the opinion of McCarthy J.A., the application of the principles set out in *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754 was sufficient to dispose of the case. First, no federal property constitutes a self-contained enclave in provincial territory. The National Battlefields Park is no exception to the rule and is in general subject to provincial law. Second, “federal . . . services and businesses remain subject to provincial law as long as provincial law does not reach them *quâ* federal organizations” (p. 150; the passage is taken from *Construction Montcalm, supra*, at p. 774). He concluded that in the case at bar the requirement that carriers obtain a provincial permit does not interfere with the appellant’s operation of its business. Refusing to rule on what the situation would be if the Commission were operating the transport service itself, McCarthy J.A. confined himself to the following statement, at p. 151:

[TRANSLATION] I would allow the appeal, with costs, and declare that if the respondent through an intermediary offers the public a transport service in the territory administered by it, it can only do so through a holder of a transport permit issued for this purpose by the Commission des transports du Québec pursuant to the *Transport Act*, R.S.Q., c. T-12; without costs at trial.

The appeal was accordingly allowed.

Dugas J. (ad hoc)—Dissenting

Dugas J. first established that, in view of the strict government control to which it is subject, the appellant is an agent of the Crown. In his opinion, the bus transport service offered by the appellant is part of the mandate conferred on it by Parliament, and he explained this as follows at p. 155:

prépondérance fédérale, il doit y avoir conflit entre les législations et rien de tel n’a été démontré. Le jugement rendu en première instance m’apparaît donc erroné dans la mesure où il est fondé sur cette doctrine; cette dernière est clairement inapplicable, ce dont je dispose dès maintenant.

Cour d’appel, [1988] R.L. 146

Le juge McCarthy—aux motifs duquel souscrit le juge Bisson

Selon le juge McCarthy, l’application des principes émis dans l’arrêt *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754, suffit pour disposer du litige. D’une part, aucune propriété fédérale ne constitue une enclave étanche en territoire provincial. Le Parc des champs de bataille nationaux ne fait pas exception à la règle et se trouve d’une façon générale assujéti au droit provincial. D’autre part, les «services et affaires fédérales demeurent assujettis à la loi provinciale tant que celle-ci ne s’applique pas à eux en tant qu’organisations fédérales» (p. 150, le passage est tiré de l’arrêt *Construction Montcalm*, précité, à la p. 774). Il conclut qu’en l’espèce, l’obligation pour les transporteurs d’obtenir un permis provincial n’entrave pas l’exploitation par l’appelante de son entreprise. Refusant de se prononcer sur ce que serait la situation si la Commission exploitait elle-même le service de transport, le juge McCarthy s’en tient à la déclaration suivante, à la p. 151:

J’accueillerais le pourvoi, avec dépens, pour déclarer que si l’intimée offre au public par intermédiaire un service de transport sur le territoire qu’elle administre, elle ne peut le faire que par l’intermédiaire d’un détenteur de permis de transport émis à cette fin sous l’autorité de la *Loi sur les transports*, L.R.Q., c. T-12 par la Commission des transports du Québec; sans frais en première instance.

L’appel est donc accueilli.

Le juge Dugas (ad hoc)—dissident

Le juge Dugas établit d’abord que l’appelante est un agent de la Couronne étant donné le contrôle étatique sévère dont elle fait l’objet. À son avis, le service de transport par autobus offert par l’appelante fait partie du mandat qui lui a été confié par le Parlement, ce qu’il explique comme suit, à la p. 155:

[TRANSLATION] The Battlefields Park is the place where the most significant event in Canada's history occurred. It was appropriate that it be developed and opened to Canadians so they could learn about their history. Organizing visits to the area is as much part of the mandate of the [appellant] as developing the area. Intervention by the Commission des transports du Québec would interfere with the full exercise by [the appellant] of the mandate it has been given to acquire, manage and control the national battlefields at Québec.

As regards the applicability of the Quebec *Transport Act* and the regulations adopted thereunder to the transport service itself, Dugas J. concluded that the federal Parliament has not adopted by reference the provincial rules regarding the operation of a transport service for sightseeing purposes. In his opinion, if these rules were applicable, the Commission des transports du Québec would in practice have control of bus visits and the appellant would be prevented from organizing visits to the park using a bus as it wishes. Dugas J. added, at pp. 156-57:

[TRANSLATION] It seems to me that the welcome extended to visitors to a national park cannot be separated from the administration of such a park. The jurisdiction being claimed for the Commission des transports du Québec over bus visits to this Park would affect [the appellant's] essential function, which is to develop the National Battlefields Park and facilitate access by the public. This jurisdiction of the Commission des transports would act as a provincial impediment to the full exercise by [the appellant] of the powers conferred on it.

Dugas J. would thus have dismissed the appeal.

3. Issues

The following constitutional questions were stated by Lamer J., as he then was, with the parties' agreement, on December 7, 1988:

1. Does the Quebec *Transport Act*, R.S.Q. 1977, c. T-12, apply to Her Majesty the Queen in Right of Canada or the appellant, the National Battlefields Commission, her agent?
2. Does the Quebec *Transport Act*, R.S.Q. 1977, c. T-12, and the regulations enacted thereunder apply with respect to the transportation service offered by

Le Parc des champs de bataille est le lieu où s'est déroulé l'événement le plus significatif de l'histoire du Canada. Il convenait de le mettre en valeur et de l'ouvrir aux Canadiens pour les inviter à la rencontre de l'histoire. L'organisation de visites des lieux fait autant partie du mandat de [l'appelante] que l'aménagement des lieux. L'intervention de la Commission des transports du Québec serait une entrave au plein exercice par [l'appelante] du mandat qui lui a été confié d'acquiescer, administrer et gouverner les champs de bataille nationaux à Québec.

Quant à l'applicabilité de la *Loi sur les transports* du Québec et des règlements adoptés sous son autorité au service de transport lui-même, le juge Dugas conclut que le législateur fédéral n'a pas adopté par référence les règles provinciales relatives à l'exploitation d'un service de transport à des fins touristiques. Selon lui, si ces règles étaient applicables, la Commission des transports du Québec aurait en pratique le contrôle des visites par autobus et l'appelante serait empêchée d'organiser comme elle l'entend les visites du Parc à l'aide d'un autobus. Le juge Dugas ajoute aux pp. 156 et 157:

Il m'apparaît que l'accueil des visiteurs dans un parc national ne peut se dissocier de l'administration d'un tel parc. La juridiction que l'on veut reconnaître à la Commission des transports du Québec sur les visites de ce parc par autobus toucherait à la raison d'être de [l'appelante] qui est d'aménager le Parc des champs de bataille nationaux et d'y favoriser l'accès du public. Cette juridiction de la Commission des transports agirait comme une entrave provinciale au plein exercice par [l'appelante] des pouvoirs qui lui ont été confiés.

Le juge Dugas aurait donc rejeté l'appel.

3. Les questions en litige

Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées par le juge Lamer (maintenant Juge en chef), avec l'accord des parties, le 7 décembre 1988:

1. Est-ce que la *Loi sur les transports* du Québec, L.R.Q. 1977, ch. T-12, s'applique à Sa Majesté la Reine du chef du Canada ou à l'appelante, la Commission des champs de bataille nationaux, son mandataire?
2. Est-ce que la *Loi sur les transports* du Québec, L.R.Q. 1977, ch. T-12, et les règlements adoptés sous son autorité s'appliquent au service de transport

the appellant in view of s. 91(1A) of the *Constitution Act, 1867*?

3. Does the *Quebec Transport Act*, R.S.Q. 1977, c. T-12, and the regulations enacted thereunder apply to a carrier carrying out, on behalf of the National Battlefields Commission, a transportation service in the National Battlefields Park?

4. Analysis

The case now before the Court began with a motion for a declaratory judgment pursuant to art. 453 of the *Quebec Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, of which the Attorney General of Canada was not notified. This fact necessitates certain preliminary observations.

First, it should be pointed out that the purpose of a motion for a declaratory judgment is to enable litigants to apply to the courts for the solution to a legal issue presenting a genuine problem, a solution which takes the form of a declaration by the court. With the participation and consent of the parties, this Court stated three constitutional questions that encompass the legal problems giving rise to the genuine problem. These questions will be used to focus and frame the discussion, but I should point out that this is not a reference and that this Court is in no way bound by the way in which the constitutional questions were stated: *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, at p. 71. These questions are to be used as guides in arriving at a solution to the problem; I shall answer them in so far as it is necessary to resolve this problem.

Secondly, I would note that the constitutionality of the Acts and regulations under consideration is not in any way in dispute. Although the Attorney General of Quebec intervened, no notice of a constitutional question was served on him or on the Attorney General of Canada. I shall therefore take the constitutionality of the relevant legislation as established, without thereby deciding the point.

Finally, I would note that certain statutes and regulations relied on by the parties have been the subject of amendments, mostly minor, since the date on which the proceedings were instituted. I intend to refer in my reasons to the provisions as

fourni par l'appelante compte tenu de l'art. 91(1A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

3. Est-ce que la *Loi sur les transports* du Québec, L.R.Q. 1977, ch. T-12, et les règlements adoptés sous son autorité, s'appliquent à un transporteur devant exécuter pour le compte de la Commission des champs de bataille nationaux un service de transport dans le Parc des champs de bataille?

b 4. Analyse

L'affaire qui est devant nous a été introduite par une requête pour jugement déclaratoire en vertu de l'art. 453 du *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., ch. C-25, dont le procureur général du Canada n'a pas été avisé. Cette réalité commande certaines remarques préliminaires.

En premier lieu, il faut souligner que la procédure de requête pour jugement déclaratoire vise à permettre aux justiciables de s'adresser aux tribunaux pour obtenir la solution d'un problème juridique posant une difficulté réelle, solution prenant la forme d'une déclaration judiciaire. Avec la participation et le consentement des parties, notre Cour a formulé trois questions constitutionnelles qui englobent les problèmes juridiques donnant lieu à la difficulté réelle. Ces questions serviront à orienter et à encadrer le débat mais je dois rappeler qu'il ne s'agit pas ici d'un renvoi et que notre Cour n'est aucunement liée par la formulation des questions constitutionnelles: *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, à la p. 71. Ces questions doivent servir de guides pour en arriver à la solution de la difficulté; j'y répondrai dans la mesure nécessaire à la solution de cette difficulté.

En second lieu, je signale que la constitutionnalité des lois et règlements sous étude n'est aucunement contestée. Bien que le procureur général du Québec soit intervenu, aucun avis de contestation ne lui a été signifié, non plus qu'au procureur général du Canada. Je tiendrai donc la constitutionnalité de la législation pertinente pour avérée, sans pour autant en décider.

Je souligne finalement que certains textes législatifs et réglementaires invoqués de part et d'autre ont fait l'objet de modifications, pour la plupart mineures, depuis la date de l'institution des procédures. J'entends référer dans mes motifs aux textes

they read at the present time, so that the declaratory judgment rendered can resolve in a practical and certain manner the problem faced by the parties.

Keeping these points in mind, I propose to deal with the case on the merits, discussing the constitutional questions in the order in which they were stated.

A. *Does the Quebec Transport Act, R.S.Q. 1977, c. T-12, apply to Her Majesty the Queen in Right of Canada or the appellant, the National Battlefields Commission, her agent?*

The parties questioned the applicability of the *Transport Act* (the *Act*) should the National Battlefields Commission decide to provide the sight-seeing transport service itself. The record indicates that the Commission has always previously used independent contractors to provide the service. Arguments were presented to the Court by both parties regarding the immunity from application which the Commission might then enjoy as an agent of the Crown. In my opinion it is not necessary, in view of the actual wording of the provisions the application of which is at issue, to rule on the question of immunity in order to resolve the difficulty.

The provisions of the *Act* the application of which is at issue are those dealing with the obligation to have a permit in order to operate a transport service. At trial the Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec asked the court to declare that a transport permit issued pursuant to the *Act* was necessary for the service offered to the public within the territory of the Québec National Battlefields Park, and I intend to confine myself to considering the provisions dealing with the permit system. The *Act* itself indicates that the appellant would not be in any way required to obtain a permit if it decided to provide the transport service itself.

Under the *Act* no one is required to obtain a permit in order to provide a service free of charge. The general obligation regarding permits is set out in the first paragraph of s. 36 of the *Act*:

tels qu'ils se lisent aujourd'hui, afin que le jugement déclaratoire entrepris puisse solutionner de façon utile et certaine la difficulté des parties.

^a Gardant ces précisions à l'esprit, je me propose de traiter l'affaire au mérite en abordant les questions constitutionnelles dans l'ordre où elles ont été formulées.

^b A. *Est-ce que la Loi sur les transports du Québec, L.R.Q. 1977, ch. T-12, s'applique à Sa Majesté la Reine du chef du Canada ou à l'appelante, la Commission des champs de bataille nationaux, son mandataire?*

^c Les parties ont mis en cause l'applicabilité de la *Loi sur les transports* (la *Loi*) dans l'éventualité où la Commission des champs de bataille nationaux déciderait de dispenser elle-même le service de transport touristique. Le dossier révèle que la Commission a toujours auparavant fait appel à des entrepreneurs indépendants pour dispenser le service. On nous a fait des représentations de part et d'autre sur l'immunité d'application dont pourrait alors bénéficier la Commission en tant que mandataire de la Couronne. En raison des termes mêmes des dispositions dont l'application est en cause, il n'est à mon avis pas nécessaire de statuer sur la question de l'immunité pour résoudre la difficulté.

^d Les dispositions de la *Loi* dont l'application est en cause sont celles ayant trait à l'obligation de détenir un permis pour exploiter un service de transport. En première instance, la Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec cherchait à faire déclarer qu'un permis de transport émis sous l'autorité de la *Loi* était requis pour le service offert au public sur le territoire du Parc des champs de bataille nationaux de Québec et j'entends m'en tenir à l'étude des dispositions ayant trait au système de permis. Or la *Loi* elle-même nous révèle que l'appelante ne serait aucunement soumise à l'obligation d'obtenir un permis si elle décidait de dispenser elle-même le service de transport.

^e Nul en effet n'est tenu aux termes de la *Loi* d'obtenir un permis pour offrir un service sans rémunération. L'obligation générale relative au permis est prévue au premier alinéa de l'art. 36 de la *Loi*:

36. Notwithstanding any inconsistent provision of any general law or special act, no person may act as carrier or provide the services of a means of transport or transport system for direct or indirect remuneration unless he holds the permit prescribed for that purpose by regulation. [Emphasis added.]

The *Bus Transport Regulation*, (1987) 119 G.O. II 24, as amended by (1988) 120 G.O. II 674, and adopted pursuant to the *Act*, contains the substantive provisions relating to bus transport permits. Section 1 reads as follows:

1. Transport of persons by bus or minibus for reward shall require a bus transport permit issued by the Commission des transports du Québec. [Emphasis added.]

Anyone undertaking to act as a carrier for reward must obtain a permit. This is true, for example, of the independent carrier to whom the appellant pays a lump sum to provide the service; but if the appellant decided to act as a carrier itself by acquiring a bus and retaining the services of a driver by a contract of employment, no permit would be necessary since the service is offered free of charge.

It thus appears that the appellant could not be required to obtain a permit under the *Act* if it decided to provide the service itself. It is not necessary to consider the problems regarding the division of powers and Crown immunity that may influence the applicability of the permit system to the appellant, as the latter is exempted from them by the very terms of the *Act*.

The second constitutional question is broader and its solution more complex.

B. Does the *Quebec Transport Act*, R.S.Q. 1977, c. T-12, and the regulations enacted thereunder apply with respect to the transportation service offered by the appellant in view of s. 91(1A) of the *Constitution Act*, 1867?

To answer this question it is first necessary to make certain clarifications regarding the mandate given to the appellant Commission to provide a

36. Nonobstant toute disposition inconciliable d'une loi générale ou spéciale, nul ne peut agir comme transporteur ou fournir des services à l'aide d'un moyen ou d'un système de transport contre une rémunération directe ou indirecte s'il ne détient le permis prescrit à cette fin par règlement. [Je souligne.]

Le *Règlement sur le transport par autobus*, (1987) 119 G.O. II 24, modifié par (1988) 120 G.O. II 808, adopté sous l'autorité de la *Loi*, prévoit les dispositions de substance relatives au permis de transport par autobus. L'article premier se lit comme suit:

1. Pour effectuer un transport rémunéré de personnes par autobus ou minibus, une personne doit être titulaire d'un permis de transport par autobus délivré par la Commission des transports du Québec. [Je souligne.]

L'obtention d'un permis est requise pour quiconque entreprend d'agir comme transporteur contre rémunération. C'est le cas par exemple du transporteur indépendant que l'appelante rémunère à forfait pour dispenser le service. Mais si l'appelante décidait d'agir elle-même comme transporteur en se procurant un autobus et en retenant les services d'un conducteur par contrat d'emploi, aucun permis ne serait requis puisque le service est offert gratuitement.

Il apparaît donc que l'appelante ne saurait être soumise à l'obtention d'un permis en vertu de la *Loi* si elle décidait de dispenser elle-même le service. Il n'est pas nécessaire de s'interroger sur les problèmes relatifs au partage des compétences et à l'immunité de la Couronne susceptibles d'influer sur l'applicabilité du système de permis à l'appelante, cette dernière en étant exemptée par les termes mêmes de la *Loi*.

La seconde question constitutionnelle est plus englobante et sa solution plus complexe.

B. Est-ce que la *Loi sur les transports du Québec*, L.R.Q. 1977, ch. T-12, et les règlements adoptés sous son autorité s'appliquent au service de transport fourni par l'appelante compte tenu de l'article 91(1A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Pour répondre à cette question, il y a d'abord lieu de faire certaines précisions sur le mandat donné à la Commission appelante relativement au

transport service. The applicability of the provincial provisions can then be considered, first in light of the constitutional distribution of legislative powers and then in light of the scope of the federal legislation which, according to the respondent, incorporated the provincial provisions by reference.

(a) Mandate of the National Battlefields Commission

The respondent and the Attorney General of Quebec discussed the scope of the appellant's mandate to set up a sightseeing bus transport service on the Plains of Abraham. The respondent adopted the argument of the Attorney General, who maintains that the appellant has no authority to provide a public or sightseeing transport service in the territory administered by it.

The respondent admits, however, the accuracy of the following passages from the reasons of Dugas J., dissenting on appeal (at pp. 155-56):

[TRANSLATION] Organizing visits to the area is as much part of the mandate of the Battlefields Park Commission as developing the area.

It seems to me that the welcome extended to visitors to a national park cannot be separated from the administration of such a park.

It submits that the appellant's jurisdiction over "visits", "welcome" and "access" in the Park does not make it an agent of the federal Crown in transport matters.

Determining the extent of the appellant Commission's mandate requires a review of the relevant provisions of its enabling Act, the *Act respecting the National Battlefields at Quebec*.

To begin with, the preamble contains the following passages:

WHEREAS it is desirable in the public interest of Canada to acquire and preserve the great historic battlefields at Quebec, restoring so far as possible their principal features, so as to make them a Canadian National Park; . . . And whereas it is expedient to provide for the constitution of a commission for the acquisition, management and control, subject to the provisions of this

service de transport qu'elle fournit. On pourra ensuite s'interroger sur l'applicabilité des dispositions provinciales, eu égard d'abord à l'aménagement constitutionnel des compétences législatives, puis à la portée de la législation fédérale susceptible selon l'intimée d'avoir incorporé les dispositions provinciales par renvoi.

a) Le mandat de la Commission des champs de bataille nationaux

L'intimée et le procureur général du Québec ont discuté la portée du mandat de l'appelante relativement à la mise en place d'un service touristique de transport par autobus sur les Plaines d'Abraham. L'intimée a adopté l'argumentation du Procureur général qui soutient que rien n'autorise l'appelante à dispenser un service de transport public ou touristique sur le territoire qu'elle administre.

L'intimée admet toutefois la véracité des passages suivants des motifs du juge Dugas, dissident en appel (aux pp. 155 et 156):

L'organisation de visites des lieux fait autant partie du mandat de la Commission du Parc des champs de bataille que l'aménagement des lieux.

Il m'apparaît que l'accueil des visiteurs dans un parc national ne peut se dissocier de l'administration d'un tel parc.

Elle soumet que la compétence de l'appelante en matière de «visite», «d'accueil» et «d'accès» relativement au Parc n'en fait pas un mandataire de la Couronne fédérale en matière de transport.

L'évaluation de la portée du mandat de la Commission appelante commande une étude des dispositions pertinentes de sa loi constitutive, la *Loi concernant les champs de bataille nationaux de Québec*.

Le préambule, d'abord, comporte les passages suivants:

CONSIDÉRANT qu'il est à désirer dans l'intérêt public du Canada d'acquérir et de conserver les grands champs de bataille historiques de Québec, de rétablir autant que possible dans les grandes lignes leur physionomie originale et de les convertir en un parc national;

Et considérant qu'il est à propos de prendre des mesures pour constituer une commission chargée de

Act, of the said battlefields and the moneys contributed for the said purposes: . . .

Section 7 also provides that the Commission may:

7. . . .

(c) lay out and construct on or through the said lands such avenues, drives or paths, gardens, squares or other works as are, in the opinion of the commission, desirable for the improvement of the grounds and the conversion thereof into a national park of a character to commemorate worthily the great events which happened there. [Emphasis added.]

This Act was amended in 1914 by the *Act to amend the Act respecting the National Battlefields at Quebec*, S.C. 1914, c. 46. Section 4 of this amending Act provides that the Commission may make by-laws for:

4. . . .

(d) the maintenance, preservation, and protection of the lands, works and other property belonging to the Commission or under its jurisdiction, control or care, and the access of the public thereto; [Emphasis added.]

In view of the general purposes of the Act, these provisions seem to me to be broad enough to authorize the establishment by the appellant of a sightseeing bus transport system. As Dugas J. noted in his dissent in the Court of Appeal, it is somewhat hard to separate the organization of visits to the area from the more general purpose of developing the cultural heritage represented by this site. The commemorative function of such a park, associated with the historical events that took place there, also makes it virtually essential that there be a guide who can perform that function by providing information. As the Park comprises a vast area which covers more than one battlefield, the use of a bus to tour it seems more than a mere convenience. Clearly, the average tourist cannot be expected to walk around such a site on foot. The appellant's mandate must include the power to use the means necessary to carry it out.

In my opinion, in keeping with ordinary statutory interpretation, establishing a bus service is an

l'acquisition, de l'administration et du gouvernement des dits champs de bataille sous le régime de la présente loi, ainsi que de la gestion des fonds contribués pour les dits objets;

^a L'article 7 prévoit par ailleurs que la Commission peut:

7. . . .

^b c) tracer et construire sur les dits terrains, des avenues, des promenades et des sentiers, des jardins, squares ou autres ouvrages qu'elle juge à propos pour l'embellissement du terrain et la conversion de celui-ci en un parc national digne de commémorer les grands événements qui s'y sont déroulés. [Je souligne.]

^c Cette loi a été modifiée en 1914 par la *Loi modifiant la Loi concernant les champs de bataille nationaux à (sic) Québec*, S.C. 1914, ch. 46. L'article 4 de cette loi modificatrice prévoit que la ^d Commission peut établir des règlements pour:

4. . . .

^e d) l'entretien, la conservation et la protection de tous terrains, ouvrages et autres biens appartenant à la Commission ou sujets à sa juridiction ou son contrôle ou ses soins, et l'accès du public auxdits terrains, ouvrages et biens. [Je souligne.]

^f Compte tenu des objectifs généraux de cette loi fédérale, ces dispositions me semblent suffisamment englobantes pour justifier la mise en place par l'appelante d'un système de transport touristique par autobus. Comme le souligne le juge Dugas dans sa dissidence en Cour d'appel, l'organisation de visites sur les lieux se dissocie plutôt mal de ^g l'objectif plus général qui consiste à mettre en valeur le patrimoine culturel que constitue cet endroit. La vocation commémorative d'un tel parc, liée aux événements historiques qui s'y sont déroulés, rend par ailleurs presque nécessaire la présence ^h d'un guide qui puisse par ses informations en assurer la réalisation. Le Parc comportant un vaste territoire qui recouvre plus d'un champ de bataille, l'utilisation d'un autobus pour la réalisation des ⁱ visites apparaît plus que simplement utile. On ne saurait manifestement imposer au touriste moyen de se déplacer à pied sur un tel site. Or le mandat de l'appelante doit comprendre le pouvoir d'utiliser les moyens nécessaires à sa réalisation.

^j À mon avis, selon une interprétation législative ordinaire, l'établissement du service d'autobus fait

integral part of the mandate conferred on the appellant Commission by its enabling Act. Let us now consider whether this service is subject to the provincial legislation in question.

(b) Applicability of the Provincial Legislation

Before going any further, I shall reiterate that the constitutional validity of the *Act respecting the National Battlefields at Quebec* is not in dispute and it is therefore taken as established here. We have seen that the establishment of the bus service in the Park territory is an integral part of the mandate conferred on the Commission by this Act; federal legislative jurisdiction over this service is thus taken as established as well. The question that arises concerns the applicability of provincial legislation to this federal service.

Additionally, I note that the constitutional validity of the provincial legislation in question is also not in dispute. It is the constitutional applicability of this legislation to the federal service which alone is at issue.

(i) *Interjurisdictional Immunity From Application*

The appellant argues first that the mere fact of the Crown's ownership right over the Plains of Abraham, a right which is not disputed here, could legally exclude the application of the provincial legislation in question. This proposition is apparently based on the enclave theory mentioned by Laskin J. in dissent in *Cardinal v. Attorney General of Alberta*, [1974] S.C.R. 695. This theory was categorically rejected by this Court in *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission, supra*. In that case Beetz J. said the following for the majority, at pp. 777-78:

In its second submission, *Montcalm* contends that provincial law does not apply on federal Crown lands. Again I disagree. The exclusive power of the Province to make laws in relation to property and civil rights under s. 92(13) of the Constitution is territorially limited only by the words "in the Province", and Mirabel is located in the Province. The enumeration of exclusive federal powers in s. 91 of the Constitution, including the power to make laws in relation to the public debt and property, operates as a limitation *ratione materiae* upon provincial

partie intégrante du mandat confié à la Commission appelante par sa loi constitutive. Voyons maintenant si ce service est soumis à la législation provinciale en cause.

b) L'applicabilité de la législation provinciale

Je rappelle avant d'aller plus loin que la validité constitutionnelle de la *Loi concernant les champs de bataille nationaux de Québec* n'est pas contestée et qu'elle est donc ici tenue pour avérée. Nous avons vu que l'établissement du service d'autobus sur le territoire du Parc fait partie intégrante du mandat confié à la Commission par cette loi; la compétence législative fédérale sur ce service est donc du même coup tenue pour avérée. La question qui se pose a trait à l'applicabilité de la législation provinciale à ce service fédéral.

Je note par ailleurs que la validité constitutionnelle de la législation provinciale en cause n'est pas non plus contestée. C'est l'applicabilité constitutionnelle de cette législation à l'endroit du service fédéral qui est seule en litige.

(i) *L'immunité interjuridictionnelle d'application*

L'appelante prétend d'abord que le seul fait du droit de propriété de la Couronne sur les Plaines d'Abraham, droit qui n'est pas ici contesté, pourrait juridiquement exclure l'application de la législation provinciale qui nous occupe. Cette proposition s'appuie vraisemblablement sur la théorie de l'enclave évoquée en dissidence par le juge Laskin dans l'affaire *Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*, [1974] R.C.S. 695. Cette théorie a été catégoriquement rejetée par notre Cour dans l'affaire *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, précitée. Le juge Beetz y a déclaré ce qui suit pour la majorité aux pp. 777 et 778:

En second lieu, *Montcalm* prétend que la loi provinciale ne s'applique pas sur les terres de la Couronne fédérale. Je ne suis pas de cet avis. Le pouvoir exclusif de la province de légiférer sur la propriété et les droits civils en vertu du par. 92(13) de la Constitution n'est limité territorialement que par les mots «dans la province» et Mirabel est situé dans la province. L'énumération, à l'art. 91 de la Constitution, des pouvoirs exclusifs du fédéral, y compris le pouvoir de faire des lois relativement à la dette et à la propriété publiques, a pour effet

jurisdiction, not as a territorial limitation Federal Crown lands do not constitute extra-territorial enclaves within provincial boundaries any more than indian reserves.

There is thus no foundation for the argument that the Plains of Abraham form a federal enclave immune from provincial legislation. *Construction Montcalm* clearly established that in principle a valid provincial law of general application applies to works, undertakings, services, things or persons which otherwise fall under federal jurisdiction.

As an exception to this principle, however, Parliament can assert exclusive legislative jurisdiction excluding the application of provincial statutes to the specifically federal aspects of such things or persons. The classic example is that of legislative jurisdiction over labour relations, where this Court has established that provincial legislation dealing with this area—a matter in principle reserved for the provinces: *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396—is not applicable to federal undertakings even if the legislation is otherwise valid: *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] S.C.R. 248; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529; *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767. After discussing the content of this exception in the field of labour relations in *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749, at pp. 762-63 (the third proposition), Beetz J. for the Court stated as follows the general rule giving rise to this type of exception, known as interjurisdictional immunity from application:

It should however be noted that the rules stated in this third proposition appear to constitute only one facet of a more general rule: works, such as federal railways, things, such as land reserved for Indians, and persons, such as Indians, who are within the special and exclusive jurisdiction of Parliament, are still subject to provincial statutes that are general in their application, whether municipal legislation, legislation on adoption, hunting or

de limiter la compétence *ratione materiae* de la province et non sa compétence territoriale. [. . .] Les terrains de la Couronne fédérale ne sont pas des enclaves extra-territoriales à l'intérieur des limites de la province, pas plus que les réserves indiennes.

L'argument selon lequel les Plaines d'Abraham formeraient une enclave fédérale immunisée des lois provinciales est donc mal fondé. L'arrêt *Construction Montcalm* a bien établi qu'en principe, une loi provinciale valide d'application générale s'applique aux ouvrages, entreprises, services, choses ou personnes qui tombent par ailleurs sous l'empire de la compétence fédérale.

Par dérogation à ce principe cependant, le Parlement peut faire valoir une compétence législative exclusive empêchant l'application des lois provinciales sur les aspects spécifiquement fédéraux de ces choses ou de ces personnes. L'exemple classique est celui de la compétence législative en matière de relations de travail, où notre Cour a établi que les lois provinciales portant sur cette matière—matière appartenant en principe aux provinces: *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396—sont inapplicables aux entreprises fédérales même si ces lois sont par ailleurs valides: *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] R.C.S. 248; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529; *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767. Après avoir exposé la teneur de cette dérogation en matière de relations de travail dans l'affaire *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749, aux pp. 762 et 763 (la troisième proposition), le juge Beetz, au nom de la Cour, pose comme suit le principe général dont découle ce type de dérogation connu sous le nom d'immunité interjuridictionnelle d'application:

Il y a lieu de noter cependant que les principes énoncés dans cette troisième proposition ne constituent qu'une facette d'un principe plus général: des ouvrages, tels les chemins de fer fédéraux, des choses, telles les terres réservées aux Indiens, des personnes, telles les Indiens, qui relèvent de la compétence particulière et exclusive du Parlement, demeurent assujettis aux lois provinciales d'application générale, qu'il s'agisse de lois

the distribution of family property, provided however that the application of these provincial laws does not bear upon those subjects in what makes them specifically of federal jurisdiction: *Canadian Pacific Railway Co. v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367 . . . ; *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751 . . . ; *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309; *Derrickson v. Derrickson*, [1986] 1 S.C.R. 285.

The immunity pertaining to federal status applies to things or persons falling within federal jurisdiction, some specifically federal aspects of which would be affected by provincial legislation. This is so because these specifically federal aspects are an integral part of federal jurisdiction over such things or persons and this jurisdiction is meant to be exclusive.

It is the fundamental federal responsibility for a thing or person that determines its specifically federal aspects, those which form an integral part of the exclusive federal jurisdiction over that thing or person: *Clark v. Canadian National Railway Co.*, [1988] 2 S.C.R. 680, at p. 708. For example, the specifically federal nature of Indians has been described by the expressions "Indianness" or "status and rights of Indians", which reflect the fundamental federal responsibility for Indians in the Canadian constitutional and historical context. For example, a provincial statute on hunting cannot apply to Indians to the extent that it affects their status as Indians: *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309, whereas provincial labour relations law may apply to Indians in so far as it does not affect Indianness: *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031.

In the case of a federal undertaking, it will generally be said that its specific nature is affected if the provincial statute touches on a vital or essential aspect of its establishment, management or operation, as is generally the case with a labour relations statute: *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*,

municipales, de lois sur l'adoption, de lois sur la chasse, de lois sur le partage des biens familiaux, pourvu toutefois que cet assujettissement n'ait pas pour conséquence que ces lois les atteignent dans ce qui constitue justement leur spécificité fédérale: *Canadian Pacific Railway Co. v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367 [. . .]; *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751 [. . .]; *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309; *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285.

L'immunité relative à la spécificité fédérale s'applique aux choses ou aux personnes tombant sous juridiction fédérale dont certaines dimensions spécifiquement fédérales seraient atteintes par la législation provinciale. Il en est ainsi car ces dimensions spécifiquement fédérales font partie intégrante de la compétence fédérale sur ces choses ou ces personnes et cette compétence se veut exclusive.

C'est la responsabilité fédérale fondamentale à l'égard d'une chose ou d'une personne qui détermine ses dimensions spécifiquement fédérales, celles qui font partie intégrante de la compétence fédérale exclusive sur cette chose ou cette personne: *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 680, à la p. 708. Par exemple, la spécificité fédérale des Indiens a été décrite par les expressions «quiddité indienne» ou «statut et droits des Indiens», qui traduisent la responsabilité fédérale fondamentale à leur égard dans le contexte constitutionnel et historique canadien. Par exemple, une loi provinciale sur la chasse ne peut s'appliquer à des Indiens dans la mesure où elle atteint leur statut en tant qu'Indiens: *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309, alors que le droit provincial sur les relations de travail peut s'appliquer aux Indiens dans la mesure où il ne touche pas la quiddité indienne: *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031.

Lorsqu'il s'agit d'une entreprise fédérale, on dira généralement que sa spécificité est atteinte si la loi provinciale touche un élément vital ou essentiel de sa mise en place, de sa gestion ou de son exploitation, ce qui est généralement le cas d'une loi sur les relations de travail: *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*,

supra; *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada, supra*. This particular application of the test can be transposed to the case of a federal service, which in several functional aspects corresponds to the concept of an undertaking. In the case at bar federal jurisdiction over this service is taken for granted; the question then is whether the provincial legislation affects the federal service in one of its vital or essential aspects regarding its establishment, management or operation.

The Quebec *Transport Act* applies in general to the coordination, rationalization and development of transportation in the province. Within this general framework, certain responsibilities and powers are conferred on the Minister of Transport and the government (Division III); the Commission des transports du Québec is also established and significant licensing and investigative powers are conferred on it (Divisions V and VI). I shall examine these aspects of the *Act* and the regulations adopted thereunder which, in the appellant's submission, may affect essential aspects of the transport service offered by it.

The *Act* gives the Minister the responsibility, subject to approval by the Government, for taking steps to improve transport costs, rates and tariffs in the province "while coordinating and integrating them" (s. 3). The Minister may, in the course of his duties, grant subsidies and require any carrier to file an operating report with him (ss. 4 and 4.1). General regulatory powers are conferred on the government under the *Act*. These include:

5. In addition to the other regulatory powers conferred upon it by this Act, the Government may, by regulation,

(c) determine what activities require a permit, provide exceptions to the activities requiring a permit as regards types of persons or goods carried, kinds of carriers, and, where such is the case, as regards the place of the main establishment of such carrier, the kinds of services, the means of transport or transport systems used and the territory or distance covered, and prescribe conditions for the carrying on of such an

précité; *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, précité. Cette particularisation du test est transposable au cas d'un service fédéral, qui s'assimile sous plusieurs aspects fonctionnels à la notion d'entreprise. En l'espèce, la compétence fédérale sur ce service est tenue pour avérée; il s'agit donc de savoir si la législation provinciale atteint le service fédéral dans un de ses éléments vitaux ou essentiels relativement à sa mise en place, sa gestion ou son exploitation.

La *Loi sur les transports* du Québec vise d'une manière générale la coordination, la rationalisation et le développement du transport dans la province. Dans ce cadre global, certaines responsabilités et pouvoirs sont confiés au ministre des Transports et au gouvernement (section III); la Commission des transports du Québec est par ailleurs instituée et des pouvoirs importants en matière de permis et d'enquête lui sont conférés (sections V et VI). J'examinerai ces aspects de la *Loi* et de la réglementation adoptée sous son autorité qui sont susceptibles, selon l'appelante, d'atteindre le service de transport qu'elle offre dans ses aspects essentiels.

La *Loi* confie d'abord au ministre, sous le contrôle du gouvernement, la responsabilité de voir à l'amélioration des coûts, taux et tarifs en matière de transport dans la province «en les coordonnant et en les intégrant» (art. 3). Dans l'exercice de ses fonctions, le ministre peut accorder des subventions et exiger de tout transporteur la production d'un rapport d'exploitation (art. 4 et 4.1). C'est au gouvernement que sont conférés les pouvoirs généraux de réglementation sous l'autorité de la *Loi*. J'en relève les éléments suivants:

5. En outre des autres pouvoirs de réglementation qui lui sont conférés par la présente loi, le gouvernement peut, par règlement:

c) déterminer les activités qui requièrent un permis, prévoir des exceptions aux activités qui requièrent un permis eu égard à des types de personnes ou de biens transportés, à des types de transporteurs et, le cas échéant, eu égard au lieu du principal établissement de ces transporteurs, à des types de services, aux moyens ou systèmes de transport utilisés et au territoire couvert ou à la distance parcourue et édicter des conditions pour

activity or the availing of such an exception and fix the duration of such exception;

(d) determine the nature and classes of permits, establish standards permitting the determination of the minimum and maximum number of permits, and prescribe the conditions on which a permit may be issued and those on which a person may hold a permit and provide for exceptions to those conditions;

(e) prescribe conditions for the maintaining, assignment or transfer of a permit where there is a transfer of ownership or change of control of a means of transport or a transport system, or an acquisition contemplated in section 44;

(f) determine the minimum or maximum term of a permit, prescribe that a permit is not renewable, exempt a permit from the renewal procedure provided in section 37.1, prescribe the conditions on which a permit may be renewed and determine the cases where a permit may be renewed by the administrator of the Commission;

(g) fix the requirements applicable to the management and financing of means of transport or transport systems, the equipment of carriers, the exchange of equipment and the establishment or change of lines or routes of carriers;

(h) prescribe standards for the tariffs, rates or costs of transport, the leasing of vehicles and transport brokerage;

(m) fix the requirements applicable to a cost estimate, contract or bill of lading in respect of a carrier;

(n) determine the minimum stipulations to be included in a carrier contract and prescribe the minimum coverage of a civil liability insurance policy or guarantee of solvency required of a carrier; [Emphasis added.]

It may be noted forthwith that there are very few aspects of a transport service that are not subject to regulation, directly or indirectly, by the government. Most aspects of transport in the province are controlled by a permit system, and it is the subjection of the federal service to this permit system which is at issue here.

Under s. 5.1 of the *Act*, the government may confer on the Commission des transports du Québec a discretionary power to issue, renew or transfer permits. The permit system and the gener-

l'exercice d'une telle activité ou pour bénéficier d'une telle exception, de même que la durée de cette exception;

d) déterminer les classes et les catégories de permis, établir des normes permettant de déterminer le nombre minimum et maximum de permis, édicter les conditions applicables à la délivrance d'un permis et celles que doit remplir une personne pour en être titulaire et prévoir des exceptions à ces conditions;

e) édicter des conditions de maintien, de cession et de transfert d'un permis au cas de cession de la propriété ou de changement de contrôle d'un moyen ou d'un système de transport et au cas d'une acquisition visée à l'article 44;

f) déterminer la durée minimale ou maximale d'un permis, prescrire qu'un permis n'est pas renouvelable, exclure un permis de la procédure de renouvellement prévue à l'article 37.1, édicter les conditions applicables au renouvellement d'un permis et prévoir les cas où un permis peut être renouvelé par l'administrateur de la Commission;

g) fixer les exigences applicables à la gestion et au financement des moyens ou systèmes de transport, à l'équipement des transporteurs, à l'échange d'équipement, ainsi qu'à l'établissement ou à la modification des circuits ou des parcours des transporteurs;

h) décréter des normes de tarifs, de taux ou de coûts de transport, de location de véhicules et de courtage en transport;

m) fixer les exigences applicables à une estimation, à un contrat et à un connaissance dans le cas d'un transporteur;

n) déterminer les stipulations minimales que doit contenir le contrat d'un transporteur et prescrire la couverture minimale d'une police d'assurance-responsabilité civile ou d'une garantie de solvabilité requise d'un transporteur; [Je souligne.]

L'on peut noter d'emblée qu'il y a bien peu d'aspects d'un service de transport qui ne soient susceptibles d'être réglementés, de façon directe ou indirecte, par le gouvernement. C'est par le biais d'un système de permis que sont contrôlés la majorité des aspects du transport dans la province et c'est la sujétion du service fédéral à ce système de permis qui est ici mise en cause.

En matière de délivrance, de renouvellement ou de transfert de permis, le gouvernement peut, en vertu de l'art. 5.1 de la *Loi*, conférer un pouvoir discrétionnaire à la Commission des transports du

al powers of the Commission are set out by the *Act* in Division V, titled "Commission des transports". The general powers of the Commission are stated in s. 32:

32. The Commission may, within the scope of the regulations,

- (1) issue permits and fix the valid period thereof;
- (2) transfer any permit or any right granted by a permit;
- (3) impose conditions and restrictions on the use of a permit and limit the use of certain services of a permit holder to certain users;
- (4) in its own right or on application, fix scales of charges, which may include minimum, maximum or both minimum and maximum charges, and change, suspend or cancel all or some of them;
- (5) receive scales of charges for filing, which may include minimum, maximum or both minimum and maximum charges, and change, suspend or cancel all or some of them;
- (6) perform any other functions conferred on it by law. [Emphasis added.]

The permit system established by the *Act* turns on the general obligation imposed by the first paragraph of s. 36, which we noted above:

36. Notwithstanding any inconsistent provision of any general law or special act, no person may act as carrier or provide the services of a means of transport or transport system for direct or indirect remuneration unless he holds the permit prescribed for that purpose by regulation.

Most of the provisions relating to the permit system are contained in regulations, but certain aspects are dealt with in the *Act* directly. For example, s. 40 allows the Commission, in its own right or on request, to "change, suspend or revoke the permit of a carrier" if he alters the services he is authorized to provide under his permit without authorization from the Commission or if he "does not provide service up to the standard the public is entitled to expect, all things considered". Section 43 further provides that no permit holder "may discontinue, reduce or extend the services his permit authorizes him to provide or change the conditions thereof without prior authorization from the Commission".

Québec. Le système de permis de même que les pouvoirs généraux de la Commission sont encadrés par la *Loi* sous la section V, intitulée «Commission des transports». Les pouvoirs généraux de la Commission sont prévus à l'art. 32:

32. La Commission peut, dans le cadre des règlements:

- 1° délivrer les permis et en fixer la durée;
- 2° transférer tout permis ou tout droit conféré par un permis;
- 3° fixer des conditions et établir des restrictions à l'exploitation d'un permis et limiter l'utilisation de certains services d'un titulaire de permis à certains usagers;
- 4° de son propre chef ou sur demande, fixer des tarifs qui peuvent comporter soit un minimum, soit un maximum, soit un minimum et un maximum et les modifier, les suspendre ou les annuler en tout ou en partie;
- 5° recevoir des tarifs pour dépôt, lesquels peuvent comporter soit un minimum, soit un maximum, soit un minimum et un maximum et les modifier, les suspendre ou les annuler en tout ou en partie;
- 6° exercer les autres fonctions qui lui sont conférées par la loi. [Je souligne.]

Le système de permis établi par la *Loi* pivote sur l'obligation générale imposée par le premier alinéa de l'art. 36, que nous avons vu plus haut:

36. Nonobstant toute disposition inconciliable d'une loi générale ou spéciale, nul ne peut agir comme transporteur ou fournir des services à l'aide d'un moyen ou d'un système de transport contre une rémunération directe ou indirecte s'il ne détient le permis prescrit à cette fin par règlement.

La plupart des dispositions relatives au système de permis sont prévues par règlement mais certaines modalités en sont directement régies par la *Loi*. Par exemple, l'art. 40 permet à la Commission, de son propre chef ou sur demande, de «modifier, suspendre ou révoquer le permis d'un transporteur» lorsque celui-ci modifie sans autorisation de la Commission les services que son permis l'autorise à fournir, ou s'il «ne fournit pas un service de la qualité à laquelle le public est en droit de s'attendre eu égard aux circonstances». L'article 43 prévoit par ailleurs qu'un détenteur de permis «ne peut supprimer, réduire ou étendre les services que son permis l'autorise à fournir, ni en modifier les conditions, sans l'autorisation préalable de la Commission».

The *Bus Transport Regulation* (“the *Regulation*”) represents the exercise by the government of its general regulatory power over the specific sector of passenger bus transport. Section 1 first restates the general requirement for a permit, mentioned earlier:

1. Transport of persons by bus or minibus for reward shall require a bus transport permit issued by the Commission des transports du Québec.

Division II, titled “Issue, Renewal and Transfer of Permits”, is of particular interest. Section 12 lays down the general conditions considered by the Commission in issuing a permit:

12. The Commission shall issue a bus transport permit to a person who applies therefore [*sic*] where it considers that:

(1) the applicant possesses relevant knowledge or experience for competently carrying out the activity for which the permit is requested;

(2) the applicant gives evidence of sufficient financial grounding [*sic*] to insure the establishment and the viability of his undertaking;

(3) the applicant has sufficient human and material resources at his disposal to administer his undertaking efficiently;

(4) the services for which the applicant requests a permit fulfill needs of the clientele or the population of the territory to be served;

(5) the projected revenues are sufficient to insure the profitability of the services for which the permit is requested.

(6) the issue of the permit requested by the applicant is not likely to entail the disappearance of any other bus transport service or appreciably affect the quality thereof. [Emphasis added.]

Section 17 sets out the conditions that may be attached to a permit by the Commission:

17. When issuing, renewing or delivering a permit, the Commission shall indicate its duration and shall determine the places that the licence holder is authorized to serve, the routes, schedules and frequency of the trips he is authorized to make, the capacity and the category of the bus he is authorized to use, the clientele of his

C'est le *Règlement sur le transport par autobus* (le *Règlement*) qui traduit l'exercice par le gouvernement de son pouvoir général de réglementation relativement au secteur particulier du transport de personnes par autobus. Il réitère d'abord l'obligation générale de détenir un permis par son art. 1, que nous avons vu plus haut:

1. Pour effectuer un transport rémunéré de personnes par autobus ou minibus, une personne doit être titulaire d'un permis de transport par autobus délivré par la Commission des transports du Québec.

La section II intitulée «Délivrance, renouvellement et transfert des permis» nous est d'un intérêt particulier. L'article 12 y prévoit les conditions générales considérées par la Commission pour la délivrance d'un permis:

12. La Commission délivre un permis de transport par autobus à une personne qui lui en fait la demande lorsqu'elle estime que celle-ci satisfait aux critères suivants:

1° cette personne possède des connaissances ou une expérience pertinentes à l'exercice compétent de l'activité pour laquelle elle demande ce permis;

2° cette personne présente des assises financières suffisantes pour assurer l'implantation et la viabilité de son entreprise;

3° cette personne peut disposer des ressources humaines et matérielles suffisantes pour administrer et gérer avec efficacité son entreprise;

4° les services pour lesquels cette personne demande ce permis répondent aux besoins de la clientèle ou de la population du territoire desservi, selon le cas;

5° les revenus projetés sont suffisants pour assurer la rentabilité des services pour lesquels cette personne demande ce permis;

6° la délivrance du permis demandé par cette personne n'est pas susceptible d'entraîner la disparition de tout autre service de transport par autobus ou d'en affecter sensiblement la qualité. [Je souligne.]

L'article 17 prévoit quant à lui les conditions pouvant être attachées au permis par la Commission:

17. Lorsqu'elle délivre, renouvelle ou transfère un permis, la Commission indique sa durée et, s'il y a lieu, les endroits que son titulaire est autorisé à desservir, les parcours, les horaires et la fréquence des voyages qu'il est autorisé à effectuer, la capacité et la catégorie d'autobus qu'il est autorisé à utiliser, la clientèle de son

service, as well as other operating conditions and restrictions attached to his permit. [Emphasis added.]

The rates and tariffs attached to a permit are governed by a filing procedure prescribed by s. 21. Specific provisions are made for each category of permit relating to bus transport. Those dealing with tourist transport are as follows:

30. The holder of a tourist transport permit is authorized to provide [*sic*] sightseeing tours on routes, to places and according to schedules specified in his permit.

Where the tariff for a tourist transport service is fixed per vehicle, the Commission shall specify on the permit the minimum period of time required to cover a route rather than a schedule.

31. The holder of a tourist transport permit shall ensure that a guide accompagnies [*sic*] tourists along the entire route to inform them about the points of interest to be seen.

The bus driver may serve as guide. [Emphasis added.]

A detailed analysis of these provisions of the *Act* and the *Regulation* in my view demonstrates the massive and intrusive impact they undeniably have on the vital and essential aspects of the federal service.

The respondent admits that the appellant could not be subject to provincial regulations regarding routes and procedures, including the obligation to provide a guide, tariffs and the period in which the service will be provided. These aspects are mentioned in ss. 17, 21, 30 and 31 of the *Regulation* currently in effect, which embody certain powers conferred on the Commission by s. 32 of the *Act*. These sections of the *Regulation* further authorize the Commission to regulate areas where the service may be provided, schedules that must be observed, frequency of trips, categories of buses and clientele of the service. All these aspects directly affect the very concept and substance of the federal service and are accordingly within exclusive federal jurisdiction, like the plans for a future airport: *Construction Montcalm, supra*, at p. 771. These aspects of the provincial provisions are thus clearly not applicable to the federal ser-

service ainsi que les autres conditions et restrictions d'exploitation de son permis. [Je souligne.]

Les taux et tarifs attachés à un permis sont régis par une procédure de dépôt conformément à l'art. 21. Certaines dispositions particulières sont finalement prévues pour chacune des catégories de permis en matière de transport par autobus. Celles qui ont trait au transport touristique sont les suivantes:

30. Le titulaire d'un permis pour le service de transport touristique est autorisé à fournir un service de visites touristiques sur un parcours, à des endroits et selon l'horaire indiquée (*sic*) à son permis.

Toutefois, lorsque le tarif d'un service de transport touristique est établi par véhicule, la Commission indique au permis la durée minimale du parcours plutôt que l'horaire.

31. Le titulaire d'un permis pour le service de transport touristique doit s'assurer qu'un guide accompagne les touristes tout le long du parcours pour les renseigner sur les points d'intérêt observés en cours de route.

Le chauffeur de l'autobus peut toutefois remplir cette fonction. [Je souligne.]

L'analyse détaillée de ces dispositions de la *Loi* et du *Règlement* révèle selon moi l'impact massif et envahissant qu'elles ont indéniablement sur les éléments vitaux et essentiels du service fédéral.

L'intimée admet que l'appelante ne saurait être soumise à la réglementation provinciale qui touche le parcours et ses modalités, y compris l'obligation de fournir un guide, la tarification et la période de prestation du service. Ces aspects se retrouvent aux art. 17, 21, 30 et 31 du *Règlement* actuellement en vigueur, qui encadrent certains pouvoirs conférés à la Commission par l'art. 32 de la *Loi*. Ces articles du *Règlement* autorisent en outre la Commission à régir les endroits où le service peut être dispensé, les horaires à respecter, la fréquence des voyages, la catégorie d'autobus et la clientèle du service. Tous ces aspects atteignent en effet directement la conception et la substance même du service fédéral et sont par conséquent de compétence fédérale exclusive au même titre que les plans d'un futur aéroport: *Construction Montcalm, précité*, à la p. 771. Ces aspects de la réglementation provinciale sont donc clairement inapplicables

vice; but contrary to what was argued by the respondent, the inapplicability of provincial legislation goes beyond these few aspects and must in my view extend to the permit system taken as a whole.

Application of the permit system would appear to place the appellant Commission at the mercy of the largely discretionary decisions of the Commission des transports du Québec on fundamental aspects of the service it offers the public under its mandate. The impact the permits system would have on certain vital or essential aspects of the federal service may be illustrated by a few examples.

Section 17 of the *Regulation* leaves the list of operating conditions and restrictions attached to the permit open. If this is a discretionary power granted to the Commission—which is possible under s. 5.1 of the *Act*, but which I do not have to decide here—it seems quite clear that the appellant Commission cannot be subject to it without losing ultimate control over the substance of the service it provides under its mandate.

At another level, certain conditions for obtaining a permit set out by the government in s. 12 of the *Regulation* also affect vital aspects of the federal service. Under subs. (4), the Commission may refuse to issue a permit if it considers that the service provided does not fulfill the needs of the population of the territory to be served. This condition affects the fundamental decision to create a service and so impinges on its very existence, making the Commission des transports du Québec responsible for evaluating the need for the service in accordance with its view of the population's requirements. Subsection (5) authorizes a degree of interference by the Commission des transports in the gratuitous nature of the service, the budget assigned to it and the amount paid by the Commission to a contractor for providing it. Subsection (6) also touches on the advisability of setting up the service and allows the Commission to deny a permit in accordance with considerations completely unrelated to the appellant Commission's mandate.

au service fédéral. Mais contrairement aux prétentions de l'intimée, l'inapplicabilité de la législation provinciale dépasse ces quelques aspects et doit à mon avis s'étendre au système de permis envisagé globalement.

L'application du système de permis placerait en effet la Commission appelante à la merci de décisions largement discrétionnaires de la Commission des transports du Québec relativement à des aspects fondamentaux du service qu'elle offre au public en vertu de son mandat. L'atteinte portée par le système de permis sur certains aspects vitaux ou essentiels du service fédéral peut s'illustrer par quelques exemples.

L'article 17 du *Règlement* laisse la liste des conditions et restrictions d'exploitation attachées au permis ouverte. S'il s'agit là d'un pouvoir discrétionnaire accordé à la Commission—ce qui est rendu possible par l'art. 5.1 de la *Loi* mais dont je n'ai pas à décider ici—il m'apparaît manifeste que la Commission appelante ne peut s'y trouver soumise sans perdre le contrôle ultime sur la substance du service qu'elle dispense en vertu de son mandat.

À un autre niveau, certaines conditions d'obtention d'un permis posées par le gouvernement à l'art. 12 du *Règlement* atteignent également le service fédéral dans ses aspects vitaux. En vertu du par. 4, la Commission peut refuser la délivrance du permis si elle estime que le service entrepris ne répond pas aux besoins de la population du territoire desservi. Cette condition touche la décision fondamentale de mettre le service en place et atteint donc son existence même, en confiant à la Commission des transports du Québec l'évaluation de la pertinence du service eu égard à sa vision des besoins de la population. Le paragraphe 5 permet quant à lui une certaine ingérence de la Commission des transports relativement à la gratuité du service, au budget qui lui est affecté et au montant versé par la Commission à un entrepreneur pour le dispenser. Le paragraphe 6 touche également la pertinence d'implanter le service et permet à la Commission de refuser le permis en fonction de considérations complètement étrangères au mandat de la Commission appelante.

The *Act* itself contains certain provisions affecting the federal service in some of its essential aspects. We have seen that under s. 40, a permit holder must obtain authorization from the Commission des transports to alter the services it provides, otherwise it may have its permit changed, suspended or revoked by the Commission. The Commission may also order the Régie de l'assurance automobile du Québec to withdraw the registration plate and registration certificate of any vehicle used by the holder of a permit. There seem to be few limits on the discretion of the Commission des transports in authorizing a holder to alter the services provided, and in my opinion the appellant Commission's control over the substance of the service it offers is thereby affected. The holder of a permit is also subject to the same penalties, under s. 40, if he "does not provide service up to the standard the public is entitled to expect, all things considered". Here again, it is to be feared that this expression leaves much too great a scope for the Commission des transports to interfere in the very design of the service.

Accordingly, in my view it is the permit system taken as a whole which cannot be applied to the appellant Commission. The consequence of applying the legislation on permits would be to make the setting up, substance and maintenance of the federal transport service subject to the largely discretionary control of the Commission des transports and the government, when these aspects are within exclusive federal jurisdiction. The *Regulation* is therefore constitutionally inapplicable to the federal service, as are the provisions of the *Act* dealing with the permit system.

I hasten to add that this does not mean that the federal service is necessarily exempt from the application of provincial legislation dealing with safety in the transport industry, which is secured in the *Act* by a separate mechanism from the permit system. Indeed, the provisions dealing with safety are generally such that they rarely affect the vital or essential aspects of a service or undertaking. They rather tend to touch on certain

La *Loi* comporte elle-même certaines dispositions qui touchent le service fédéral dans certains de ses éléments essentiels. Nous avons vu qu'en vertu de l'art. 40, un détenteur de permis doit obtenir l'autorisation de la Commission des transports pour modifier les services qu'il fournit, sous peine de voir son permis modifié, suspendu ou révoqué par la Commission. La Commission peut également ordonner à la Régie de l'assurance automobile du Québec de retirer la plaque et le certificat d'immatriculation de tout véhicule utilisé par le détenteur de permis. La discrétion de la Commission des transports quant à l'autorisation de modifier les services fournis n'apparaît guère balisée et le contrôle par la Commission appelante sur la substance du service qu'elle dispense s'en trouve à mon avis affecté. Le détenteur de permis est en outre passible des mêmes sanctions, en vertu de l'art. 40, s'il «ne fournit pas un service de la qualité à laquelle le public est en droit de s'attendre eu égard aux circonstances». Encore ici, il est bien à craindre que cette expression ne laisse une possibilité beaucoup trop vaste à la Commission des transports de s'ingérer dans la conception même du service.

C'est donc le système de permis envisagé globalement qui ne saurait selon moi s'appliquer à la Commission appelante. L'application de la législation relative au permis aurait pour conséquence de soumettre la mise en place, la substance et le maintien du service fédéral de transport au contrôle largement discrétionnaire de la Commission des transports et du gouvernement, alors que ces aspects sont de compétence fédérale exclusive. Le *Règlement* est en conséquence constitutionnellement inapplicable au service fédéral, de même que les dispositions de la *Loi* touchant le système de permis.

Je m'empresse de préciser que le service fédéral n'est pas pour autant nécessairement exempté de l'application des dispositions législatives provinciales portant sur la sécurité dans le domaine du transport, dont le respect se trouve assuré dans la *Loi* par un mécanisme distinct du système de permis. Les dispositions portant sur la sécurité sont d'ailleurs généralement d'une nature telle qu'elles atteignent rarement un service ou une entreprise

secondary aspects of operations, which may often be likened to the example given in *Construction Montcalm, supra*, at p. 771, of the requirement by a province that workers wear a protective helmet on all construction sites, a requirement which was applicable to the site of a new airport.

(ii) *Adoption by Reference*

The respondent argues that Parliament has adopted all the provincial transport legislation by reference through the *Government Property Traffic Act* and the *Government Property Traffic Regulations*. The effect of such a reference would be to make the provincial provisions in question applicable to the federal service by authority of Parliament, so that the federal service would have to have a permit from the Commission des transports.

By an amendment on March 16, 1984, SOR/84-238, the *Government Property Traffic Regulations* became applicable to the territory of the Plains of Abraham. The sections referring to the provincial legislation read as follows:

Registration and Permits

5. (1) Except as provided in subsection (2) [exception made for South Klondike Highway], no person shall operate a vehicle on a highway unless

(a) he holds all licences and permits that he is, by the laws of the province and the municipality in which the highway is situated, required to hold in order to operate the vehicle in that province and municipality; and

(b) the vehicle is registered and equipped as required by the laws of the province and the municipality in which the highway is situated.

Compliance with Provincial and Municipal Laws

6. (1) Except as provided in subsection (2) [exception made for South Klondike highway], no person shall operate a vehicle on a highway otherwise than in accordance with the laws of the province and the municipality in which the highway is situated.

dans ses éléments vitaux ou essentiels. Elles ont plutôt tendance à toucher certaines modalités secondaires d'exécution pouvant souvent être assimilées à l'exemple donné dans *Construction Montcalm*, précité, à la p. 771, d'une obligation imposée aux travailleurs par une province de porter un casque protecteur sur tous les chantiers de construction, obligation qui est applicable au chantier d'un nouvel aéroport.

(ii) *L'adoption par référence*

L'intimée soutient que le Parlement a adopté par renvoi l'ensemble de la législation provinciale touchant au transport par le biais de la *Loi relative à la circulation sur les terrains de l'État* et du *Règlement relatif à la circulation sur les terrains du gouvernement*. L'effet d'un tel renvoi serait de rendre applicables au service fédéral, par l'autorité du Parlement, les dispositions provinciales en cause, de sorte qu'un permis de la Commission des transports serait requis pour le service fédéral.

Par une modification du 16 mars 1984 (DORS/84-238), le *Règlement relatif à la circulation sur les terrains du gouvernement* est devenu applicable sur le territoire des Plaines d'Abraham. Les articles renvoyant à la législation provinciale se lisent comme suit:

Enregistrement et permis

5. (1) Sauf dans le cas visé au paragraphe (2) [exception relative à la route Klondike sud], il est interdit à toute personne de conduire un véhicule sur une route, à moins que

a) cette personne ne détienne tous les permis et licences que les lois de la province et de la municipalité dans lesquelles est située la route lui enjoignent de détenir pour conduire le véhicule dans cette province et cette municipalité; et

b) le véhicule ne soit enregistré et équipé selon les prescriptions des lois de la province et de la municipalité dans lesquelles est située la route.

Observation des lois provinciales et municipales

6. (1) Sauf dans le cas visé au paragraphe (2) [exception relative à la route Klondike sud], il est interdit de conduire un véhicule sur une route autrement qu'en conformité avec les lois de la province et de la municipalité dans lesquelles la route est située.

(3) For the purposes of this section, in the event of any inconsistency between the provisions of the *Government Property Traffic Act* and these Regulations and the provisions of the laws of the province and the municipality in which the highway is situated and the laws of the Yukon Territory, the provisions of the *Government Property Traffic Act* and these Regulations prevail to the extent of the inconsistency.

The appellant suggests, like Dugas J., dissenting on appeal, that the federal legislation covers only the operation of vehicles on federal land, and that is all. In the appellant's submission, the federal government has adopted by reference only the provincial rules governing the operation of vehicles, and the requirements relating to the permits and licences that must be held by those operating a vehicle on such roads. In my opinion, one has to agree that the offences mentioned in the federal regulations relate to the operator of the vehicle.

It is also true, however, that the substance of those offences clearly and non-exhaustively includes all the provincial requirements relating to the vehicle itself. If a vehicle is not to be driven illegally, it must be "registered and equipped as required by the laws of the province and the municipality" concerned. Additionally, the operation of a vehicle is prohibited in general "otherwise than in accordance with the laws of the province".

Under s. 36 of the *Transport Act*, the duty to obtain a permit is imposed on the carrier, that is, the person providing or carrying on the transport service. This duty does not in any way apply to the driver of a vehicle used by the carrier. On the face of it, it would seem that the driver of a vehicle could not be convicted of an offence under these sections of the federal regulations because of the carrier's failure to obtain the necessary permit. The permit is legally required of the carrier or owner to operate the service, not of the driver to drive or operate the vehicle. I therefore see no direct connection between the duty to obtain a transport permit on the one hand and the driver or vehicle to which the sections of the federal regulations refer on the other.

(3) Pour l'application du présent article, les dispositions de la *Loi relative à la circulation sur les terrains du gouvernement* et celles du présent règlement l'emportent sur les dispositions incompatibles des lois de la province et de la municipalité dans lesquelles la route est située et celles des lois du Yukon.

b L'appelante suggère à l'instar du juge Dugas, dissident en appel, que la législation fédérale ne traite que de la conduite des véhicules sur un terrain fédéral sans plus. Le palier fédéral n'aurait, selon l'appelante, adopté par renvoi que les règles provinciales régissant la conduite des véhicules, ainsi que les exigences relatives aux permis et licences que doivent détenir les personnes qui conduisent un véhicule sur ces chemins. Il faut à mon avis admettre que les infractions prévues au règlement fédéral visent le conducteur du véhicule.

Il est également vrai toutefois que la substance de ces infractions comprend clairement et de façon non limitative toutes les exigences provinciales relatives au véhicule lui-même. Sous peine d'être conduit dans l'illégalité, le véhicule doit être « enregistré et équipé selon les prescriptions des lois de la province et de la municipalité » concernées. La conduite d'un véhicule est par ailleurs interdite de façon générale « autrement qu'en conformité des lois de la province ».

Aux termes de l'art. 36 de la *Loi sur les transports*, l'obligation d'obtenir un permis est imposée au transporteur, c'est-à-dire au fournisseur ou exploitant du service de transport. Cette obligation ne vise aucunement le conducteur d'un véhicule servant au transporteur. À première vue, il me semble que le conducteur du véhicule ne pourrait être trouvé coupable d'une infraction selon ces articles du règlement fédéral en raison du défaut par le transporteur d'avoir obtenu le permis requis. Le permis est juridiquement requis du transporteur ou de l'exploitant pour l'exploitation du service et non du conducteur pour la conduite ou la mise en marche du véhicule. Je ne vois donc aucun lien direct qui puisse relier l'obligation d'obtenir un permis de transport d'une part, au conducteur ou au véhicule auxquels réfèrent les articles du règlement fédéral d'autre part.

I am accordingly of the view that the federal legislation has not incorporated the provincial provisions on obtaining a transport permit.

C. *Does the Quebec Transport Act, R.S.Q. 1977, c. T-12, and the regulations enacted thereunder apply to a carrier carrying out, on behalf of the National Battlefields Commission, a transportation service in the National Battlefields Park?*

There is no need to dwell at length on this question, the substance of which I answered earlier. The concept of constitutional inapplicability relates here to the federal service, certain vital or essential aspects of which would be affected by the application of the provincial provisions. The status of the person providing this service is not relevant for this purpose: the permit system is simply not applicable to the service. The carrier may benefit from this immunity from application enjoyed by the service, and it is therefore not necessary to examine the application of Crown immunity to him.

It goes without saying that the carrier is not absolutely exempt from the permit system administered by the Commission des transports. It covers him with regard to activities he may carry on outside the limits of the service he provides the appellant Commission. What is decided here is that the provincial system does not apply with respect to the federal service: in other words, the mere fact that the carrier provides the federal service does not require him to obtain a permit from the Commission des transports du Québec.

5. Answers to Constitutional Questions and Decision

For these reasons, I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does the Quebec *Transport Act*, R.S.Q. 1977, c. T-12, apply to Her Majesty the Queen in Right of Canada or the appellant, the National Battlefields Commission, her agent?

Answer: It is not necessary to answer this question: the *Act* does not require a permit for a service provided without reward.

Je suis donc d'avis que la législation fédérale n'a pas incorporé les dispositions provinciales relatives à l'obtention d'un permis de transport.

C. *Est-ce que la Loi sur les transports du Québec, L.R.Q. 1977, ch. T-12, et les règlements adoptés sous son autorité, s'appliquent à un transporteur devant exécuter pour le compte de la Commission des champs de bataille nationaux un service de transport dans le Parc des champs de bataille?*

Il n'y a pas lieu de s'attarder sur cette question à laquelle j'ai en substance répondu plus haut. Le concept de l'inapplicabilité constitutionnelle se rapporte ici au service fédéral dont certains aspects vitaux ou essentiels seraient atteints par l'application des dispositions provinciales. Le statut de la personne qui se trouve à dispenser ce service n'est pas pertinent à cette fin; le système de permis est simplement inapplicable à l'égard du service. Le transporteur peut bénéficier de cette immunité d'application qui vise le service et il n'est donc pas nécessaire de s'interroger sur l'application de l'immunité de la Couronne à son endroit.

Il va sans dire que le transporteur n'est pas exempté sans réserve du système de permis administré par la Commission des transports. Il y demeure assujéti pour les activités qu'il peut exercer hors des balises du service confié par la Commission appelante. Ce qui est décidé ici, c'est que le système provincial ne s'applique pas à l'égard du service fédéral; en d'autres termes, le seul fait pour le transporteur de dispenser le service fédéral ne l'oblige pas à se procurer le permis de la Commission des transports du Québec.

5. Réponses aux questions constitutionnelles et dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles comme suit:

1. Est-ce que la *Loi sur les transports* du Québec, L.R.Q. 1977, ch. T-12, s'applique à Sa Majesté la Reine du chef du Canada ou à l'appelante, la Commission des champs de bataille nationaux, son mandataire?

Réponse: Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question; la *Loi* ne requiert aucun permis pour un service fourni sans rémunération.

2. Does the Quebec *Transport Act*, R.S.Q. 1977, c. T-12, and the regulations enacted thereunder apply with respect to the transportation service offered by the appellant in view of s. 91(1A) of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: As the federal jurisdiction over the sight-seeing transport service provided by the appellant is not at issue, the permit system established by the *Act* and governed by the *Bus Transport Regulation* is constitutionally inapplicable to it, which does not exempt the service from the application of the other provisions of the *Act*.

3. Does the Quebec *Transport Act*, R.S.Q. 1977, c. T-12, and the regulations enacted thereunder apply to a carrier carrying out, on behalf of the National Battlefields Commission, a transportation service in the National Battlefields Park?

Answer: The carrier providing the transport service may benefit from the aforementioned immunity from application enjoyed by the service, but is still potentially subject to provincial legislation in respect of such activities as he may undertake or have undertaken otherwise than as part of the federal service.

The appeal is therefore allowed, with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

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

Solicitors for the respondent: Levasseur, Ouellet, Québec.

Solicitors for the intervener: Alain Gingras and Jean Bouchard, Ste-Foy.

2. Est-ce que la *Loi sur les transports* du Québec, L.R.Q. 1977, ch. T-12, et les règlements adoptés sous son autorité s'appliquent au service de transport fourni par l'appelante compte tenu de l'art. 91(1A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse: La compétence fédérale sur le service touristique de transport fourni par l'appelante étant tenue pour avérée, le système de permis instauré par la *Loi* et régi par le *Règlement sur le transport par autobus* lui est constitutionnellement inapplicable, ce qui n'exempte pas ce service de l'application des autres dispositions de la *Loi*.

3. Est-ce que la *Loi sur les transports* du Québec, L.R.Q. 1977, ch. T-12, et les règlements adoptés sous son autorité, s'appliquent à un transporteur devant exécuter pour le compte de la Commission des champs de bataille nationaux un service de transport dans le Parc des champs de bataille?

Réponse: Le transporteur qui exécute le service de transport peut bénéficier de l'immunité d'application précitée visant le service, mais demeure potentiellement assujéti à la législation provinciale relativement aux activités qu'il peut entreprendre ou avoir entrepris autrement qu'en exécution du service fédéral.

Le pourvoi est donc accueilli, avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

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

Procureurs de l'intimée: Levasseur, Ouellet, Québec.

Procureurs de l'intervenant: Alain Gingras et Jean Bouchard, Ste-Foy.

Stanley Penno Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. PENNO

File No.: 20234.

1990: January 31; 1990: October 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Defences — Intoxication — Care or control of motor vehicle while impaired — Impairment element of offence — Whether intoxication defence to charge — Specific or general intent offence — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 234(1), 237(1)(a).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Care or control of motor vehicle while impaired — Impairment element of offence — Defence of intoxication unavailable — Whether unavailability of defence of intoxication infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 234(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Care or control of motor vehicle while impaired — Impairment element of offence — Defence of intoxication unavailable — Whether unavailability of defence of intoxication infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 234(1).

The accused was charged with four offences, including having care or control of a motor vehicle while impaired contrary to s. 234(1) of the *Criminal Code*. At trial, the police testified that the accused was found in the driver's seat of a stolen automobile which, while under his control, backed up a short distance. In

* Chief Justice at the time of judgment.

Stanley Penno Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée^a

RÉPERTORIÉ: R. C. PENNO

N° du greffe: 20234.

1990: 31 janvier; 1990: 4 octobre.

^b

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

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

^c

Droit criminel — Moyens de défense — Intoxication — Garde ou contrôle d'un véhicule à moteur alors qu'on a les facultés affaiblies — L'affaiblissement des facultés est un élément de l'infraction — L'intoxication constitue-t-elle un moyen de défense opposable à une accusation? — Infraction d'intention spécifique ou générale — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 234(1), 237(1)a).

^d

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Garde ou contrôle d'un véhicule à moteur alors qu'on a les facultés affaiblies — L'affaiblissement des facultés est un élément de l'infraction — Exclusion de l'intoxication comme moyen de défense — L'exclusion de l'intoxication comme moyen de défense viole-t-elle l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation peut-elle être justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 234(1).

^e^f^g^h

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Garde ou contrôle d'un véhicule à moteur alors qu'on a les facultés affaiblies — L'affaiblissement des facultés est un élément de l'infraction — Exclusion de l'intoxication comme moyen de défense — L'exclusion de l'intoxication comme moyen de défense viole-t-elle l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation peut-elle être justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 234(1).

ⁱ^j

L'accusé a été inculpé de quatre infractions, notamment d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors que ses facultés étaient affaiblies, contrairement au par. 234(1) du *Code criminel*. Au procès, les policiers ont témoigné avoir découvert l'accusé au volant d'une automobile volée, qui a reculé quelque peu alors

* Juge en chef à la date du jugement.

defence, the accused testified that he was so drunk he could not recall the evening's events. The trial judge acquitted the accused on the four charges on the ground that the accused was so intoxicated that he could not form the required intent to commit the offences. The Crown appealed the acquittal on the s. 234(1) charge. The Court of Appeal set aside the acquittal and entered a verdict of guilty. This appeal is to determine (1) whether intoxication is a defence to a charge of having care or control of a motor vehicle while impaired; (2) if the defence is excluded, whether such exclusion infringes ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and, if so, (3) whether the infringement is justifiable under s. 1 of the *Charter*.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.: The Crown's contention that drunkenness could not serve as a defence under s. 234(1) of the *Code* because of the presumption created by s. 237(1)(a) must be rejected. Since the Crown chose not to assert the presumption at trial, but rather relied exclusively on evidence that the accused had exercised care or control under s. 234(1)(a), it cannot be allowed to assert that presumption on appeal. To do so would result in the accused being deprived of the opportunity to make the full answer and defence that could have been made if it had been raised at trial. Intention to set the vehicle in motion is relevant to s. 237(1)(a); it is not relevant to s. 234(1).

The defence of intoxication is excluded under s. 234(1) of the *Code*. In enacting s. 234(1), Parliament has posited impairment as an essential element of the offence and must be taken to have eliminated the availability of a defence of lack of intent based on the same impairment which it has made culpable. It is impossible to speak of a defence which also constitutes an element of the offence. The exclusion of the defence of intoxication renders irrelevant the general intent/specific intent issue.

Even if the accused is too drunk to know that he is assuming care and control of the motor vehicle, the exclusion of intoxication as a defence under s. 234(1) does not constitute a limitation on the accused's right to

qu'il en avait le contrôle. En défense, l'accusé a témoigné qu'il était tellement ivre qu'il ne se rappelait plus rien de ce qui s'était passé au cours de la soirée en question. Le juge du procès a acquitté l'accusé relativement aux quatre accusations pour le motif qu'il était intoxiqué au point d'être incapable de former l'intention requise pour commettre les infractions. Le ministère public a interjeté appel de l'acquiescement à l'égard de l'accusation fondée sur le par. 234(1). La Cour d'appel a infirmé l'acquiescement et inscrit un verdict de culpabilité. Le présent pourvoi vise à déterminer (1) si l'intoxication constitue un moyen de défense opposable à une accusation d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors qu'on avait les facultés affaiblies, (2) à supposer que le moyen de défense soit exclu, si cette exclusion viole l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et, dans l'affirmative, (3) si la violation peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges Sopinka, Gonthier et McLachlin: Il faut rejeter l'argument du ministère public selon lequel l'état d'ébriété ne peut servir de moyen de défense à une accusation portée en vertu du par. 234(1) du *Code*, à cause de la présomption créée par l'al. 237(1)a). Parce que le ministère public a choisi de ne pas invoquer la présomption au procès, mais de se fonder uniquement sur la preuve établissant que l'accusé avait eu la garde ou le contrôle au sens de l'al. 234(1)a), on ne saurait lui permettre d'invoquer cette présomption en appel. Lui permettre de le faire aurait pour effet de priver l'accusé de la possibilité de présenter une défense pleine et entière, ce qu'il aurait pu faire si la présomption avait été invoquée au procès. L'intention de mettre le véhicule en marche est pertinente relativement à l'al. 237(1)a); elle ne l'est pas relativement au par. 234(1).

L'intoxication ne peut servir de moyen de défense à une accusation portée en vertu du par. 234(1) du *Code*. En adoptant le par. 234(1), le législateur a fait de l'affaiblissement des facultés un élément essentiel de l'infraction et il faut supposer qu'il a écarté la possibilité d'invoquer un moyen de défense d'absence d'intention fondé sur ce même affaiblissement des facultés qui l'a rendu coupable. Il est impossible de parler d'un moyen de défense qui constitue aussi un élément de l'infraction. L'exclusion de l'intoxication comme moyen de défense rend non pertinente la question de l'intention générale et de l'intention spécifique.

Même si l'accusé est trop ivre pour savoir qu'il assume la garde et le contrôle d'un véhicule à moteur, l'exclusion de l'intoxication comme moyen de défense ne constitue pas une limite au droit qu'a l'accusé de présenter

make full answer and defence under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, since the *mens rea* of the offence lies not in the intention to assume care or control of a motor vehicle, but in voluntarily becoming intoxicated. This interpretation recognizes that intoxication is excluded as a defence to impaired driving since it is the very gravamen of the offence. This state of the law was not changed by this Court's decision in *Toews*.

Per Wilson and L'Heureux-Dubé JJ.: Impairment cannot be a defence to the offence of having care or control of a motor vehicle while impaired under s. 234(1) of the *Criminal Code*. Impairment, as opposed to non-impairment, cannot be at one and the same time an essential element of the offence and a defence to the offence.

The unavailability of the defence of intoxication in the context of s. 234(1) does not constitute an infringement of ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. Where intoxication to the point of impairment is an essential element of an offence of general intent, i.e. part of the *actus reus*, the denial of the intoxication defence in relation to that offence does not give rise to a constitutional violation. The section 234(1) offence is one of general intent requiring only a minimal *mens rea*—the intent to assume care or control after the voluntary consumption of alcohol or a drug. The requirement of impairment is an element of the *actus reus*. No viable defence to a charge under s. 234(1) is foreclosed by the section, and no conviction can take place under the section despite a reasonable doubt as to the volitional nature of the accused's act. It is the act of having care or control of a motor vehicle while impaired, and not the simple act of having care or control, that must be volitional in order that the *actus reus* of this offence be established. To establish the *actus reus*, the Crown does not have to establish an intent to do it, but merely that the accused was aware that he was doing it. The conscious doing of an act encompasses the intention to do it and constitutes the minimal *mens rea* for general intent offences. When a person voluntarily consumes alcohol to the point of impairment and has care or control of a motor vehicle while in that condition, there is no doubt about the volitional nature of his act of becoming impaired. The accused's impairment is the gravamen of the offence under s. 234(1), and it is this which must be the result of an act of volition. Under the section, the act of having

une défense pleine et entière en vertu de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte*, puisque la *mens rea* de l'infraction réside non pas dans l'intention d'assumer la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur, mais dans le fait de s'intoxiquer volontairement. Cette interprétation reconnaît que l'intoxication est exclue comme moyen de défense opposable à la conduite avec facultés affaiblies étant donné qu'elle constitue le véritable élément essentiel de l'infraction. L'arrêt *Toews* de notre Cour n'est pas venu changer cet état du droit.

Les juges Wilson et L'Heureux-Dubé: L'affaiblissement des facultés ne peut être invoqué comme moyen de défense dans le cas de l'infraction, prévue au par. 234(1) du *Code criminel*, consistant à avoir la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors qu'on a les facultés affaiblies. L'affaiblissement des facultés, par opposition à l'absence d'affaiblissement des facultés, ne saurait constituer à la fois un élément essentiel de l'infraction et un moyen de défense opposable à une accusation d'avoir commis cette infraction.

L'exclusion du moyen de défense fondé sur l'intoxication dans le contexte du par. 234(1) ne constitue pas une violation de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte*. Lorsque l'intoxication qui affaiblit les facultés est un élément essentiel d'une infraction d'intention générale, c.-à-d. qu'elle fait partie de l'*actus reus*, l'exclusion du moyen de défense d'intoxication relativement à cette infraction ne donne pas lieu à une violation de la Constitution. L'infraction visée au par. 234(1) du *Code* est une infraction d'intention générale qui ne nécessite qu'une *mens rea* minimale—l'intention d'assumer la garde ou le contrôle après avoir consommé volontairement de l'alcool ou une drogue. L'exigence de l'affaiblissement des facultés est un élément de l'*actus reus*. Le paragraphe 234(1) n'exclut aucun moyen de défense valable pouvant être opposé à une accusation fondée sur cette disposition et aucune déclaration de culpabilité ne peut être fondée sur cet article malgré l'existence d'un doute raisonnable quant au caractère volontaire de l'acte de l'accusé. C'est l'acte qui consiste à avoir la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors qu'on a les facultés affaiblies et non pas le simple acte consistant à en avoir la garde ou le contrôle qui doit être volontaire pour que soit établi l'*actus reus* de cette infraction. Pour établir l'*actus reus*, le ministère public n'est pas obligé de prouver l'intention d'accomplir l'acte; il doit simplement établir que l'accusé savait qu'il le commettait. L'accomplissement conscient d'un acte comprend l'intention de l'accomplir et constitue la *mens rea* minimale requise pour les infractions d'intention générale. Quand une personne consomme volontairement de l'alcool au point de s'affaiblir

care or control and the state of voluntary impairment are undoubtedly required to be contemporaneous.

Crimes in which intoxication is part of the *actus reus*, therefore, are in a different category from crimes in which intoxication is relevant to the mental element only. There is no unconstitutionality in the creation of the former type of offence. However, if the unavailability of the defence of intoxication should constitute an infringement of an accused's constitutional rights, it would only be in cases of extreme intoxication verging on automatism, and such an infringement would be justified under s. 1 of the *Charter*.

Per La Forest J.: Section 234(1) of the *Code* prohibits the act of having care or control of a motor vehicle while the perpetrator of that act is impaired. The *mens rea* of the offence is the intention to assume care or control of the vehicle. Judicial construction also requires that the impairment be voluntary. Since Parliament has made it an offence to commit an act while impaired, it would be inconsistent for Parliament to have also considered that impairment (including intoxication) could be relied on by the defence.

Section 234(1) does not violate s. 7 or s. 11(d) of the *Charter*. With respect to s. 11(d), the constitutionality of s. 234(1), qualified as it is by s. 237(1) of the *Code*, has been accepted by this Court in *Whyte*. With respect to s. 7, a person can only come within the ambit of s. 234(1) if his intoxication is voluntary. It follows that s. 234(1) will only be applied where the assumption of the care or control of a vehicle while impaired can truly be said to be the responsibility of the accused in an ultimate sense, even if there is a question as to whether he was capable, because of intoxication, of forming the requisite intent as of the moment when care or control was actually assumed. Further, the *mens rea* requirement under s. 234(1) is very low. It will seldom be the case that a person who has the care or control of the motor vehicle be found so intoxicated as to have been incapable of satisfying the very low *mens rea* requirement of s. 234(1). This very low mental requirement is necessary if Parliament is to be able to

les facultés et qu'elle a la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors qu'elle est dans cet état, le caractère volontaire de l'affaiblissement de ses facultés ne fait aucun doute. L'affaiblissement des facultés de l'accusé constitue l'élément essentiel de l'infraction prévue au par. 234(1) et c'est cet affaiblissement des facultés qui doit résulter d'un acte volontaire. Aux fins de la disposition en cause, l'acte consistant à avoir la garde ou le contrôle et l'état d'affaiblissement volontaire des facultés doivent certainement coïncider.

Les crimes dont l'intoxication constitue un élément de l'*actus reus* se situent donc dans une catégorie différente de celle des crimes où l'intoxication n'est pertinente que relativement à l'élément moral. Il n'y a aucune inconstitutionnalité dans la création du premier type d'infractions. Cependant, si l'exclusion de l'intoxication comme moyen de défense devait constituer une violation des droits que la Constitution reconnaît à un accusé, ce ne serait que dans des cas d'extrême ébriété confinant à l'automatisme et cette violation serait justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Le juge La Forest: Le paragraphe 234(1) du *Code* interdit l'acte qui consiste à avoir la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors que les facultés de l'auteur de cet acte sont affaiblies. La *mens rea* de l'infraction est l'intention d'assumer la garde ou le contrôle du véhicule. La jurisprudence exige également que l'affaiblissement des facultés soit volontaire. Puisque le Parlement a prévu que l'acte qu'accomplit une personne alors que ses facultés sont affaiblies constitue une infraction, il serait illogique qu'il ait également envisagé que l'affaiblissement des facultés (y compris l'intoxication) puisse servir de moyen de défense.

Le paragraphe 234(1) ne viole ni l'art. 7 ni l'al. 11d) de la *Charte*. En ce qui concerne l'al. 11d), l'arrêt *Whyte* de notre Cour a reconnu la constitutionnalité du par. 234(1) assorti de la réserve prévue au par. 237(1) du *Code*. Quant à l'art. 7, une personne ne peut être visée par le par. 234(1) que si son intoxication est volontaire. Il s'ensuit que le par. 234(1) n'aura d'application que lorsqu'on peut vraiment affirmer que le fait pour l'accusé d'avoir assumé la garde ou le contrôle d'un véhicule alors que ses facultés étaient affaiblies est ultimement sa responsabilité, même s'il y a doute quant à savoir si, à cause de l'intoxication, il était capable de former l'intention requise au moment où il a vraiment assumé la garde ou le contrôle. De plus, la *mens rea* exigée par le par. 234(1) est très faible. On conclura rarement qu'une personne qui a la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur est intoxiquée au point d'être incapable d'avoir la *mens rea* très faible exigée par le par. 234(1). Cette exigence très faible quant à l'élément

create effective offences respecting impaired driving. The creation of such offences is obviously in the public interest, an interest which is encompassed in the "principles of fundamental justice" mentioned in s. 7 of the *Charter*.

Per Lamer C.J.: The offence of having care or control of a motor vehicle while impaired contrary to s. 234(1) of the *Code* is one of general intent requiring only a minimal *mens rea*. A general intent offence is one in which the only intent involved relates solely to the performance of the act in question with no further ulterior intent or purpose. The mental element of the s. 234(1) offence—the intent to assume care or control after the voluntary consumption of alcohol or a drug—is defined by referring directly to the *actus reus*. No further intent is required apart from the intent to do the *actus reus*. Since the offence is one of general intent, it follows that no defence of intoxication can negate the *mens rea* of the offence. The question is still open, however, as to whether intoxication giving rise to a state of insanity or automatism could negate the *mens rea* of this offence. There is no need to decide this issue in this case.

The unavailability of the defence of intoxication for general intent offences is a limit to the rights of an accused entrenched in ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. This defence is an important and valuable one for an accused in cases where, but for a rule preventing him from resorting to it, such a defence would have succeeded in raising a reasonable doubt as to voluntariness, an element essential to the commission of the *actus reus*. The limit on the accused's fundamental rights is the result of the judge-made rule that a defence of intoxication is unavailable or that any consideration of intoxication is made irrelevant in cases of general intent offences. In the context of drinking and driving offences, such a limit is demonstrably justifiable under s. 1 of the *Charter*. First, the objective of taking away the defence of intoxication is of sufficient importance to justify restricting the rights contained in ss. 7 and 11(d). The measure is part of the scheme set up by Parliament to protect the security and property of the public and is aimed at securing the conviction of the impaired persons who are in care or control of a motor vehicle. Second, the measure is proportional to the ends s. 234(1)(a) is designed to attain. There is a rational connection between the restriction on the fundamental rights and the objective. The unavailability of the defence of

moral est nécessaire si l'on veut que le Parlement puisse créer des infractions efficaces en matière de conduite avec facultés affaiblies. La création de telles infractions est manifestement conforme à l'intérêt public, lequel est englobé par les «principes de justice fondamentale» mentionnés à l'art. 7 de la *Charte*.

Le juge en chef Lamer: L'infraction consistant à avoir la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors qu'on a les facultés affaiblies, en contravention avec le par. 234(1) du *Code*, est une infraction d'intention générale qui ne nécessite qu'une *mens rea* minimale. Une infraction d'intention générale est celle pour laquelle l'intention se rapporte uniquement à l'accomplissement de l'acte en question, sans qu'il y ait d'autre intention ou dessein. L'élément moral de l'infraction définie au par. 234(1), c'est-à-dire l'intention d'assumer la garde ou le contrôle après avoir volontairement consommé de l'alcool ou une drogue, est défini par renvoi direct à l'*actus reus*. Aucune autre intention n'est requise sauf celle d'accomplir l'*actus reus*. Puisque l'infraction en est une d'intention générale, il s'ensuit que le moyen de défense fondé sur l'intoxication ne peut écarter la *mens rea* de l'infraction. Il n'est pas encore déterminé cependant si l'intoxication qui entraînerait un état d'aliénation mentale ou d'automatisme pourrait écarter la *mens rea* de cette infraction. Il n'est pas nécessaire de trancher cette question ici.

L'impossibilité d'avoir recours au moyen de défense fondé sur l'intoxication pour les infractions d'intention générale est une restriction aux droits que garantissent à un accusé l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Ce moyen de défense est important et précieux pour l'accusé dans les cas où, en l'absence de règle l'empêchant d'y recourir, un tel moyen de défense aurait pu soulever un doute raisonnable quant au caractère volontaire qui est un élément essentiel de la perpétration de l'*actus reus*. La restriction aux droits fondamentaux de l'accusé résulte de la règle de droit prétorien portant qu'on ne peut recourir au moyen de défense fondé sur l'intoxication ou que l'intoxication ne constitue pas un facteur pertinent dans le cas d'une infraction d'intention générale. Dans le contexte des infractions de conduite en état d'ébriété, la justification de cette limite peut se démontrer en vertu de l'article premier de la *Charte*. Premièrement, l'objectif de l'exclusion du moyen de défense fondé sur l'intoxication est suffisamment important pour justifier la restriction des droits garantis à l'art. 7 et à l'al. 11d). La mesure fait partie d'un régime établi par le législateur fédéral afin de garantir la sécurité du public et de protéger ses biens et elle vise à permettre de déclarer coupables les personnes aux facultés affaiblies qui ont la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur. Deuxième-

intoxication is logical and necessary to suppress all the effects of intoxication on the road. Further, the measure does not represent an overkill. The rule does not impose a conviction on an intoxicated person found to have care or control but who is completely blameless. Involuntary intoxication is left unpunished as is also an involuntary taking, care, or control, due to factors other than intoxication.

Cases Cited

By McLachlin J.

Referred to: *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Toews*, [1985] 2 S.C.R. 119; *Ford v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 231; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29; *R. v. King*, [1962] S.C.R. 746.

By Wilson J.

Considered: *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; **referred to:** *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Toews*, [1985] 2 S.C.R. 119.

By La Forest J.

Applied: *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; **referred to:** *R. v. Toews*, [1985] 2 S.C.R. 119; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425.

By Lamer C.J.

Considered: *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; **referred to:** *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871; *Ford v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 231; *R. v. Toews*, [1985] 2 S.C.R. 119; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Saunders v. The Queen*, [1967] S.C.R. 284; *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889; *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d).

ment, la mesure est proportionnelle aux fins visées par l'al. 234(1)a). Il existe un lien rationnel entre la restriction imposée aux droits fondamentaux et l'objectif visé. L'impossibilité d'invoquer le moyen de défense fondé sur l'intoxication est un élément logique et nécessaire de la suppression de tous les effets de l'intoxication au volant. De plus, la mesure ne représente pas une réaction trop vive. La règle n'exige pas la déclaration de culpabilité d'une personne trouvée en état d'ébriété alors qu'elle a la garde ou le contrôle d'un véhicule, mais qui est complètement innocente. L'intoxication involontaire n'est pas punie, non plus que la prise involontaire de la garde ou du contrôle en raison de facteurs étrangers à l'intoxication.

c Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Toews*, [1985] 2 R.C.S. 119; *Ford c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 231; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29; *R. v. King*, [1962] R.C.S. 746.

e Citée par le juge Wilson

Arrêt examiné: *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; **arrêts mentionnés:** *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Toews*, [1985] 2 R.C.S. 119.

f Citée par le juge La Forest

Arrêt appliqué: *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; **arrêts mentionnés:** *R. c. Toews*, [1985] 2 R.C.S. 119; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425.

h Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt examiné: *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; **arrêts mentionnés:** *R. v. George*, [1960] R.C.S. 871; *Ford c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 231; *R. c. Toews*, [1985] 2 R.C.S. 119; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Saunders v. The Queen*, [1967] R.C.S. 284; *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640.

i Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d).

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 234 [am. 1974-75-76, c. 93, s. 14], 237 [am. 1974-75-76, c. 93, s. 18], 294(a) [rep. & sub. 1972, c. 13, s. 23; rep. & sub. 1974-75-76, c. 93, s. 25], 303 [am. 1972, c. 13, s. 70], 312(1)(a) [rep. & sub. 1974-75-76, c. 93, s. 29].

Authors Cited

Herrmann, Joachim. "Causing the Conditions of One's Own Defense: The Multifaceted Approach of German Law," [1986] *B.Y.U. L. Rev.* 747.

Mitchell, Chester N. "The Intoxicated Offender—Refuting the Legal and Medical Myths" (1988), 11 *Int. J.L. Psychiatry* 77.

Paizes, Andrew. "Intoxication Through the Looking-Glass" (1988), 105 *S.A.L.J.* 776.

Quigley, Tim. "Reform of the Intoxication Defence" (1987), 33 *McGill L.J.* 1.

Schabas, Paul B. "Intoxication and Culpability: Towards an Offence of Criminal Intoxication" (1984), 42 *U.T. Fac. L. Rev.* 147.

Skeen, A. St. Q. "Intoxication is No Longer a Complete Defence in Bophuthatswana: Will South Africa Follow Suit" (1984), 101 *S.A.L.J.* 707.

United Kingdom. Criminal Law Revision Committee. *Fourteenth Report: Offences against the Person*, Cmnd 7844. London: H.M.S.O., 1980.

United Kingdom. Home Office. Department of Health and Social Security. *Report of the Committee on Mentally Abnormal Offenders*, Cmnd 6244. London: H.M.S.O., 1975.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1986), 30 C.C.C. (3d) 533, 45 M.V.R. 28, 18 O.A.C. 31, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on a charge of having care or control of a motor vehicle while impaired contrary to s. 234 of the *Criminal Code*. Appeal dismissed.

Melvyn Green, for the appellant.

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

The following are the reasons delivered by

LAMER C.J.—This case raises the issue of whether someone accused pursuant to s. 234 (now s. 253) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, of having care or control of a motor vehicle while impaired, and to whom s. 237 (now s. 258)

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 234 [mod. 1974-75-76, ch. 93, art. 14], 237 [mod. 1972, ch. 13, art. 17; mod. 1974-75-76, ch. 93, art. 18], 294(a) [abr. & rempl. 1972, ch. 13, art. 23; abr. & rempl. 1974-75-76, ch. 93, art. 25], 303 [mod. 1972, ch. 13, art. 70], 312(1)(a) [abr. & rempl. 1974-75-76, ch. 93, art. 29; mod. 1984, ch. 40, art. 79, ann. V, n° 6(4)].

Doctrine citée

Herrmann, Joachim. «Causing the Conditions of One's Own Defense: The Multifaceted Approach of German Law», [1986] *B.Y.U. L. Rev.* 747.

Mitchell, Chester N. «The Intoxicated Offender—Refuting the Legal and Medical Myths» (1988), 11 *Int. J.L. Psychiatry* 77.

Paizes, Andrew. «Intoxication Through the Looking-Glass» (1988), 105 *S.A.L.J.* 776.

Quigley, Tim. «Reform of the Intoxication Defence» (1987), 33 *R.D. McGill* 1.

Schabas, Paul B. «Intoxication and Culpability: Towards an Offence of Criminal Intoxication» (1984), 42 *U.T. Fac. L. Rev.* 147.

Skeen, A. St. Q. «Intoxication is No Longer a Complete Defence in Bophuthatswana: Will South Africa Follow Suit» (1984), 101 *S.A.L.J.* 707.

United Kingdom. Criminal Law Revision Committee. *Fourteenth Report: Offences against the Person*, Cmnd 7844. London: H.M.S.O., 1980.

United Kingdom. Home Office. Department of Health and Social Security. *Report of the Committee on Mentally Abnormal Offenders*, Cmnd 6244. London: H.M.S.O., 1975.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1986), 30 C.C.C. (3d) 533, 45 M.V.R. 28, 18 O.A.C. 31, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquiescement de l'accusé relativement à une accusation d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors que ses facultés étaient affaiblies, contrairement à l'art. 234 du *Code criminel*. Pourvoi rejeté.

Melvyn Green, pour l'appellant.

Jeff Casey et *Susan Chapman*, pour l'intimée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Le présent pourvoi soulève la question de savoir si une personne accusée en vertu de l'art. 234 (aujourd'hui l'art. 253) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur

of the *Criminal Code* applies, can raise a defence of intoxication.

I—The Facts

In the early hours of April 27, 1985, in the Township of Michipicoten, Ontario, an automobile was stolen by two unidentified persons. About twenty minutes later, the police located the vehicle and found the appellant sitting in the driver's seat and another person sitting beside him. The investigating officer was not sure whether the vehicle was in motion when he located it. However, he testified that while he got out of the police car and approached the vehicle, he saw the appellant gesturing as if putting it in reverse and, in effect, the vehicle moved back about one foot. The key was in the ignition and the ignition was on. The passenger was found in possession of an additional set of keys in his pocket. The appellant and the passenger were immediately arrested by the police.

It is common ground that the accused had been drinking heavily in the hours which preceded his arrest. He testified that he had no recollection of any of the events that took place between midnight and the moment he was awakened in his cell, late that morning.

The appellant was acquitted of the four counts of which he was charged: robbery contrary to s. 303 of the *Code*, theft of the car contrary to s. 294(a) of the *Code*, possession of the car contrary to s. 312(1)(a) of the *Code* and care or control of a motor vehicle while impaired contrary to s. 234 of the *Code*. The Crown has only appealed the acquittal on the s. 234 charge, that is, having care or control of a motor vehicle while impaired.

alors que ses facultés étaient affaiblies et à laquelle l'art. 237 (aujourd'hui l'art. 258) du *Code criminel* s'applique peut invoquer l'intoxication comme moyen de défense.

a

I—Les faits

Deux personnes non identifiées ont volé une automobile aux petites heures du matin, le 27 avril 1985, dans le canton de Michipicoten, en Ontario. Environ vingt minutes plus tard, les policiers ont retrouvé le véhicule dans lequel ils ont découvert l'appelant à la place du conducteur et une autre personne assise à ses côtés. L'agent qui a procédé à l'enquête n'est pas sûr que le véhicule était en mouvement quand il l'a retracé. Cependant, il a témoigné qu'au moment de sortir de la voiture de patrouille et de s'approcher du véhicule il a vu l'appelant faire un geste comme pour mettre le véhicule en marche arrière et il a constaté que le véhicule a reculé d'environ un pied. Les clés étaient dans le contact et le moteur tournait. Le passager avait en sa possession un autre jeu de clés qui se trouvait dans sa poche. L'appelant et le passager ont tout de suite été mis en état d'arrestation.

Il est reconnu que l'accusé avait consommé une grande quantité d'alcool dans les heures qui ont précédé son arrestation. L'accusé a témoigné qu'il ne se souvenait pas des événements qui se sont déroulés entre minuit et son réveil, en cellule, tard dans la matinée.

L'appelant a été acquitté des quatre chefs d'accusation portés contre lui: celui de vol qualifié en contravention avec l'art. 303 du *Code*, celui de vol d'une voiture en contravention avec l'al. 294a) du *Code*, celui de possession de cette voiture en contravention avec l'al. 312(1)a) du *Code* et celui d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule alors que ses facultés étaient affaiblies en contravention avec l'art. 234 du *Code*. Le ministère public a interjeté appel seulement de l'acquiescement concernant le chef relatif à l'art. 234, c'est-à-dire celui d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors que les facultés de l'accusé étaient affaiblies.

II—Judgments in the Courts Below

The trial judge found that the appellant was very intoxicated. He acquitted the appellant on the four counts as he was of the opinion that his degree of intoxication prevented him from forming the required mental element in respect of the offences with which he was charged. The trial judge did not however proceed to an analysis of the elements of the offence of having care or control of a vehicle while impaired and did not consequently relate the effect of the defence of intoxication to any of these elements.

The sole ground of appeal raised by the Crown before the Ontario Court of Appeal was that a defence of self-induced intoxication on a charge of care or control of a motor vehicle while impaired is not available to an accused. The Court of Appeal held that intention to drive is not an essential element of the offence under s. 234. The Crown need only prove that the accused had care or control of a motor vehicle while impaired. The offence was regarded as a general intent offence, for which the Crown need not prove that the assumption of care or control was motivated by any particular purpose. It further held not only that voluntary intoxication is not a defence to a crime of general intent but also that it can form the *mens rea* of such an offence. The Court of Appeal accordingly allowed the appeal, set aside the acquittal and entered a verdict of guilty: (1986), 30 C.C.C. (3d) 533, 45 M.V.R. 28, 18 O.A.C. 31.

III—The Relevant Legislation

This appeal involves s. 234 of the *Code* which creates the offence of having care or control of a motor vehicle while impaired and the presumption created under s. 237 of the *Code*. These sections read as follows:

II—Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Le juge du procès a conclu que l'appellant était très intoxiqué. Il a acquitté l'appellant relativement aux quatre chefs d'accusation parce qu'à son avis, l'état d'intoxication dans lequel était l'appellant l'a empêché de former l'élément moral nécessaire à l'égard des infractions dont il était accusé. Le juge du procès n'a cependant pas procédé à l'analyse des éléments de l'infraction consistant à avoir la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors qu'on a les facultés affaiblies et il n'a donc pas établi le lien entre l'effet du moyen de défense fondé sur l'intoxication et l'un ou l'autre de ces éléments.

Le seul moyen d'appel invoqué par le ministère public devant la Cour d'appel de l'Ontario a été que l'accusé ne peut opposer le moyen de défense fondé sur l'intoxication volontaire à une accusation d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors que ses facultés étaient affaiblies. La Cour d'appel a conclu que l'intention de conduire n'est pas un élément essentiel de l'infraction définie à l'art. 234. Le ministère public n'a qu'à prouver que l'accusé avait la garde ou le contrôle du véhicule alors que ses facultés étaient affaiblies. L'infraction a été considérée comme une infraction d'intention générale, pour laquelle la poursuite n'a pas besoin de prouver que le fait d'avoir la garde ou le contrôle d'un véhicule était motivée par une intention particulière. Elle a aussi statué que non seulement l'intoxication volontaire ne pouvait servir de moyen de défense à un crime d'intention générale, mais aussi qu'elle pouvait constituer la *mens rea* d'une telle infraction. La Cour d'appel a donc accueilli l'appel, annulé l'acquiescement et inscrit un verdict de culpabilité: (1986), 30 C.C.C. (3d) 533, 45 M.V.R. 28, 18 O.A.C. 31.

III—Les dispositions législatives pertinentes

Le présent pourvoi porte sur l'art. 234 du *Code* qui définit l'infraction consistant à avoir la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors qu'on a les facultés affaiblies et sur la présomption créée en vertu de l'art. 237 du *Code*. Ces articles sont ainsi rédigés:

234. (1) Every one who, while his ability to drive a motor vehicle is impaired by alcohol or a drug, drives a motor vehicle or has the care or control of a motor vehicle, whether it is in motion or not, is guilty of an indictable offence or an offence punishable on summary conviction and is liable

(a) for a first offence, to a fine of not more than two thousand dollars and not less than fifty dollars or to imprisonment for six months or to both;

(b) for a second offence, to imprisonment for not more than one year and not less than fourteen days; and

(c) for each subsequent offence, to imprisonment for not more than two years and not less than three months.

237. (1) In any proceedings under section 234 or 236,

(a) where it is proved that the accused occupied the seat ordinarily occupied by the driver of a motor vehicle, he shall be deemed to have had the care or control of the vehicle unless he establishes that he did not enter or mount the vehicle for the purpose of setting it in motion;

IV—Analysis

The appellant submits that the crime of having care or control of a motor vehicle while impaired is a crime of specific intent in the sense that s. 234(1)(a) requires a further purpose to the mere intent to “use . . . the car, its fittings or equipment”. He argues that this specific intent is the intent to use the car, its fittings or equipment for the purpose of operating the car as a motor vehicle, as opposed to the intent to use the car as a bedroom, for example. The importance of classifying a crime as one of specific rather than general intent resides in the availability of the defence of intoxication for specific intent crimes.

General or Specific Intent Crimes and the Availability of a Defence of Intoxication

The difficult task of formulating a meaningful distinction between specific intent and general intent crimes was addressed by this Court in *R. v.*

234. (1) Quiconque, à un moment où sa capacité de conduire un véhicule à moteur est affaiblie par l'effet de l'alcool ou d'une drogue, conduit un véhicule à moteur ou en a la garde ou le contrôle, que ce véhicule soit en mouvement ou non, est coupable d'un acte criminel ou d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, et passible,

a) pour la première infraction, d'une amende de cinquante à deux mille dollars et d'un emprisonnement de six mois, ou de l'une des peines;

b) pour la deuxième infraction, d'un emprisonnement de quatorze jours à un an; et

c) pour chaque infraction subséquente, d'un emprisonnement de trois mois à deux ans.

237. (1) Dans toutes procédures en vertu de l'article 234 ou 236,

a) lorsqu'il est prouvé que le prévenu occupait la place ordinairement occupée par le conducteur d'un véhicule à moteur, il est réputé avoir eu la garde ou le contrôle du véhicule, à moins qu'il n'établisse qu'il n'avait pas pris place dans ou sur le véhicule afin de le mettre en marche;

IV—Analyse

L'appelant soutient que le crime consistant à avoir la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors qu'on a les facultés affaiblies est un crime d'intention spécifique en ce sens que l'al. 234(1)a exige un dessein additionnel outre la simple intention [TRADUCTION] «d'utiliser . . . le véhicule ou ses accessoires». Il soutient que l'intention spécifique en cause est celle d'utiliser la voiture ou ses accessoires dans le but de se servir de la voiture comme véhicule à moteur par opposition à celle de s'en servir comme endroit pour dormir, par exemple. L'importance de qualifier un crime de crime d'intention spécifique plutôt que de crime d'intention générale tient à la possibilité d'opposer l'intoxication comme moyen de défense dans le cas des crimes d'intention spécifique.

Les crimes d'intention générale et ceux d'intention spécifique en regard de la possibilité d'invoquer l'intoxication comme moyen de défense

Notre Cour a déjà entrepris la tâche difficile d'établir une distinction utile entre les crimes d'intention spécifique et ceux d'intention générale dans

George, [1960] S.C.R. 871, where Fauteux J. explained at p. 877:

In considering the question of *mens rea*, a distinction is to be made between (i) intention as applied to acts considered in relation to their purposes and (ii) intention as applied to acts considered apart from their purposes. A general intent attending the commission of an act is, in some cases, the only intent required to constitute the crime while, in others, there must be, in addition to that general intent, a specific intent attending the purpose for the commission of the act.

Recently, in *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, a majority of this Court reaffirmed the desirability of keeping the distinction between specific intent crimes and general intent crimes as well as the consequences that flow from it with regards to the availability of a defence of intoxication to negate the *mens rea*. McIntyre J. gave the following explanation of the distinction at p. 863:

The general intent offence is one in which the only intent involved relates solely to the performance of the act in question with no further ulterior intent or purpose. . . . A specific intent offence is one which involves the performance of the *actus reus*, coupled with an intent or purpose going beyond the mere performance of the questioned act.

In the same decision, Wilson J. was of the view that only a minimal intent was involved in proving the *mens rea* of general intent crimes and that in these cases, "intentional and voluntary" had to be opposed to "accidental or involuntary" (p. 883).

It is of no use here to repeat the thorough analysis made by some of the members of this Court in *Bernard* as regards the desirability of the distinction, the fact being that *Bernard* reaffirms it as it reaffirms the consequences that flow from it. The question, therefore, simply becomes whether s. 234(1)(a) is an offence of specific intent or general intent.

That the intention to set a vehicle in motion is not an element of the offence of having care or control of a motor vehicle while one's ability to drive is impaired has been affirmed in *Ford v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 231. Proof of lack of intent to set the motor vehicle in motion is only

l'arrêt *R. v. George*, [1960] R.C.S. 871, où le juge Fauteux explique, à la p. 877:

[TRADUCTION] En étudiant la question de la *mens rea*, il y a lieu d'établir une distinction entre (i) l'intention qui s'applique aux actes en fonction des buts visés et (ii) l'intention qui s'applique aux actes indépendamment des buts visés. Dans certain cas, l'intention générale de perpétrer l'acte suffit pour qu'il y ait crime alors que dans d'autres cas, il doit y avoir, outre l'intention générale, une intention spécifique de commettre l'acte.

Récemment, dans l'arrêt *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, notre Cour a, à la majorité, confirmé l'à-propos de conserver la distinction entre les crimes d'intention générale et ceux d'intention spécifique et les conséquences qui en découlent sur la possibilité d'opposer le moyen de défense fondé sur l'intoxication pour réfuter la *mens rea*. Le juge McIntyre explique la distinction dans les termes suivants, à la p. 863:

L'infraction d'intention générale est celle pour laquelle l'intention se rapporte uniquement à l'accomplissement de l'acte en question, sans qu'il y ait d'autre intention ou dessein. [. . .] Une infraction d'intention spécifique se caractérise par la perpétration de l'*actus reus* assortie d'une intention ou d'un dessein qui ne se limite pas à l'accomplissement de l'acte en question.

Dans le même arrêt, le juge Wilson exprime l'avis que, pour prouver la *mens rea* des crimes d'intention générale, il suffit de faire la preuve d'une intention minimale et que, dans ces cas, il faut opposer « intentionnel et volontaire » à « accidentel et involontaire » (p. 883).

Il est inutile de reprendre ici l'analyse complète à laquelle ont procédé certains juges de notre Cour dans l'arrêt *Bernard* sur l'opportunité de la distinction, puisque l'arrêt *Bernard* la confirme tout comme il confirme les conséquences qui en découlent. La question se résume donc à savoir si l'al. 234(1)(a) est une infraction d'intention spécifique ou d'intention générale.

L'arrêt *Ford c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 231, confirme que l'intention de mettre le véhicule en marche n'est pas un élément de l'intention d'avoir la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors que la capacité de conduire est affaiblie. La preuve de l'absence d'intention de mettre le véhi-

relevant to prevent the Crown from benefiting from the presumption of s. 237(1)(a). This Court has recently reaffirmed these findings in *R. v. Toews*, [1985] 2 S.C.R. 119, and *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3.

The *mens rea* and the *actus reus* of the offence of care or control of a motor vehicle while one's ability to drive was impaired were examined in *Toews* and the following conclusion was reached at p. 124:

Similarly, the *mens rea* for having care or control of a motor vehicle is the intent to assume care or control after the voluntary consumption of alcohol or a drug. The *actus reus* is the act of assumption of care or control when the voluntary consumption of alcohol or a drug has impaired the ability to drive. [Emphasis added.]

The mental element of this offence is therefore defined by referring directly to the *actus reus*. No further intent is required apart from the intent to do the *actus reus* which strongly indicates that this offence falls within the category of general intent offences. It has also been stated by Dickson C.J., speaking for the Court in *Whyte*, that the intent required under this offence is a minimal one. That case was dealing with the constitutionality of the presumption of care or control contained in s. 237(1)(a) considered in the light of s. 11(d) in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Chief Justice stated at p. 22:

In my view, we must recognize that Parliament was faced with a difficult task in defining drinking and driving offences. The very fact that consumption of alcohol is an element of these offences renders problematic the element of intention. Justice precludes undue reliance upon strict or absolute liability. Social protection precludes undue emphasis upon the mental element to these offences. Parliament has decided to define the offence in terms of "care or control". As I have already noted, this Court has held that the Crown need not prove that the accused had an intention to drive or to set the vehicle in motion in order to secure a conviction for "care or control". The *mens rea* requirement for the offence of care or control is a minimal one

cule en marche joue seulement pour empêcher le ministère public de bénéficier de la présomption de l'al. 237(1)a). Notre Cour a récemment confirmé ces conclusions dans les arrêts *R. c. Toews*, [1985] 2 R.C.S. 119, et *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3.

L'arrêt *Toews* a examiné les questions de la *mens rea* et de l'*actus reus* de l'infraction d'avoir la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors que la capacité de conduire est affaiblie et a conclu ceci, à la p. 124:

De même, la *mens rea* de l'infraction d'avoir la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur est l'intention d'assumer la garde ou le contrôle après avoir volontairement consommé de l'alcool ou une drogue. L'*actus reus* est l'acte qui consiste à assumer la garde ou le contrôle du véhicule alors que la consommation volontaire d'alcool ou d'une drogue a affaibli la capacité de conduire. [Je souligne.]

L'élément moral de cette infraction se trouve donc défini par renvoi direct à l'*actus reus*. Aucune autre intention n'est requise sauf celle d'accomplir l'*actus reus*, ce qui indique fortement que cette infraction tombe dans la catégorie des infractions d'intention générale. Le juge en chef Dickson, s'exprimant au nom de la Cour dans l'arrêt *Whyte*, a affirmé que l'intention requise pour cette infraction est une intention minimale. Cet arrêt portait sur la constitutionnalité de la présomption de garde ou de contrôle contenue à l'al. 237(1)a) compte tenu de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge en chef Dickson dit ceci, à la p. 22:

À mon avis, nous devons reconnaître que la définition des infractions en matière d'alcool au volant constitue une tâche difficile pour le législateur. Le fait même que la consommation d'alcool constitue un élément de ces infractions soulève un problème en ce qui a trait à l'élément de l'intention. La justice empêche qu'on se fie indûment à la responsabilité stricte ou absolue. La protection de la société empêche qu'on mette indûment l'accent sur l'élément moral de ces infractions. Le législateur a décidé de définir l'infraction en fonction de «la garde ou du contrôle». Comme je l'ai déjà mentionné, cette Cour a conclu que le ministère public n'a pas besoin de démontrer que l'accusé avait l'intention de conduire ni de mettre le véhicule en marche pour entraîner une déclaration de culpabilité en matière de «garde ou contrôle». L'exigence de la *mens rea* pour l'infraction de garde ou de contrôle est minimale et on n'a pas

and it has not been argued here that this constitutes a departure from the requirements of s. 7 or s. 11(d) of the *Charter*. [Emphasis added.]

Furthermore, the submission of the appellant whereby the intent of the offence should be defined as the intent to use the car, its fittings or equipment for the purpose of operating the car as a motor vehicle runs counter to the clear pronouncement of this Court to the effect that the intention to set it in motion is not an element of this offence. Using a motor vehicle as a motor vehicle is another way of saying using a motor vehicle to set it in motion, since the main characteristic that distinguishes a motor vehicle from other objects or places is the ability to use it for transportation, that is, to set it in motion. Such a proposition would be the equivalent of accepting that the appellant must have had the intention to set the motor vehicle in motion in order to contravene to s. 234(1)(a), a proposition that was rejected in *Ford*.

The law, however, is not deprived of any flexibility and does not go so far as to punish the mere presence of an individual whose ability to drive is impaired in a motor vehicle. In fact, *Toews* stands for the proposition that when a person uses a vehicle in a way that involves no risk of putting it in motion so that it could become dangerous, the courts should find that the *actus reus* was not present. In that case, the accused was acquitted because he was sleeping on the front seat, in a sleeping bag with his head near the passenger's door. The Court did not base its decision on the absence of *mens rea* that would derive from the accused's intent to use the vehicle for another purpose than to use it as a motor vehicle, that is to use it as a bedroom. Rather, it held at p. 127:

It has not been shown . . . that the respondent performed any acts of care or control and he has therefore not performed the *actus reus*.

For these reasons, I am of the view that the offence of having care or control of a motor vehicle while one's ability to drive is impaired is a general intent offence. It follows, as was decided by a majority of this Court in *Bernard*, that no defence of intoxication can negate the *mens rea* of this

soutenu en l'espèce que cela constitue une dérogation aux exigences de l'art. 7 ou de l'al. 11d) de la *Charte*. [Je souligne.]

De plus, la prétention de l'appellant qui soutient que l'intention applicable à l'infraction devrait être celle d'utiliser la voiture ou ses accessoires dans le dessein d'utiliser la voiture en tant que véhicule à moteur va à l'encontre d'une affirmation catégorique de notre Cour que l'intention de mettre le véhicule en marche n'est pas un élément de cette infraction. Utiliser un véhicule à moteur en tant que véhicule à moteur est une autre façon de dire utiliser le véhicule à moteur pour le mettre en marche, puisque ce qui distingue un véhicule à moteur d'un autre objet ou endroit est sa capacité de servir de moyen de transport, c.-à-d. d'être mis en marche. Accepter cette proposition reviendrait à accepter que l'appellant doit avoir eu l'intention de mettre le véhicule à moteur en marche pour contrevenir à l'al. 234(1)a) et l'arrêt *Ford* a déjà rejeté cette proposition.

Par contre, la loi ne manque pas totalement de souplesse et ne va pas jusqu'à punir la simple présence dans un véhicule à moteur d'une personne dont la capacité de conduire est affaiblie. En réalité, l'arrêt *Toews* consacre la règle que, lorsque l'utilisation du véhicule à moteur ne comporte aucun risque de le mettre en marche et de le rendre dangereux, les cours de justice devraient conclure qu'il y a absence d'*actus reus*. Dans cette affaire, l'accusé a été acquitté parce qu'il dormait sur le siège avant, dans un sac de couchage, la tête près de la portière du côté du passager. Notre Cour n'a pas fondé sa décision sur l'absence de *mens rea* qui aurait découlé du dessein d'utiliser le véhicule autrement qu'à titre de véhicule à moteur, c'est-à-dire de l'utiliser comme endroit pour dormir. Elle a plutôt dit, à la p. 127:

Il n'a [. . .] pas été démontré que l'intimé a accompli des actes de garde ou de contrôle et il n'a donc pas accompli l'*actus reus*.

Pour ces motifs, je suis d'avis que l'infraction consistant à avoir la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors que la capacité de conduire est affaiblie est une infraction d'intention générale. Il en découle, comme notre Cour l'a statué à la majorité dans l'arrêt *Bernard*, que le moyen de

offence, although the question is still open as to whether intoxication giving rise to a state of insanity or automatism could achieve such a result.

The trial judge found that the appellant was very intoxicated. However, the appellant did not prove, on a balance of probabilities, that his intoxication was so great as to constitute insanity or automatism, nor was a state of insanity or automatism found by any of the judges in the courts below. On the facts of this case, I see no need to address the issue concerning the relevance of intoxication to negate the *mens rea* where such intoxication verges on insanity or automatism. I would therefore conclude that the first submission of the appellant must fail.

The Charter Issues

This leaves us with the question as to whether the principle that a person accused of having breached s. 234(1)(a) cannot raise intoxication either as a defence or as a factor to be considered in deciding if all the elements constituting the offence are present, is contrary to the *Charter*. More particularly, the appellant argues that this rule infringes ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. In all fairness to the judge and justices of the courts below who did not address this issue, I must point out that it seems to have been argued, as an afterthought and for the first time, only before this Court. As a result, we have not had the benefit of hearing full argument on the point, nor have we had the benefit of the views of the judge and justices in the courts below. In my view, however, the constitutional validity of denying a defence of intoxication, or denying any relevance to intoxication, in considering the commission of the offence defined in s. 234(1)(a) is an important question that this Court should address now.

The legal implication of classifying an offence as a general intent offence combined with the

défense fondé sur l'intoxication ne peut écarter la *mens rea* de cette infraction, bien qu'il ne soit pas encore déterminé si l'intoxication qui entraînerait un état d'aliénation mentale ou d'automatisme ^a pourrait avoir ce résultat.

Le juge du procès a conclu que l'appellant était dans un état d'intoxication très avancé. Cependant, l'appellant n'a pas fait la preuve, selon la prépondérance des probabilités, que son degré d'intoxication était élevé au point de constituer un état d'aliénation mentale ou d'automatisme et aucun des juges des tribunaux d'instance inférieure n'a conclu à l'existence d'un état d'aliénation mentale ou d'automatisme. Vu les faits de l'espèce, je ne vois pas la nécessité d'aborder la question de savoir si l'intoxication peut réfuter la *mens rea* quand elle approche de l'aliénation mentale ou de l'automatisme. Je conclus donc que le premier moyen de l'appellant doit échouer.

Les questions relatives à la Charte

Il nous reste donc à résoudre la question de savoir si la règle selon laquelle une personne accusée de violation de l'al. 234(1)a) ne peut invoquer l'intoxication comme moyen de défense ou comme facteur à considérer pour déterminer si tous les éléments constitutifs de l'infraction sont présents, est contraire à la *Charte*. L'appellant soutient plus précisément que cette règle viole l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Pour être juste envers le juge du procès et les juges des tribunaux d'instance inférieure qui n'ont pas examiné cette question, je dois souligner qu'on semble l'avoir soulevée, après coup et pour la première fois, devant notre Cour. En conséquence, nous n'avons pas eu l'avantage d'entendre des plaidoiries complètes sur ce point, ni celui de connaître les points de vue du juge du procès et des juges des tribunaux d'instance inférieure. À mon avis cependant, lorsqu'il s'agit de déterminer si l'infraction définie à l'al. 234(1)a) a été commise, la question de savoir s'il est constitutionnel de refuser le moyen de défense fondé sur l'intoxication ou de nier toute pertinence à l'intoxication est une question importante à laquelle notre Cour doit maintenant répondre.

La qualification d'une infraction d'infraction d'intention générale, jointe au retrait du moyen de

removal of the defence of intoxication when intoxication is self-induced will, in certain circumstances, leave the trier of fact with no choice but to convict the accused even though there was a reasonable doubt whether, due to intoxication, the accused's act was voluntary. By the same token, the Crown would be relieved from proving beyond a reasonable doubt the *actus reus* of a general intent offence since a reasonable doubt as to voluntariness arising from intoxication would be discarded from consideration from the outset. I am of the view that the fact that a conviction may follow notwithstanding the existence of a reasonable doubt as to voluntariness, an element essential to the commission of the *actus reus*, is a limit to the rights guaranteed to the accused by ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

McIntyre J. examined in *Bernard* whether the unavailability of the defence of intoxication infringes ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. He was of the opinion that excluding the defence of intoxication for all general intent offences did not offend either section. With respect, I cannot agree.

Wilson J., in the same case, also addressed the *Charter* issues involved by stating that no defence of intoxication is available for general intent offences. She was of the opinion that evidence of intoxication should go to the trier of fact only in cases where there is evidence of extreme intoxication involving an absence of awareness akin to a state of insanity or automatism because only in such cases would such evidence of intoxication be capable of raising a reasonable doubt as to the existence of the minimal intent required for general intent offences.

With respect for the contrary view, I find it difficult to deny generally a defence of intoxication on the grounds that, in fact, only in very rare situations will it succeed in actually raising a reasonable doubt in the mind of the trier of fact. Denying the availability of a defence of intoxica-

défense fondé sur l'intoxication quand cette intoxication est volontaire, aura comme conséquence juridique que, dans certaines circonstances, le juge des faits n'aura pas d'autre choix que celui de déclarer l'accusé coupable même s'il a un doute raisonnable quant à savoir si, vu l'intoxication, l'acte de l'accusé a été volontaire. De même, le ministère public n'aurait plus l'obligation de prouver hors de tout doute raisonnable l'*actus reus* d'une infraction d'intention générale puisqu'un doute raisonnable quant au caractère volontaire de l'acte en raison de l'intoxication échapperait dès le départ à tout examen. Je suis d'avis que le fait qu'il puisse y avoir déclaration de culpabilité en dépit de l'existence d'un doute raisonnable quant au caractère volontaire, qui est un élément essentiel de la perpétration de l'*actus reus*, est une restriction aux droits garantis à l'accusé par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*.

Dans l'arrêt *Bernard*, le juge McIntyre s'est demandé si l'impossibilité d'avoir recours au moyen de défense d'intoxication viole l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Il a été d'avis que l'exclusion de l'intoxication comme moyen de défense pour toutes les infractions d'intention générale ne viole ni l'une ni l'autre disposition. En toute déférence, je ne puis être d'accord.

Dans le même arrêt, le juge Wilson a aussi examiné les questions soulevées par la *Charte* qui résultent de l'affirmation qu'il est impossible d'invoquer l'intoxication comme moyen de défense pour les infractions d'intention générale. Le juge Wilson a été d'avis que la preuve de l'intoxication ne devrait être soumise au juge des faits que dans les cas où il y a preuve d'intoxication extrême entraînant l'absence de conscience voisine de l'aliénation mentale ou de l'automatisme parce que ce n'est que dans ces cas que cette preuve d'intoxication est susceptible de soulever un doute raisonnable quant à l'existence de l'intention minimale exigée pour les infractions d'intention générale.

En toute déférence pour l'avis contraire, je trouve difficile de refuser de façon générale le recours au moyen de défense d'intoxication pour le motif qu'un tel recours ne réussira que très rarement à vraiment susciter un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits. Refuser la possibi-

tion in the cases where such a defence would have failed anyway in raising a reasonable doubt as to an element of the offence is of no real and practical importance to an accused. However, it is an important and valuable defence for the accused in cases where, but for a rule preventing the accused from resorting to the defence of intoxication, such a defence would have succeeded in raising a reasonable doubt as to the existence of an element of the offence.

In cases where a reasonable doubt would have been raised as to the existence of the mental element particular to the offence in question, McIntyre J. in *Bernard* would have substituted for it the blameworthy mental state that springs from voluntary self-intoxication. However, in cases where resort to the substituted *mens rea* was necessary for blameworthiness to be proven, Wilson J. decided to leave the question open as to the constitutional validity of denying a defence of intoxication. Indeed, she stated at p. 889:

It is, in my view, not strictly necessary in this case to address the constitutionality of substituting self-induced intoxication as the *mens rea* for the minimal *mens rea* requirements of general intent offences. This issue would, in my view, only arise in those rare cases in which the intoxication is extreme enough to raise doubts as to the existence of the minimal intent which characterizes conscious and volitional conduct.

My colleague, in *obiter*, adds the following comment as regards whether by using a substituted form of *mens rea* s. 11(d) of the *Charter* would be infringed (at p. 890):

In my tentative view, it is unlikely that in those cases in which it is necessary to resort to self-induced intoxication as the substituted element for the minimal intent, proof of the substituted element will "inexorably" lead to the conclusion that the essential element of the minimal intent existed at the time the criminal act was committed. But I prefer to leave this question open as it is unnecessary to decide it in order to dispose of this appeal.

I conclude, therefore, that only a minority in *Bernard* expressed a conclusive opinion as to the

lité d'invoquer le moyen de défense d'intoxication dans les cas où un tel moyen de défense n'aurait pas réussi de toute façon à soulever un doute raisonnable quant à un élément de l'infraction n'a pas d'importance réelle et pratique pour l'accusé. Cependant, il s'agit d'un moyen de défense important et précieux pour l'accusé dans les cas où, en l'absence de règle l'empêchant de recourir au moyen de défense fondé sur l'intoxication, un tel moyen de défense aurait pu soulever un doute raisonnable quant à l'existence d'un des éléments de l'infraction.

Dans les cas où un doute raisonnable aurait été soulevé quant à l'existence de l'élément moral particulier de l'infraction en cause, le juge McIntyre, dans l'arrêt *Bernard*, aurait remplacé cet élément par l'état mental coupable qui découle de l'intoxication volontaire. Cependant, dans les cas où il aurait été nécessaire d'avoir recours à un substitut de la *mens rea* pour prouver le caractère blâmable, le juge Wilson a décidé de ne pas trancher la question de la constitutionnalité de l'exclusion du moyen de défense fondé sur l'intoxication. Elle dit même, à la p. 889:

J'estime qu'il n'est pas strictement nécessaire en l'espèce d'examiner la constitutionnalité de la substitution de l'intoxication volontaire à titre de *mens rea* relativement aux exigences minimales en matière de *mens rea* pour les infractions d'intention générale. Cette question ne se posera, à mon avis, que dans les rares cas où l'intoxication est si extrême que cela soulève des doutes quant à l'existence de l'intention minimale qui caractérise un comportement conscient et volontaire.

Dans une opinion incidente, ma collègue ajoute le commentaire suivant sur la question de savoir si l'utilisation d'une forme substituée de *mens rea* violerait l'al. 11d) de la *Charte* (à la p. 890):

Mon point de vue actuel me porte à dire qu'il est improbable que dans les affaires où il est nécessaire de recourir à l'intoxication volontaire comme élément substitué à l'intention minimale, la preuve de l'élément substitué entraîne «inexorablement» la conclusion que l'élément essentiel, soit l'intention minimale, existait au moment de la perpétration de l'acte criminel. Je préfère donc laisser cette question en suspens puisqu'il n'est pas nécessaire de la trancher afin de statuer sur ce pourvoi.

Je conclus donc que, dans l'arrêt *Bernard*, seule une minorité de juges a exprimé un avis sur la

constitutionality of the rule denying a defence of intoxication for all general intent offences. In cases where the intoxication would succeed in raising a reasonable doubt as to an element of a general intent offence, the question is, in my opinion, still open for this Court to decide.

I am of the view, as indicated above, that the unavailability of the defence of intoxication for general intent offences as interpreted by the courts is a limit on the rights of an accused entrenched in ss. 7 and 11(d), and that such a restriction can only stand if it survives a s. 1 analysis.

We are not in a position to, nor should we in any event, proceed to a s. 1 analysis of the restriction for all general intent offences. Of course, if this were done and the restriction were found to be “demonstrably justified”, this would end the matter. But I think it preferable to proceed on a section by section approach, this case putting in issue the restriction as regards s. 234.

Therefore, for the purpose of this analysis I will assume, without deciding that, as a general rule, s. 1 would not save the limit on fundamental rights that is the result of the judge-made rule that a defence of intoxication is unavailable or that any consideration of intoxication is made irrelevant in cases of general intent offences. That being deemed, I am nonetheless of the opinion that, in the context of drinking and driving offences, such a limit can be demonstrably justified in a free and democratic society.

Any analysis as to whether a restriction to rights guaranteed by ss. 7 and 11(d) is salvaged by s. 1 of the *Charter* involves the application of the decision of this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. Unfortunately, the parties did not adduce any evidence nor did they address s. 1. However, I think that we can take judicial notice of the danger

constitutionnalité de la règle qui interdit le recours au moyen de défense fondé sur l'intoxication pour toutes les infractions d'intention générale. Dans les cas où l'intoxication soulèverait un doute raisonnable quant à l'existence d'un élément de l'infraction d'intention générale, la question est, à mon avis, encore susceptible de décision par notre Cour.

Comme je l'ai déjà mentionné, je suis d'avis que l'impossibilité d'invoquer l'intoxication comme moyen de défense à l'égard des infractions d'intention générale établie par nos cours de justice constitue une limite aux droits garantis à un accusé en vertu de l'art. 7 et de l'al. 11d) et que cette limite ne peut subsister que si elle résiste à une analyse fondée sur l'article premier.

Nous ne sommes pas en mesure de soumettre cette limite à une analyse fondée sur l'article premier dans le cas de toutes les infractions d'intention générale et, de toute façon, nous ne devons pas le faire non plus. Évidemment, si nous le faisons et si nous concluons que la limite en est une «dont la justification [peut] se démontrer», la question serait résolue. Je crois cependant qu'il est préférable de procéder article par article, l'espèce soulevant le problème de la limite relativement à l'art. 234.

En conséquence, pour les fins de la présente analyse, je vais présumer, sans le décider, qu'en règle générale l'article premier ne permet pas de sauvegarder la restriction aux droits fondamentaux qui résulte de la règle de droit prétorien portant qu'on ne peut recourir au moyen de défense fondé sur l'intoxication ou que l'intoxication ne constitue pas un facteur pertinent dans le cas d'une infraction d'intention générale. Cette hypothèse formulée, je suis néanmoins d'avis que, dans le contexte des infractions de conduite en état d'ébriété, la justification de cette limite peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Toute analyse visant à déterminer si une restriction aux droits garantis par l'art. 7 et l'al. 11d) est sauvegardée en vertu de l'article premier de la *Charte* fait intervenir l'application de l'arrêt de notre Cour *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Malheureusement, les parties n'ont présenté aucune preuve et n'ont même pas invoqué l'article

and disastrous results when drinking and driving are combined.

The first criterion stated in *Oakes* is that the objective of the measure that restricts a guaranteed right or freedom must be "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom" (p. 138). It is important, in a s. 1 analysis, to identify with precision the measure which is the object of scrutiny and to focus on that measure to determine if it is justified "in a free and democratic society". The measure that is under consideration here is the taking away of the defence of intoxication and the irrelevancy of intoxication as a factor to be considered in determining whether all the elements of s. 234(1)(a) are present. We are not concerned in the present case with the testing of s. 234(1)(a) under s. 1 of the *Charter*.

We must therefore start by identifying the objective of this measure. Taking away the defence of intoxication is designed to secure the conviction of those individuals who would be so intoxicated as to be able to raise a reasonable doubt as to the voluntariness of having care or control. In other words, this measure aims at ensuring that the most drunk will be convicted. The object of the unavailability of the defence of intoxication is that of ensuring that no one will escape conviction who is found impaired and who has taken care or control of a motor vehicle as long as impairment was the result of voluntary intoxication.

The next step is to assess whether such objective is of sufficient importance to warrant overriding the rights protected in ss. 7 and 11(d). The measure is part of the scheme set up by Parliament to protect the security and property of the public that are put to risk by persons whose ability to drive is impaired but who are, in any event, in care or control of a motor vehicle. In *Saunders v. The*

premier. Cependant, je crois que nous pouvons prendre connaissance d'office des dangers et des malheurs qui résultent de la conduite en état d'ébriété.

^a Selon le premier critère mentionné dans l'arrêt *Oakes*, il faut que l'objectif de la mesure qui restreint un droit ou une liberté garantis soit «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution» (p. 138). Il importe, dans une analyse fondée sur l'article premier, de déterminer avec précision la mesure qui fait l'objet de l'examen et de se concentrer sur cette mesure pour déterminer si elle est justifiée «dans le cadre d'une société libre et démocratique». La mesure à examiner en l'espèce est le retrait du moyen de défense fondé sur l'intoxication et la non-pertinence de l'intoxication quand il s'agit de déterminer si tous les éléments de l'infraction définie à l'al. 234(1)a) sont présents. En l'espèce, nous n'avons pas à soumettre l'al. 234(1)a) au test de l'article premier de la *Charte*.

^e Nous devons donc commencer par déterminer l'objectif de cette mesure. Le retrait du moyen de défense fondé sur l'intoxication vise à permettre de déclarer coupables les personnes qui seraient intoxiquées au point de pouvoir soulever un doute raisonnable quant au caractère volontaire de la garde ou du contrôle. En d'autres termes, cette mesure vise à faire en sorte que les conducteurs les plus ivres soient déclarés coupables. L'impossibilité d'invoquer l'intoxication comme moyen de défense vise à faire en sorte que personne n'échappe à une déclaration de culpabilité pour avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors que sa capacité de conduire était affaiblie, dans la mesure où cette incapacité résulte d'une intoxication volontaire.

ⁱ L'étape suivante consiste à vérifier si cet objectif a suffisamment d'importance pour justifier la suppression des droits garantis à l'art. 7 et à l'al. 11d). La mesure fait partie d'un régime établi par le législateur fédéral afin de garantir la sécurité du public et de protéger ses biens que mettent en danger les personnes dont la capacité de conduire est affaiblie, mais qui ont, en tout état de cause, la

Queen, [1967] S.C.R. 284, this Court held (at p. 289):

Obviously, every one agrees that the true object of the provisions of ss. 222 and 223 [a prior version of the drinking and driving or care or control offences] is to cope with and protect the person and the property from the danger which is inherent in the *driving, care or control* of a motor vehicle by anyone who is intoxicated or under the influence of a drug or whose ability to drive is impaired by alcohol or a drug.

The social concern, common to the “drinking and driving” family of offences, is the severe risk to life, security or property of the public that is posed by persons whose ability to drive is impaired, but who are nevertheless in control of a motor vehicle. This concern was recognised by this Court to be of great importance in *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889, *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621, *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640, and in *Whyte*, *supra*, at p. 27. No one will dispute the importance of the objective of the offences themselves that will secure conviction of the impaired persons who are in care or control, even in cases where impairment is not all that great. *A fortiori*, a measure ensuring that the most drunk, and by implication the ones representing the greatest threat to public safety, be convicted is of sufficient importance to justify restricting the rights contained in ss. 7 and 11(d). In my view, the first criterion of the *Oakes* test is therefore met.

The second criterion stated in *Oakes* requires that the means chosen to attain this objective be proportional or appropriate to these ends. A measure will be said to satisfy this criterion when it is rationally connected with the objective it is designed to achieve, when it impairs the fundamental right or freedom which it limits as little as possible, and when there is a proportionality between the effects of the measure limiting such right or freedom and the objective identified as having sufficient importance.

garde ou le contrôle d'une véhicule à moteur. Dans l'arrêt *Saunders v. The Queen*, [1967] R.C.S. 284, notre Cour a dit (à la p. 289):

[TRADUCTION] Manifestement, tous reconnaissent que le véritable but des art. 222 et 223 [une version antérieure de la définition des infractions de conduite avec facultés affaiblies ou de garde ou de contrôle] est de conjurer le danger et de protéger les personnes et la propriété contre le danger qui est inhérent à la *conduite, à la garde ou au contrôle* d'un véhicule à moteur par toute personne en état d'ivresse ou sous l'influence d'un narcotique ou dont la capacité de conduire est affaiblie par l'effet de l'alcool ou d'une drogue.

Le problème social lié aux infractions de «conduite en état d'ébriété» est le grave danger pour la vie, la sécurité et les biens des personnes que présentent les conducteurs dont les facultés sont affaiblies et qui ont quand même la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur. Notre Cour a déjà reconnu la grande importance de ce problème dans les arrêts *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889, *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621, *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, et dans l'arrêt *Whyte*, précité, à la p. 27. Personne ne conteste l'importance de l'objectif de la définition des infractions elles-mêmes, lesquelles permettent de déclarer coupables les personnes qui ont la garde ou le contrôle d'un véhicule alors que leur capacité de conduire est affaiblie, même quand cette incapacité n'est pas extrême. À fortiori, une mesure qui permet de déclarer coupables les conducteurs les plus ivres et en conséquence ceux qui représentent le plus grand danger pour la sécurité du public a assez d'importance pour justifier de restreindre les droits garantis à l'art. 7 et à l'al. 11d). À mon avis, le premier critère formulé dans l'arrêt *Oakes* est donc rempli.

Le second critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* exige que le moyen choisi pour atteindre l'objectif visé soit proportionnel ou propre à ces fins. Une mesure satisfait à ce critère si elle a un lien rationnel avec l'objectif qu'elle vise à atteindre, si elle porte le moins possible atteinte au droit fondamental ou à la liberté fondamentale en question et s'il y a proportionnalité entre les effets de la mesure qui limite ce droit ou cette liberté et l'objectif reconnu comme suffisamment important.

A rational connection must therefore be found between the restriction on the fundamental right, namely the removal of the defence of intoxication, and the objective set out above. Obviously, convicting all drivers whose ability to drive is impaired, whether they voluntarily took care or control of the motor vehicle or not, is rationally connected with the objective of ensuring that impaired drivers are off the road whatever their degree of intoxication. As part of the more general scheme put in place by Parliament to deal with the problem of drinking and driving, the availability of the defence of intoxication would defeat its purpose. Intoxication, the source of danger s. 234 is designed to address, must be proved beyond a reasonable doubt by the Crown. By the same token, however, it could defeat the Crown's case by establishing beyond a reasonable doubt a valid defence. In cases of serious intoxication, the Crown would be confronted with an unbearable burden. The unavailability of the defence of intoxication is a logical and necessary feature to the achievement of suppressing all the effects of intoxication on the road. I therefore conclude that the removal of the defence of intoxication satisfies the first aspect of the proportionality criterion.

I am also of the view that the unavailability of the defence of intoxication does not represent an overkill, in terms of the limit on the rights in question, especially in the light of the very serious problem caused by the "drinking and driving" family of offences. The rule does not impose a conviction on an intoxicated person found to have care and control but who is completely blameless: involuntary intoxication is left unpunished as is also an involuntary taking, care, or control, due to factors other than intoxication. On the other hand, Parliament had to respond to the serious threat that is posed by persons in care or control of a motor vehicle while their ability to drive is impaired. Such persons can reasonably be held responsible when they voluntarily consume intoxicating substances and risk putting the public safety in danger by assuming care or control of a

Il faut donc trouver un lien rationnel entre la restriction imposée au droit fondamental, c.-à-d. le retrait du moyen de défense fondé sur l'intoxication et l'objectif déjà mentionné. Manifestement, la déclaration de culpabilité de tous les conducteurs dont la capacité de conduire est affaiblie, qu'ils aient volontairement ou non assumé la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur, a un lien rationnel avec l'objectif d'assurer que les conducteurs dont la capacité de conduire est affaiblie soient tenus à l'écart de la route indépendamment de leur degré d'intoxication. La possibilité d'invoquer l'intoxication comme moyen de défense irait à l'encontre de l'objectif du régime plus large mis en place par le législateur pour faire face au problème de l'alcool au volant. Le ministère public doit faire la preuve hors de tout doute raisonnable de l'intoxication qui est la source de danger visée par l'art. 234. Mais cette même preuve pourrait contrecarrer la preuve du ministère public en faisant naître un doute raisonnable qui servirait de moyen de défense valide. Dans les cas d'intoxication grave, le ministère public aurait dès lors la tâche impossible. L'impossibilité d'invoquer le moyen de défense fondé sur l'intoxication est un élément logique et nécessaire de la suppression de tous les effets de l'intoxication au volant. Je conclus donc que le retrait du moyen de défense fondé sur l'intoxication satisfait au premier aspect du critère de proportionnalité.

Je suis aussi d'avis que l'impossibilité d'invoquer le moyen de défense d'intoxication ne représente pas une réaction trop vive, sous le rapport de la restriction imposée aux droits en cause, surtout si l'on tient compte de l'extrême gravité du problème engendré par les infractions de conduite en état d'ébriété. La règle n'exige pas la déclaration de culpabilité d'une personne trouvée en état d'ébriété alors qu'elle a la garde et le contrôle d'un véhicule, mais qui est complètement innocente: l'intoxication involontaire n'est pas punie, non plus que la prise involontaire de la garde ou du contrôle en raison de facteurs étrangers à l'intoxication. D'autre part, le législateur devait réagir à la menace grave que représentent les personnes qui ont la garde ou le contrôle d'un véhicule moteur alors que leur capacité de conduire est affaiblie. Il est raisonnable de tenir une personne responsable

motor vehicle, whether they intended to assume care or control or whether intoxication did not allow them to realize what they were doing. By voluntarily taking the first drink, an individual can reasonably be held to have assumed the risk that intoxication would make him or her do what he or she otherwise would not normally do with a clear mind. I therefore conclude that the unavailability of the defence of intoxication is a measure that is proportional to the ends s. 234(1)(a) is designed to attain.

V—Conclusion

I would therefore dismiss this appeal.

The reasons of Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

WILSON J.—I have had the benefit of the reasons of my colleague Chief Justice Lamer in this appeal and I am of the view that impairment, as opposed to non-impairment, cannot be a defence to the offence under s. 234 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, of having care or control of a motor vehicle while impaired. Impairment cannot be at one and the same time an essential element of the offence and a defence to the offence.

Does the fact that Parliament has foreclosed the availability of this defence give rise to a constitutional violation? It is on this point that my reasons diverge from those of my colleague. In my view, the unavailability of the defence of intoxication in the context of s. 234 does not give rise to an infringement of an accused's ss. 7 and 11(d) rights.

In *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, this Court held that denying the defence of intoxication in the case of an offence of general intent does not violate the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* at least in so far as cases not involving

quand elle consomme volontairement des substances enivrantes et met la sécurité du public en danger en prenant la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur, qu'elle ait eu l'intention de le faire ou que l'intoxication l'ait empêchée de se rendre compte de ce qu'elle faisait. En prenant sa première consommation, une personne peut raisonnablement être tenue pour avoir assumé le risque que l'ébriété lui fasse faire quelque chose qu'elle n'aurait pas fait si elle avait été sobre. Je conclus donc que l'impossibilité d'invoquer l'intoxication comme moyen de défense est une mesure qui est proportionnelle aux fins visées par l'al. 234(1)a).

c V—Conclusion

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

d Version française des motifs des juges Wilson et L'Heureux-Dubé rendus par

LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés par mon collègue le juge en chef Lamer dans le présent pourvoi et je suis d'avis que l'affaiblissement des facultés, par opposition à l'absence d'affaiblissement des facultés, ne peut être invoqué comme moyen de défense dans le cas de l'infraction, prévue à l'art. 234 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, consistant à avoir la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors qu'on a les facultés affaiblies. L'affaiblissement des facultés ne saurait constituer à la fois un élément essentiel de l'infraction et un moyen de défense opposable à une accusation d'avoir commis cette infraction.

Y a-t-il violation de la Constitution du fait que le législateur fédéral a exclu le recours à ce moyen de défense? C'est sur ce point que mes motifs et ceux de mon collègue divergent. À mon avis, l'exclusion de l'intoxication comme moyen de défense dans le contexte de l'art. 234 ne porte nullement atteinte aux droits reconnus à un accusé par l'art. 7 et l'al. 11d).

Dans l'affaire *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, notre Cour a dit que refuser le moyen de défense fondé sur l'intoxication dans le cas d'une infraction d'intention générale ne constitue pas une violation de la *Charte canadienne des droits et*

“substituted” *mens rea* are concerned. Accordingly, if Lamer C.J.’s reasons in this case are not confined to “substituted” *mens rea* cases, which they do not appear to be, it would appear that he is reopening the issue in *Bernard*. While this is, of course, perfectly open to him to do, I tend to the view that *Bernard* was correctly decided. I remain of the view that intoxication falling short of insanity or automatism is not a defence to crimes of general intent. The defence of intoxication is, of course, available in the case of crimes of specific intent.

Bernard did not deal with the question whether a constitutional infringement takes place when Parliament has made impairment an ingredient of the offence. It dealt only with the availability of the defence of intoxication to negate *mens rea* in the context of the common law distinction between crimes of general and crimes of specific intent. In that case, Dickson C.J. (with whom Lamer J. (as he then was) concurred) expressly exempted from his comments regarding the unconstitutionality of the denial of the intoxication defence in relation to crimes of general intent those offences in which intoxication is an element of the offence. He said at p. 842:

I wish to make clear at the outset, however, that nothing in these reasons is intended to apply with respect to the quite distinct issues raised by offences, such as driving while impaired, where intoxication or the consumption of alcohol is itself an ingredient of the offence. The *mens rea* of such offences can be left for consideration another day.

That other day arrived when this appeal was heard.

It seems to me that the rationale behind *Bernard* is not readily transferable to the situation where Parliament has made intoxication to the point of impairment an essential ingredient of the offence. I do not believe for the reasons which

libertés, du moins en ce qui concerne les affaires où il n’est pas question d’un «substitut» de la *mens rea*. Par conséquent, si ses motifs en l’espèce ne sont pas limités aux cas de «substituts» de la *mens rea*, et ils ne semblent pas l’être, le juge en chef Lamer remet apparemment en cause la question tranchée dans l’arrêt *Bernard*. Or, bien qu’il soit évidemment parfaitement en droit de le faire, je suis portée à penser que l’arrêt *Bernard* est juste. J’estime toujours que l’intoxication qui ne constitue ni aliénation mentale ni automatisme ne peut être alléguée comme moyen de défense relativement aux crimes d’intention générale. La défense d’intoxication peut bien entendu être invoquée à l’égard de crimes d’intention spécifique.

On n’aborde pas dans l’arrêt *Bernard* la question de savoir s’il y a violation de la Constitution lorsque le législateur fait de l’affaiblissement des facultés un élément de l’infraction. Cet arrêt traite uniquement de la possibilité d’invoquer l’intoxication comme moyen de défense pour réfuter la *mens rea* dans le contexte de la distinction que fait la common law entre les crimes d’intention générale et ceux d’intention spécifique. Dans cette affaire, le juge en chef Dickson (à l’avis duquel s’est rangé le juge Lamer (maintenant Juge en chef)) soustrait expressément à la portée de ses observations concernant l’inconstitutionnalité de l’exclusion de l’intoxication comme moyen de défense pour les crimes d’intention générale les infractions dont un élément est l’intoxication. Il dit, à la p. 842:

Je tiens toutefois à préciser dès l’abord que rien dans les présents motifs ne doit s’appliquer aux questions tout à fait distinctes qui se posent dans le cas d’infractions comme la conduite avec facultés affaiblies, où l’ébriété ou la consommation d’alcool sont elles-mêmes des éléments de l’infraction. La *mens rea* requise par ces infractions-là pourra être examinée dans un autre contexte.

Cet autre contexte c’est le présent pourvoi.

Il me semble que le raisonnement qui sous-tend l’arrêt *Bernard* s’applique plutôt mal à une situation où le législateur a fait de l’intoxication qui affaiblit les facultés un élément essentiel de l’infraction. Pour les motifs exposés ci-après, je ne

follow that this gives rise to a constitutional violation.

Intoxication has traditionally been viewed as relevant to *mens rea*. Certainly this was so in *Bernard* where, as already mentioned, it was held that the defence of intoxication was available only in relation to crimes of specific intent and not to crimes of general intent. The rationale in support of this finding was that intoxication could affect a person's ability to foresee the consequences of an act, which is a requirement for crimes of specific intent, but that, generally speaking, intoxication could not deprive a person of the ability to know that he or she was committing the act, which is the minimal requirement for crimes of general intent.

This traditional view stems from an appreciation of the level of intoxication required to support the defence. The same level of intoxication may operate to negate the specific intent necessary to ground conviction for some offences but be insufficient to negate the general intent required for others. This does not mean, however, that more severe levels of intoxication might not in some circumstances raise a doubt as to whether that general intent motivated an accused's acts. The common law disallowed the defence of drunkenness in such circumstances, I believe, on policy grounds, because to allow it would result in the danger of average degrees of intoxication being considered as a defence to a great many crimes.

Voluntariness is an aspect of the *actus reus* rather than the *mens rea* of an offence. It is a minimal requirement of the criminal law that acts in order to be considered criminal must be conscious acts. The same act to outward appearance may be either an act of volition or an accident or mistake. Yet the legal implications are quite different. In a sense it may seem artificial to distinguish between volition and intention and say that the former pertains to the *actus reus* and the latter

crois pas qu'il en résulte une violation de la Constitution.

L'intoxication a traditionnellement été considérée comme pertinente à la *mens rea*. C'était certainement le cas dans l'affaire *Bernard* où, ainsi que je l'ai déjà mentionné, il a été statué que l'intoxication comme moyen de défense ne pouvait être invoquée qu'à l'égard de crimes d'intention spécifique et non à l'égard de crimes d'intention générale. Cette conclusion avait pour fondement que l'intoxication pouvait influencer sur la capacité d'une personne de prévoir les conséquences d'un acte, laquelle capacité est requise dans le cas de crimes d'intention spécifique, mais que, d'une manière générale, l'intoxication ne pouvait priver une personne de la capacité de savoir qu'elle commettait l'acte en question, ce qui représente l'exigence minimale des crimes d'intention générale.

Ce point de vue traditionnel tire son origine d'une appréciation du degré d'intoxication requis pour justifier le moyen de défense. Le même degré d'intoxication peut avoir pour effet d'établir l'inexistence de l'intention spécifique nécessaire pour justifier une déclaration de culpabilité de certaines infractions tout en étant insuffisant pour écarter l'intention générale requise par d'autres. Cela ne veut pas dire toutefois que des degrés plus élevés d'intoxication ne pourraient pas, dans certaines circonstances, faire naître un doute quant à savoir si les actes de l'accusé ont été motivés par cette intention générale. La common law n'admettait pas l'ivresse comme moyen de défense dans de telles circonstances et je crois que c'était pour des motifs de principe, car si elle avait été admise, il y aurait eu danger que des degrés moyens d'intoxication soient considérés comme opposables à titre de défense à un grand nombre de crimes.

Le caractère volontaire est un aspect de l'*actus reus* plutôt que de la *mens rea* d'une infraction. L'exigence minimale posée par le droit criminel est que des actes doivent être commis consciemment pour qu'ils soient tenus pour criminels. Un même acte peut en apparence être volontaire ou bien constituer un accident ou une erreur. Les conséquences juridiques sont cependant tout à fait différentes. Dans un sens, il peut sembler artificiel de faire une distinction entre volonté et intention et

to the *mens rea* of the offence. It might appear to make more sense to say that the conscious doing of an act encompasses the intention to do it and therefore constitutes the minimal *mens rea* for general intent offences. If the act was accidental it lacked volition and therefore the *actus reus* was not established. By the same token it also lacked intention so that the *mens rea* was not established. In either case it cannot meet the tests for criminality.

The criminal law does, however, distinguish between acts that are purely physical and acts that are accompanied by mental processes and it treats acts of volition as purely physical. To establish the *actus reus* the Crown does not have to establish an intent to do the act, merely that the accused was aware that he was doing it. In other words, the criminal law contemplates that while acts which are intentional must necessarily be volitional, acts which are volitional need not necessarily be intentional. The classic example is the woman who shoots a supposed intruder only to discover later that the intruder was her husband who had returned home earlier than expected. Her act was unquestionably an act of volition but it was prompted by mistake. She had no intention to shoot her husband.

I agree with Lamer C.J. that the offence under s. 234 of the *Code* is an offence of general intent requiring only a minimal *mens rea*. I disagree with him, however, that a conviction may take place under the section despite a reasonable doubt as to the volitional nature of the accused's act. It is the act of having care or control of a motor vehicle while impaired and not the simple act of having care or control that must be volitional in order that the *actus reus* of this offence be established. I agree with my colleague that if it were the simple act of having care or control that we were concerned about, such an act might be shown not to be volitional if the accused was intoxicated to a very high degree. He might then, due to the effects of alcohol, truly not know what he was doing. But when a person voluntarily consumes alcohol to the

de dire que la première se rapporte à l'*actus reus* et la deuxième à la *mens rea* de l'infraction. Il pourrait sembler plus logique de dire que l'accomplissement conscient d'un acte comprend l'intention de l'accomplir et constitue donc la *mens rea* minimale requise pour les infractions d'intention générale. S'il s'agit d'un acte accidentel, la volonté n'y est pas, de sorte que l'*actus reus* n'est pas établi. En même temps, l'intention est absente également, si bien que la *mens rea* n'est pas établie non plus. Dans ni l'un ni l'autre cas, l'acte ne peut satisfaire aux critères à remplir pour qu'il soit criminel.

Le droit criminel fait toutefois une distinction entre les actes purement matériels et ceux qui sont assortis d'une démarche mentale et il considère les actes volontaires comme purement matériels. Pour établir l'*actus reus*, le ministère public n'est pas obligé de prouver l'intention d'accomplir l'acte; il doit simplement établir que l'accusé savait qu'il le commettait. En d'autres termes, on considère en droit criminel que si les actes intentionnels sont nécessairement volontaires, les actes volontaires ne sont pas forcément intentionnels. L'exemple classique est celui de la femme qui tire sur une personne qu'elle prend pour un intrus et qui découvre par la suite que c'est son mari revenu plus tôt que prévu. Son acte, indubitablement volontaire, a résulté d'une erreur. Elle n'avait nullement l'intention de faire feu sur son mari.

À l'instar du juge en chef Lamer, j'estime que l'infraction visée à l'art. 234 du *Code* est une infraction d'intention générale qui ne nécessite qu'une *mens rea* minimale. Je ne partage toutefois pas son opinion qu'une déclaration de culpabilité peut être fondée sur cet article malgré l'existence d'un doute raisonnable quant au caractère volontaire de l'acte de l'accusé. C'est l'acte qui consiste à avoir la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors qu'on a les facultés affaiblies et non pas le simple acte consistant à en avoir la garde ou le contrôle qui doit être volontaire pour que soit établi l'*actus reus* de cette infraction. Je suis d'accord avec mon collègue que si ce qui nous intéressait était le simple fait d'avoir la garde ou le contrôle, il serait peut-être possible de prouver qu'il ne s'agissait pas là d'un acte volontaire si

point of impairment and has care or control of a motor vehicle while in that condition, it seems to me that there can be no doubt about the volitional nature of his or her act of becoming impaired. We are talking about self-induced intoxication to the point of impairment. It cannot be open to an accused to argue that due to his impairment he was not aware of being impaired when he had care or control of the motor vehicle. The accused's impairment is the gravamen of the offence under s. 234(1). And it is this which must, in my opinion, be the result of an act of volition. Nor is there any need to resort to the dubious concept of "substituted" *mens rea* in such circumstances. The act of having care or control and the state of voluntary impairment are undoubtedly required to be contemporaneous under this section.

It seems to me, moreover, that if my colleague is speaking of impairment to an extent that could deprive the accused's act of its volitional character, he must be speaking of a state of extreme impairment verging on automatism and, at most, the section would violate the *Charter* only to the extent it deprived an accused in that condition of the defence of lack of volition. This would be consistent with the view I expressed in *Bernard* that intoxication to that extreme degree could also negate the required minimal mental element.

The problem at common law with denying the defence of intoxication for all crimes of general intent is that it deprives an accused of the opportunity to raise a reasonable doubt as to the presence of the mental element of the offence. According to this Court's reasons in *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, such a denial amounts to a violation of s. 11(d) of the *Charter*. In *Bernard* the *actus reus*

l'accusé était en état d'extrême ébriété. Il se pourrait alors qu'en raison des effets de l'alcool, il n'ait vraiment pas su ce qu'il faisait. Mais quand une personne consomme volontairement de l'alcool au point de s'affaiblir les facultés et qu'elle a la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors qu'elle est dans cet état, il me semble que le caractère volontaire de l'affaiblissement de ses facultés ne fait aucun doute. On parle ici de l'intoxication volontaire allant jusqu'à l'affaiblissement des facultés. Un accusé ne saurait alléguer que, par suite de l'affaiblissement de ses facultés, il ne se rendait pas compte que ses facultés étaient affaiblies quand il avait la garde ou le contrôle du véhicule à moteur. L'affaiblissement des facultés de l'accusé constitue l'élément essentiel de l'infraction prévue au par. 234(1). Et c'est cet affaiblissement des facultés qui, selon moi, doit résulter d'un acte volontaire. Point n'est besoin d'ailleurs de recourir dans de telles circonstances au concept douteux du «substitut» de la *mens rea*. L'acte consistant à avoir la garde ou le contrôle et l'état d'affaiblissement volontaire des facultés doivent certainement coïncider aux fins de la disposition en cause.

Il me semble en outre que si mon collègue évoque un degré d'affaiblissement des facultés susceptible d'enlever à l'acte de l'accusé son caractère volontaire, il doit vouloir parler d'un état d'affaiblissement extrême des facultés confinant à l'automatisme et, tout au plus, l'article en question ne violerait la *Charte* que dans la mesure où il priverait un accusé qui se trouvait dans cet état de la possibilité d'invoquer le moyen de défense fondé sur l'absence de volonté. Voilà qui concorderait avec le point de vue que j'ai exprimé dans l'affaire *Bernard*, selon lequel un degré aussi extrême d'intoxication pourrait également écarter l'élément moral minimal requis.

Le problème que pose en common law l'exclusion de l'intoxication comme moyen de défense pour toutes les infractions d'intention générale est que l'accusé se voit ainsi privé de la possibilité de faire naître un doute raisonnable quant à l'existence de l'élément moral de l'infraction. D'après les motifs de notre Cour dans l'affaire *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, cette exclusion constitue une

was an assault of a sexual nature causing bodily harm. Intoxication was relevant only to the presence or absence of *mens rea*, i.e. the intention to commit the assault. I expressed serious reservations in that case that self-induced intoxication can be substituted for the intent required to be present at the time the offence is committed. I did not have to reach a conclusion on that question since I found that the required *mens rea* for sexual assault could readily be established by inference from the accused's act. In other circumstances, however, an accused may be intoxicated to such a degree that he or she is incapable of forming even the minimal intent to do the act, i.e. where he or she is in a mental state akin to insanity or automatism. I concluded that it would only be in those circumstances and not in the case of ordinary drunkenness that the denial of the defence of intoxication could result in an infringement of an accused's constitutional rights.

The question whether the requirement of impairment in s. 234 of the *Code* is an aspect of the *actus reus* of the offence or the *mens rea* seems to me to be relevant to any determination of the section's constitutionality. I do not find that my colleague has taken an unequivocal position on this and it may be important in light of the existing jurisprudence.

The *mens rea* and *actus reus* of the offence of having care or control of a motor vehicle while impaired were defined by this Court in *R. v. Toews*, [1985] 2 S.C.R. 119, as follows at p. 124:

... the *mens rea* for having care or control of a motor vehicle is the intent to assume care or control after the voluntary consumption of alcohol or a drug. The *actus reus* is the act of assumption of care or control when the voluntary consumption of alcohol or a drug has impaired the ability to drive.

By this definition the mental element of the offence under s. 234(1) includes the voluntary consumption of alcohol but the *actus reus* requires

violation de l'al. 11d) de la *Charte*. Dans l'affaire *Bernard*, l'*actus reus* revêtait la forme d'une agression de nature sexuelle causant des lésions corporelles. L'intoxication n'était pertinente que relativement à l'existence ou à l'inexistence de la *mens rea*, c.-à-d. l'intention de commettre l'agression. J'ai exprimé, dans cette affaire, de sérieuses réserves quant à la possibilité de substituer l'intoxication volontaire à l'intention qui doit exister au moment de la perpétration de l'infraction. Je n'avais pas à trancher cette question vu ma conclusion que la *mens rea* requise pour qu'il y ait agression sexuelle pouvait facilement s'inférer de l'acte de l'accusé. Dans d'autres circonstances, cependant, un accusé peut être ivre au point d'être incapable de former même l'intention minimale de commettre l'acte, c.-à-d. lorsque son état mental s'apparente à l'aliénation mentale ou à l'automatisme. J'ai conclu que ce ne serait que dans ces circonstances et non dans le cas de l'ivresse ordinaire que l'exclusion du moyen de défense fondé sur l'intoxication pourrait entraîner la violation des droits constitutionnels de l'accusé.

La question de savoir si l'exigence de l'affaiblissement des facultés posée par l'art. 234 du *Code* constitue un aspect de l'*actus reus* de l'infraction ou bien de la *mens rea* me semble pertinente dans toute détermination de la constitutionnalité de cet article. Je ne crois pas que mon collègue se soit prononcé d'une façon non équivoque sur cette question qui peut pourtant s'avérer importante compte tenu de l'état actuel de la jurisprudence.

La *mens rea* et l'*actus reus* de l'infraction consistant à avoir la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors qu'on a les facultés affaiblies sont définis par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Toews*, [1985] 2 R.C.S. 119, à la p. 124:

... la *mens rea* de l'infraction d'avoir la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur est l'intention d'assumer la garde ou le contrôle après avoir volontairement consommé de l'alcool ou une drogue. L'*actus reus* est l'acte qui consiste à assumer la garde ou le contrôle du véhicule alors que la consommation volontaire d'alcool ou d'une drogue a affaibli la capacité de conduire.

Suivant cette définition, l'élément moral de l'infraction prévue au par. 234(1) comprend la consommation volontaire d'alcool, mais l'*actus reus*

the voluntary consumption of alcohol to the point of impairment. The distinction appears to make sense in that alcohol consumption to the point of impairment could well negate the intent to have care or control of the motor vehicle and result in the absence of *mens rea* whereas simple consumption might not. The *actus reus* requires impairment by alcohol and not just the prior consumption of alcohol. By making the requirement of impairment an element of the *actus reus* rather than the *mens rea* of the offence Parliament has avoided the vicious circle which would otherwise be inherent in the offence.

Given the way in which Parliament has framed s. 234 of the *Code*, it seems to me to be an open question whether or not a constitutional violation is involved in the operation of the section. Clearly the Crown, in order to obtain a conviction, must prove care or control of the motor vehicle by the accused at a time when he was impaired by alcohol or a drug. The *mens rea* of the offence is the intention to assume care or control of the motor vehicle after the voluntary consumption of alcohol or a drug. What then are the defences open to the accused? It seems to me that they are that he did not have care or control of the motor vehicle or that, if he did, he was not impaired at the time. The accused might also seek to defend on the basis that, while he had not consumed enough alcohol prior to assuming care or control of the motor vehicle to result in impairment, he had consumed enough to render himself incapable of forming the necessary intent to assume such care or control. However, it seems to me that, if I am correct in characterizing the offence in s. 234(1) as an offence of general intent, this defence would fail.

With all due respect to those who think differently, I am of the view that no viable defence to a charge under s. 234(1) is foreclosed by the section. To hold otherwise is to say that the legislature violates the *Charter* if it purports to make engag-

exige la consommation volontaire d'alcool jusqu'à l'affaiblissement des facultés. Cette distinction paraît logique en ce sens que la consommation d'alcool jusqu'à l'affaiblissement des facultés pourrait bien établir l'absence d'intention d'avoir la garde ou le contrôle du véhicule à moteur et résulter en l'absence de *mens rea* tandis que la simple consommation ne le ferait peut-être pas. L'*actus reus* nécessite l'affaiblissement des facultés par l'alcool et non pas seulement la consommation préalable d'alcool. En faisant de l'exigence de l'affaiblissement des facultés un élément de l'*actus reus* plutôt que de la *mens rea* de l'infraction, le législateur a su éviter le cercle vicieux qui aurait autrement été inhérent à l'infraction.

Étant donné la façon dont le législateur a formulé l'art. 234 du *Code*, il me semble que la question de savoir si l'application de cet article viole la Constitution demeure entière. De toute évidence, pour obtenir une déclaration de culpabilité, le ministère public doit prouver que l'accusé avait la garde ou le contrôle du véhicule à moteur alors que ses facultés étaient affaiblies par l'alcool ou une drogue. La *mens rea* de l'infraction est l'intention d'assumer la garde ou le contrôle du véhicule après la consommation volontaire d'alcool ou d'une drogue. Quels sont donc les moyens de défense pouvant être invoqués par l'accusé? Ils consistent, me semble-t-il, à affirmer qu'il n'avait pas la garde ou le contrôle du véhicule à moteur ou que, s'il l'avait, ses facultés n'étaient pas affaiblies à ce moment-là. L'accusé pourrait également chercher à se défendre en alléguant qu'avant d'assumer la garde ou le contrôle du véhicule il n'avait pas consommé assez d'alcool pour que ses facultés soient affaiblies, mais qu'il en avait consommé suffisamment pour se rendre incapable de former l'intention nécessaire pour assumer cette garde ou ce contrôle. Il me semble toutefois que, si j'ai raison de qualifier d'infraction d'intention générale l'infraction prévue au par. 234(1), ce moyen de défense ne saurait être retenu.

En toute déférence pour les tenants d'un point de vue différent, je suis d'avis que le par. 234(1) n'exclut aucun moyen de défense valable pouvant être opposé à une accusation fondée sur cette disposition. Conclure autrement reviendrait à dire

ing in certain types of conduct while impaired offences under the *Criminal Code* and must justify the creation of such offences under s. 1. I cannot accept that result. I think that Dickson C.J. was correct in indicating in *Bernard* that crimes in which intoxication is made an element of the offence, i.e. part of the *actus reus*, are in a different category from crimes in which intoxication is relevant to the mental element only. I find no unconstitutionality in the creation of the former type of offences.

In the event, however, that I am wrong in my approach to the constitutional issue, I would find an infringement only in cases of extreme intoxication verging on automatism and would justify such infringement under s. 1 of the *Charter* for the reasons given by my colleague. I wish, however, to add one observation.

Some commentators have suggested that the creation of an offence of "dangerous intoxication" would resolve the constitutional problem of intoxicated offenders because the elements of that offence would be more in keeping with accepted fundamental principles of criminal liability. I am not sure that such a generalized offence would achieve the desired result. I think the courts would still have to determine whether the denial of an accused's opportunity to question the presence of an essential element of the offence in different contexts was constitutional. Parliament has, in my view, attempted to resolve the problem in s. 234 by creating the offence of care or control of a motor vehicle while impaired. It has, in other words, criminalized the act of becoming impaired in a particular circumstance, i.e. in the context of having care or control of a motor vehicle. I think it was open to Parliament to, in effect, create an offence akin to "dangerous intoxication" but contextualized to the care or control situation. This may, indeed, be the preferred route to follow. Impairment in different contexts poses different social evils. In my view it is not only open to, but

que le législateur commet une violation de la *Charte* lorsqu'il prétend que le fait de se livrer à un certain type de conduite alors qu'on a les facultés affaiblies constitue une infraction au *Code criminel* et qu'il doit justifier en vertu de l'article premier la création d'une telle infraction. C'est là un résultat que je ne puis accepter. Je crois en effet que c'est avec raison que le juge en chef Dickson dit dans l'arrêt *Bernard* que les crimes dont l'intoxication constitue un élément, c.-à-d. qu'elle fait partie de l'*actus reus*, se situent dans une catégorie différente de celle des crimes où l'intoxication n'est pertinente que relativement à l'élément moral. Je ne vois aucune inconstitutionnalité dans la création du premier type d'infractions.

À supposer toutefois que je me trompe dans ma façon d'aborder le point constitutionnel, je ne conclurais à la violation que dans des cas d'extrême ébriété confinant à l'automatisme et tiendrais cette violation pour justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte* pour les motifs exposés par mon collègue. Je tiens cependant à ajouter une dernière observation.

Certains commentateurs ont prétendu que la création d'une infraction d'«intoxication dangereuse» résoudrait le problème constitutionnel posé par les contrevenants aux facultés affaiblies parce que les éléments de cette infraction s'accorderaient davantage avec les principes fondamentaux reçus en matière de responsabilité criminelle. Je ne suis pas certaine qu'une infraction aussi générale permette d'obtenir le résultat souhaité. Je crois que les tribunaux auraient encore à déterminer si l'on a agi constitutionnellement en privant l'accusé de la possibilité de mettre en doute l'existence d'un élément essentiel de l'infraction dans différents contextes. Le législateur, selon moi, a tenté de résoudre le problème que pose l'art. 234 par la création de l'infraction consistant à avoir la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors qu'on a les facultés affaiblies. En d'autres termes, le législateur a criminalisé l'acte consistant à s'affaiblir les facultés dans une situation déterminée, c.-à-d. lorsqu'on a la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur. Je pense qu'il était loisible au législateur de créer en réalité une infraction qui s'apparente à «l'intoxication dangereuse» mais qui se limite au

perhaps incumbent upon, Parliament to take account of those differences and to fashion offences in response to specific social needs.

For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues, Chief Justice Lamer and Justices Wilson and McLachlin. I too would dismiss the appeal. I would do so for the following reasons.

Section 234(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, prohibits the act of having care or control of a motor vehicle while the perpetrator of that act is impaired by alcohol or a drug. The *mens rea* is the intention to do that act, i.e. to assume care or control of the vehicle. Judicial construction also requires that the impairment be voluntary (*R. v. Toews*, [1985] 2 S.C.R. 119, at p. 124). I reach my conclusion about the *mens rea* of the offence as a matter of statutory interpretation, not on the basis of any generalized doctrine of general intent. Since Parliament has made it an offence to commit an act while impaired, it would be inconsistent, as McLachlin J. observes, for Parliament also to have considered that impairment (including intoxication) could be relied on by the defence.

The question, then, is whether, in light of ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, it is open to Parliament to create a criminal offence precluding reliance on intoxication. With respect to s. 11(d), I would have thought that the constitutionality of s. 234(1), qualified as it is by s. 237(1), had been definitively accepted in this Court's decision in *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3. This leaves the question whether s. 234(1) violates s. 7. In my view, it does not.

cas où l'on a la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur. C'est peut-être là en fait le meilleur parti à prendre. Les maux sociaux résultant de l'affaiblissement des facultés diffèrent selon le contexte.

^a À mon avis, non seulement il est loisible au législateur, mais il lui incombe peut-être même, de tenir compte de ces différences et de concevoir des infractions en fonction de besoins sociaux précis.

^b Pour les motifs que je viens d'exposer, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues le juge en chef Lamer et les juges Wilson et McLachlin. Je suis moi aussi d'avis de rejeter le pourvoi, et ce, pour les motifs qui suivent.

^d Le paragraphe 234(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, interdit l'acte qui consiste à avoir la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors que les facultés de l'auteur de cet acte sont affaiblies par l'alcool ou une drogue. La *mens rea* est l'intention d'accomplir cet acte, c.-à-d. d'assumer la garde ou le contrôle du véhicule. La jurisprudence exige également que l'affaiblissement des facultés soit volontaire (*R. c. Toews*, [1985] 2 R.C.S. 119, à la p. 124). J'arrive à ma conclusion sur la *mens rea* de l'infraction en me fondant sur l'interprétation du texte de loi et non sur une théorie élargie de l'intention générale. Puisque le Parlement a prévu que l'acte qu'accomplit une personne alors que ses facultés sont affaiblies constitue une infraction, il serait illogique, comme le fait observer le juge McLachlin, qu'il ait également envisagé que l'affaiblissement des facultés (y compris l'intoxication) puisse servir de moyen de défense.

ⁱ Il s'agit alors de savoir si, compte tenu de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le Parlement peut créer une infraction criminelle qui interdit le recours à l'intoxication comme moyen de défense. En ce qui concerne l'al. 11d), j'aurais pensé que l'arrêt de notre Cour *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, a reconnu de manière définitive la constitutionnalité du par. 234(1) assorti de la réserve prévue au par. 237(1). Reste la question de savoir si le par. 234(1) viole l'art. 7.

First, I recall again that a person can only come within the ambit of s. 234(1) if his or her intoxication is voluntary; see *R. v. Toews, supra*, at p. 124. It follows that s. 234(1) will only be applied where the assumption of the care or control of a vehicle while impaired can truly be said to be the responsibility of the accused in an ultimate sense, even if there is a question as to whether he or she was capable, because of intoxication, of forming the requisite intent as of the moment when care or control was actually assumed. This assuages much of the concern I might otherwise have had as to whether a conviction under s. 234(1) violated some principle of "fundamental justice". The offence, as my colleague McLachlin J. notes, is in a sense directed to control drunkenness in a dangerous setting.

Secondly, it will seldom be the case that a person who has the care or control of a motor vehicle will be found to be so intoxicated as to have been incapable of satisfying the very low *mens rea* requirement of s. 234(1) (see *R. v. Whyte, supra*, at pp. 22-27). A very low mental element requirement is necessary if Parliament is to be able to create any effective offences in respect of driving while under the influence of alcohol or drugs. And since, as my colleagues have demonstrated, it is obviously in the public interest that Parliament does create such offences, I find little difficulty in concluding that s. 234(1) is consistent with the "principles of fundamental justice". I would in this regard refer to what has been said in other cases respecting the need to recognize that the "principles of fundamental justice" encompass the public's interest, as represented by the state, as well as the interests of the accused; see *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at pp. 327 and 329; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at pp. 403-5; my reasons in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 745 (dissenting on another point); see also *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at p. 304, *per La Forest J.* (Dickson C.J. and Lamer J. concurring), and my reasons in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 539.

J'estime que non. Premièrement, je rappelle qu'une personne ne peut être visée par le par. 234(1) que si son intoxication est volontaire; voir *R. c. Toews*, précité, à la p. 124. Il s'ensuit que le par. 234(1) n'aura d'application que lorsqu'on peut vraiment affirmer que le fait pour l'accusé d'avoir assumé la garde ou le contrôle d'un véhicule alors que ses facultés étaient affaiblies est ultimement sa responsabilité, même s'il y a doute quant à savoir si, à cause de l'intoxication, il était capable de former l'intention requise au moment où il a vraiment assumé la garde ou le contrôle. Cela calme une bonne partie des inquiétudes que je pourrais par ailleurs avoir éprouvées quant à savoir si une déclaration de culpabilité fondée sur le par. 234(1) viole un principe de «justice fondamentale». Comme le souligne ma collègue le juge McLachlin, l'infraction vise dans un sens à réprimer l'ivresse dans une situation dangereuse.

Deuxièmement, on conclura rarement qu'une personne qui a la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur est intoxiquée au point d'être incapable d'avoir la *mens rea* très faible exigée par le par. 234(1) (voir *R. c. Whyte*, précité, aux pp. 22 à 27). Il faut une exigence très faible quant à l'élément moral si le Parlement doit pouvoir créer des infractions efficaces en matière de conduite sous l'influence de l'alcool ou de drogues. Et puisque, comme l'ont démontré mes collègues, il est évidemment dans l'intérêt public que le Parlement crée ces infractions, j'ai peu de difficulté à conclure que le par. 234(1) est compatible avec les «principes de justice fondamentale». Sur ce point, je renvoie à ce qui a été dit dans d'autres arrêts concernant la nécessité de reconnaître que les «principes de justice fondamentale» englobent l'intérêt du public, représenté par l'État, ainsi que les intérêts de l'accusé; voir *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, aux pp. 327 et 329, *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, aux pp. 403 à 405, mes motifs dans *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, à la p. 745 (dissentant sur un autre point), mes motifs (auxquels ont souscrit le juge en chef Dickson et le juge Lamer) dans *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, à la p. 304, et mes motifs dans *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, à la p. 539.

Interpreting the provision as I do, I am of the view that s. 234(1) does not violate s. 7 or s. 11(d) of the *Charter*. It thus becomes unnecessary to consider s. 1 of the *Charter*.

The reasons of Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J.—This case raises the question of the constitutionality of s. 234 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. Unlike my colleague, Lamer C.J., whose reasons I have had the opportunity of reading, I am of the view that s. 234 of the *Code* does not violate ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The Issues

The police testified that the accused was observed at the wheel of a motor vehicle which, while apparently under his control, backed up a short distance. The accused was inebriated at the time. The accused testified that he was so drunk he could recall nothing of the evening's events. The question is whether his drunkenness can serve as a defence to a charge under s. 234(1) of the *Criminal Code* that he had "care or control" of a motor vehicle while impaired.

Crown counsel argued that drunkenness could not serve as a defence because of the presumption created by s. 237(1)(a) of the *Code*. I cannot accept this submission in view of the fact that the Crown chose not to assert this presumption at trial, but rather chose to rely exclusively on evidence that the accused had exercised care or control under s. 234(1)(a) of the *Code*. To allow the Crown to assert the presumption on appeal would result in the accused being deprived of the opportunity to make the full answer and defence that could have been made if it had been raised at trial. Intention to set the vehicle in motion is relevant to s. 237(1)(a); it is not relevant to s. 234(1): *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Toews*, [1985] 2 S.C.R. 119; and *Ford v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 231. Had s. 237(1)(a) been raised at trial by the Crown, the accused might have chosen to

Vu la façon dont j'interprète la disposition, je suis d'avis que le par. 234(1) ne viole ni l'art. 7 ni l'al. 11d) de la *Charte*. Il devient donc inutile d'examiner l'application de l'article premier de la *Charte*.

Version française des motifs des juges Sopinka, Gonthier et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—Cette affaire soulève la question de la constitutionnalité de l'art. 234 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Contrairement à mon collègue le juge en chef Lamer, dont j'ai eu l'occasion de lire les motifs de jugement, je suis d'avis que l'art. 234 ne viole ni l'art. 7 ni l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Les questions en litige

Les policiers ont déclaré avoir aperçu l'accusé au volant d'un véhicule à moteur qui a reculé quelque peu, alors que l'accusé paraissait en avoir le contrôle. L'accusé était en état d'ébriété à ce moment-là. Il a témoigné qu'il était tellement ivre qu'il ne se rappelait plus rien de ce qui s'était passé au cours de la soirée en question. Il s'agit donc de savoir si son état d'ébriété peut servir de moyen de défense relativement à une accusation, portée en vertu du par. 234(1) du *Code criminel*, d'avoir eu «la garde ou le contrôle» d'un véhicule à moteur alors que ses facultés étaient affaiblies.

Le substitut du procureur général a soutenu que l'état d'ébriété ne pouvait servir de moyen de défense en raison de la présomption créée par l'al. 237(1)a) du *Code*. Je ne puis retenir ce moyen parce que le ministère public a choisi de ne pas invoquer cette présomption au procès, mais de se fonder uniquement sur la preuve établissant que l'accusé avait eu la garde ou le contrôle au sens de l'al. 234(1)a) du *Code*. Permettre au ministère public d'invoquer la présomption en appel aurait pour effet de priver l'accusé de la possibilité de présenter une défense pleine et entière, ce qu'il aurait pu faire si la présomption avait été invoquée au procès. L'intention de mettre le véhicule en marche est pertinente relativement à l'al. 237(1)a); elle ne l'est pas relativement au par. 234(1): *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, *R. c. Toews*, [1985] 2 R.C.S. 119, et *Ford c. La Reine*,

adduce evidence on the absence of intention to set the vehicle in motion. It follows that to allow the Crown to assert the applicability of s. 237(1)(a) for the first time during an appeal would violate the accused's s. 7 right to a fair trial and to make a full answer and defence.

This leaves the argument on s. 234(1). The appellant's argument has two prongs. First, it is suggested that the offence of having care or control of a motor vehicle while in an inebriated condition is a specific intent offence, to which the defence of drunkenness would be available. Alternatively, the appellant submits that if the offence is one of general intent, to which the defence of drunkenness is not available, this violates ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and is not saved by s. 1.

In view of my conclusion on the second issue, it is unnecessary to consider the first, although if it were, I would agree with Lamer C.J. that the offence would be one of general intent.

Short Answer

It is my conclusion that Parliament has stipulated that intoxication cannot be a defence to a charge under s. 234(1) of the *Code*, rendering irrelevant the general intent - specific intent issue. This exclusion of intoxication as a defence does not, however, constitute a limitation on the right of the accused to make full answer and defence under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, since the *mens rea* of the offence lies not in the intention to assume care or control of a motor vehicle, but in voluntarily becoming intoxicated.

[1982] 1 R.C.S. 231. Si le ministère public avait invoqué l'al. 237(1)a) au procès, l'accusé aurait pu choisir de produire des éléments de preuve établissant l'absence d'intention de mettre le véhicule en marche. Il s'ensuit que permettre au ministère public de faire valoir l'applicabilité de l'al. 237(1)a) pour la première fois dans le cadre d'un appel violerait le droit, garanti à l'accusé par l'art. 7, d'avoir un procès équitable et de présenter une défense pleine et entière.

Reste donc l'argumentation fondée sur le par. 234(1). L'appelant soumet un argument à deux volets. Il soutient d'abord que l'infraction consistant à avoir la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors qu'on est en état d'ébriété constitue une infraction d'intention spécifique à laquelle peut être opposé le moyen de défense fondé sur l'ivresse. Subsidiairement, l'appelant soutient que s'il s'agit d'une infraction d'intention générale, à laquelle l'ivresse comme moyen de défense ne s'applique pas, elle viole l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* et ne peut être sauvegardée en vertu de l'article premier.

Vu la conclusion à laquelle j'arrive sur la seconde question, il est inutile que j'aborde la première, mais si j'avais à le faire, je partagerais l'avis du juge en chef Lamer qu'il s'agit d'une infraction d'intention générale.

Réponse brève

Je conclus que le législateur a stipulé que l'intoxication ne peut être opposée comme moyen de défense à une accusation portée en vertu du par. 234(1) du *Code*, rendant ainsi non pertinente la question de l'intention générale et de l'intention spécifique. Cette exclusion de l'intoxication comme moyen de défense ne constitue cependant pas une limite au droit qu'a l'accusé de présenter une défense pleine et entière en vertu de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte*, puisque la *mens rea* de l'infraction réside non pas dans l'intention d'assumer la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur, mais dans le fait de s'intoxiquer volontairement.

Analysis

Whether the Exclusion of Consideration of Intoxication on the Issue of the Mental Element of a Crime Offends s. 7 or s. 11(d) of the Charter?

(a) The Relevant Charter Provisions

This case raises the question of the relationship of ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. Section 7 provides that a person shall not be deprived of life, liberty or security of the person except in accordance with the "principles of fundamental justice". These "principles" include the requirement that a guilty mind be proven as an essential element of the offence: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486. Section 11(d) presumes an accused to be innocent "until proven guilty according to law", thereby requiring the trier of fact to be satisfied as to the existence of all of the essential elements of the offence. These essential elements include not only those set out by the Legislature in the provision creating the offence but also those required by s. 7 of the *Charter*: *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636. The argument that convictions should not be possible where there is doubt as to the mental element of an offence can be cast under both ss. 7 and 11(d). This conjunction is not remarkable, given the close relationship between the broad guarantees in s. 7 and the more specific guarantees which follow it: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*.

There is no doubt that the charge puts in question the accused's liberty and security of person. The real question is whether the unavailability of the defence of drunkenness deprives the accused of "liberty and security of the person" in a way which violates "the principles of fundamental justice", and hence violates the presumption of innocence.

(b) Definition of the Problem

The fundamental principle raised by my colleague, Lamer C.J., is the right of a person not to be convicted for a crime unless he or she intended

Analyse

L'exclusion de l'intoxication comme facteur à prendre en considération relativement à la question de l'existence de l'élément moral d'une infraction va-t-elle à l'encontre de l'art. 7 ou de l'al. 11d) de la Charte?

a) Les dispositions applicables de la Charte

Est soulevée en l'espèce la question de la relation entre l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. L'article 7 porte que nul ne doit être privé de la vie, de la liberté et de la sécurité de sa personne, si ce n'est en conformité avec les «principes de justice fondamentale». Ces «principes» comprennent l'exigence de la preuve d'une intention coupable à titre d'élément essentiel d'une infraction: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486. Aux termes de l'al. 11d), un accusé est présumé innocent «tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi», de sorte que le juge des faits doit être convaincu de l'existence de tous les éléments essentiels de l'infraction. Ces éléments essentiels sont non seulement ceux que le législateur énonce dans la disposition qui crée l'infraction, mais aussi ceux qu'exige l'art. 7 de la *Charte*: *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636. L'argument selon lequel il ne devrait pas y avoir de déclaration de culpabilité s'il subsiste un doute sur l'élément moral de l'infraction peut s'appuyer aussi bien sur l'art. 7 que sur l'al. 11d). Ce double fondement n'a rien de surprenant, vu le rapport étroit entre les garanties générales de l'art. 7 et les garanties plus précises qui le suivent: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité.

Il n'y a pas de doute que l'accusation met en cause la liberté et la sécurité de la personne de l'accusé. La question véritable est de savoir si l'impossibilité d'invoquer l'ivresse comme moyen de défense prive l'accusé de «la liberté et [de] la sécurité de sa personne» d'une manière qui contrevient aux «principes de justice fondamentale» et qui, par conséquent, viole la présomption d'innocence.

b) Délimitation du problème

Le principe fondamental soulevé par mon collègue le juge en chef Lamer est celui du droit d'une personne de n'être déclarée coupable d'un crime

to commit the crime. This principle is one of long-standing; it has long been recognized that it would be contrary to justice to convict an individual of a criminal offence in the absence of proof of the element of *mens rea*. Recognition of this principle was the basis of this Court's decision in *Vaillancourt, supra*.

Lamer C.J. sees the issue in this case as a conflict between the fundamental principle that one cannot be convicted of a crime without a guilty mind, and the judge-made rule that voluntary intoxication which may in fact affect that guilty mind, can be considered only in crimes of "specific intent".

I view the issue differently. As I see it, this case does not raise the constitutionality of the judge-made rule making evidence of impairment irrelevant on offences of "general intent". Rather, the only question before the Court is the constitutionality of s. 234(1) of the *Criminal Code*—the offence commonly referred to as impaired driving. I read this section as excluding the defence of impairment. The judge-made "general intent" rule never comes into play because Parliament has enacted its own specific rule on the availability of the defence of impairment—a rule limited to impaired driving. Therefore, as I view the case, the only question is whether Parliament's legislative exclusion of impairment as a defence in the case of impaired driving violates the *Charter*.

My conclusion that Parliament has specified that impairment cannot be raised as a defence in the case of impaired driving is based on my understanding of the offence defined by s. 234(1) of the *Criminal Code*.

que si elle a eu l'intention de le commettre. Ce principe existe depuis longtemps. Voilà longtemps en effet qu'on reconnaît qu'il est contraire à la justice de déclarer une personne coupable d'une infraction criminelle si l'élément de *mens rea* ou d'intention coupable n'est pas prouvé. La reconnaissance de ce principe constitue le fondement de l'arrêt *Vaillancourt*, précité, de notre Cour.

Le juge en chef Lamer perçoit la question en litige en l'espèce comme une contradiction entre le principe fondamental voulant que nul ne puisse être déclaré coupable d'un crime en l'absence d'une intention coupable et la règle de droit prétorien selon laquelle l'intoxication volontaire qui peut en réalité influencer sur cette intention coupable ne peut être prise en considération que dans le cas des crimes d'«intention spécifique».

Pour ma part, je perçois le litige différemment. Selon moi, l'espèce ne met pas en cause la constitutionnalité de la règle de droit prétorien qui déclare non pertinente relativement aux infractions d'«intention générale» la preuve de l'affaiblissement des facultés. L'unique question en litige devant notre Cour est plutôt celle de la constitutionnalité du par. 234(1) du *Code criminel*—l'infraction communément appelée conduite avec facultés affaiblies. J'interprète cet article comme écartant le moyen de défense fondé sur l'affaiblissement des facultés. La règle de droit prétorien relative à l'«intention générale» n'entre jamais en jeu parce que le législateur fédéral a établi sa propre règle spécifique concernant la possibilité d'invoquer le moyen de défense fondé sur l'affaiblissement des facultés, laquelle règle s'applique uniquement à la conduite avec facultés affaiblies. En conséquence, j'estime que la seule question qui se pose est de savoir si le législateur a violé la *Charte* en excluant l'affaiblissement des facultés comme moyen de défense dans le cas de conduite avec facultés affaiblies.

Ma conclusion que le législateur a édicté l'impossibilité d'invoquer l'affaiblissement des facultés comme moyen de défense dans le cas de conduite avec facultés affaiblies repose sur la façon dont je comprends l'infraction définie au par. 234(1) du *Code criminel*.

The argument can be summarized as follows: s. 234(1) makes it an offence to drive or to assume care or control of a motor vehicle while impaired by alcohol or a drug. Impairment being an essential element of the crime, it is illogical and contradictory to suppose that Parliament intended that its express aim of making such impairment criminal should be defeated by an unexpressed implication of law that the same impairment may provide an effective defence.

Our criminal law is founded on the concept that the Crown must prove all elements of an offence beyond a reasonable doubt. The accused, while he or she need prove nothing, may raise defences—circumstances which whether proved by the Crown or by the accused, cast a reasonable doubt on whether the offence is established. The essence of a defence such as that raised in this case is that it negatives an element of the offence. It says that what is required to prove the offence has not been established. Because a defence is the obverse or negative of an aspect of the offence, it is impossible to speak of a defence which also constitutes an element of the offence. To do so is to posit an inherently contradictory offence and to grossly distort what is meant by “offence” and “defence” in criminal law.

The offence of impaired driving or impaired care or control of a motor vehicle postulates impairment as one of its essential elements. The Crown must prove impairment beyond a reasonable doubt. It is illogical to suppose that the same impairment which constitutes an essential element of the offence can serve as a defence. Parliament has said that it is a crime to be impaired and drive or assume care or control of a motor vehicle. How can Parliament be taken to have said in the same metaphorical breath that it may not be a crime (the effect of the defence) to drive or assume care or control of a motor vehicle, by reason of the fact that one is impaired? Where impairment is not an

L'argument peut se résumer ainsi: selon le par. 234(1), commet une infraction celui qui conduit un véhicule à moteur ou en a la garde ou le contrôle alors que ses facultés sont affaiblies par l'alcool ou une drogue. L'affaiblissement des facultés étant un élément essentiel du crime, il serait illogique et contradictoire de supposer que le législateur a voulu que son but exprès de rendre criminel cet affaiblissement des facultés puisse être contrecarré par une règle inexprimée de droit suivant laquelle ce même affaiblissement des facultés peut servir de moyen de défense efficace.

Notre droit criminel repose sur ce principe que le ministère public doit prouver tous les éléments d'une infraction hors de tout doute raisonnable. Si l'accusé n'est pas tenu de prouver quoi que ce soit, il peut cependant soulever des moyens de défense—c'est-à-dire des circonstances qui, peu importe qu'elles soient établies par le ministère public ou par l'accusé lui-même, font naître un doute raisonnable quant à savoir si l'infraction a été prouvée. Essentiellement, un moyen de défense comme celui invoqué en l'espèce nie l'existence d'un élément de l'infraction. Il porte que ce qui doit être prouvé pour établir la perpétration de l'infraction ne l'a pas été. Parce qu'un moyen de défense est l'opposé ou le contraire d'un aspect de l'infraction, il est impossible de parler d'un moyen de défense qui constitue aussi un élément de l'infraction, car cela revient à définir une infraction intrinsèquement contradictoire et à déformer gravement le sens qu'ont les termes «infraction» et «moyen de défense» en droit criminel.

L'affaiblissement des facultés est l'un des éléments essentiels de l'infraction consistant à conduire un véhicule à moteur ou à en avoir la garde ou le contrôle alors qu'on a les facultés affaiblies. Le ministère public doit faire la preuve hors de tout doute raisonnable de l'affaiblissement des facultés. Il est illogique de penser que le même affaiblissement des facultés qui constitue un élément essentiel de l'infraction puisse aussi servir de moyen de défense. Le législateur a dit que c'est un crime que d'avoir les facultés affaiblies et de conduire un véhicule à moteur ou d'en assumer la garde ou le contrôle. Alors comment peut-on soutenir qu'il a du même coup, pour ainsi dire, prévu

essential element of an offence, there is no contradiction involved in saying that the intent necessary for criminal culpability may not have been established beyond a reasonable doubt because of impairment. Where, on the other hand, Parliament has posited impairment as an essential element of the offence, it must be taken to have eliminated the availability of a defence of lack of intent based on the same impairment which it has made culpable.

Failure to recognize the inherent contradiction involved in the proposition that an essential element of an offence may also be a defence leads to absurdity. It leads, for example, to the conclusion that the more impaired a person is, the more likely he or she is to be acquitted of the offence of impaired driving. That a person should be too impaired to be convicted of impaired driving strikes most people as ridiculous. It represents, in short, a contradiction in terms.

Failure to recognize the inherent contradiction involved in saying that a central element of an offence may also serve as a defence also contradicts our fundamental notions of the nature of a criminal trial. It puts the Crown in the position of proving both the offence and the defence. On the other side of the contest, it involves contradictory defences. Lack of impairment is clearly a defence, but so too is impairment.

I conclude that to posit a defence of impairment to a charge under s. 234(1) of the *Criminal Code* is to posit an internally and impossibly inconsistent offence of a sort not known to criminal law. Parliament not having indicated such a defence is available, it must be taken as having ruled it out since it cannot logically co-exist with the offence.

que conduire un véhicule à moteur ou en assumer la garde ou le contrôle peut ne pas être un crime (l'effet du moyen de défense) parce qu'on a les facultés affaiblies? Quand l'affaiblissement des facultés n'est pas un élément essentiel d'une infraction, il n'y a pas de contradiction à dire qu'il se peut que l'intention nécessaire pour qu'il y ait culpabilité en droit criminel n'ait pas été établie hors de tout doute raisonnable à cause de l'affaiblissement des facultés. Par contre, quand le législateur fait de l'affaiblissement des facultés l'élément essentiel de l'infraction, il faut supposer qu'il a écarté la possibilité d'invoquer un moyen de défense d'absence d'intention fondé sur ce même affaiblissement des facultés qui l'a rendu coupable.

Ne pas reconnaître la contradiction intrinsèque qu'il y a à soutenir qu'un élément essentiel de l'infraction peut aussi servir de moyen de défense aboutit à l'absurdité. Cela mène, par exemple, à la conclusion que plus une personne a les facultés affaiblies, plus il est probable qu'elle sera acquittée relativement à l'infraction d'avoir conduit avec les facultés affaiblies. Qu'une personne puisse avoir les facultés trop affaiblies pour être reconnue coupable de conduite avec facultés affaiblies, voilà une proposition qui paraît ridicule aux yeux de la plupart des gens. Bref, il y a contradiction dans les termes.

De plus, ne pas reconnaître la contradiction intrinsèque qu'il y a à dire qu'un élément essentiel d'une infraction peut aussi servir de moyen de défense va à l'encontre de nos notions fondamentales sur la nature du procès criminel. C'est mettre le ministère public dans la situation où il a à prouver à la fois l'infraction et le moyen de défense. Du point de vue de la partie adverse, cela implique des moyens de défense contradictoires. L'absence d'affaiblissement des facultés constitue manifestement un moyen de défense, mais l'affaiblissement des facultés en est également un.

Je conclus que permettre que l'affaiblissement des facultés puisse être opposé comme moyen de défense à une accusation portée en vertu du par. 234(1) du *Code criminel* revient à établir une infraction marquée d'une contradiction intrinsèque et impossible d'un genre inconnu en droit criminel. Comme le législateur n'a pas indiqué qu'un tel

As Dickson C.J. stated in *R. v. Whyte, supra*, at p. 22: "The very fact that consumption of alcohol is an element of these offences renders problematic the element of intention." In view of this observation, it is not surprising that in *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, Dickson C.J. (dissenting) explicitly excluded offences of which intoxication was an element from his reasons holding unconstitutional the common law rule prohibiting consideration of impairment except on offences of specific intent.

My aim to this point has been to define the offence of impaired driving or care or control of a motor vehicle as I think Parliament must have intended it to be defined, to the end of showing that the issue in this case is not the general one of the constitutionality of the elimination of the defence of impairment from all crimes save those of specific intent, but rather the constitutionality of Parliament legislatively precluding a defence of impairment in the case of a crime which posits impairment as one of its essential elements. The question is whether the creation of such an offence violates the *Charter* because, by its very nature, it precludes the defence of impairment and thus may permit conviction where there is a reasonable doubt as to an accused's intention to drive or assume care or control.

The problem of the intoxicated offender, viewed generally, involves two opposing values, both of which have been recognized by our system of justice—the right not to be convicted absent proof of intention to commit the crime, and the public interest in not excusing persons who commit crimes by reason of voluntary drunkenness from the criminal consequences of their acts. In enact-

moyen de défense peut être invoqué, il faut conclure qu'il l'a écarté puisqu'il ne peut logiquement coexister avec l'infraction. Comme l'affirme le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Whyte*, précité, à la p. 22: «Le fait même que la consommation d'alcool constitue un élément de ces infractions soulève un problème en ce qui a trait à l'élément de l'intention.» Vu cette observation, il n'est pas surprenant que, dans l'arrêt *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, le juge en chef Dickson (dissident) ait expressément exclu les infractions dont l'intoxication constitue un élément de ses motifs déclarant inconstitutionnelle la règle de common law qui interdit de tenir compte de l'affaiblissement des facultés, si ce n'est pour les infractions d'intention spécifique.

Jusqu'ici, j'ai voulu donner à l'infraction consistant à conduire un véhicule à moteur ou à en avoir la garde ou le contrôle alors qu'on a les facultés affaiblies la définition que, d'après moi, le législateur a dû vouloir lui donner, mon but étant de montrer que la question présentement en litige n'est pas la question générale de la constitutionnalité de l'élimination du moyen de défense fondé sur l'affaiblissement des facultés pour tous les crimes sauf ceux d'intention spécifique, mais bien celle de la constitutionnalité de l'exclusion par le législateur du moyen de défense fondé sur l'affaiblissement des facultés dans le cas d'un crime qui comporte l'affaiblissement des facultés comme l'un de ses éléments essentiels. La question qui se pose est donc de savoir si la création d'une telle infraction viole la *Charte* parce que, de par sa nature même, elle écarte l'affaiblissement des facultés comme moyen de défense et peut ainsi permettre une déclaration de culpabilité alors qu'il existe un doute raisonnable quant à l'intention de l'accusé de conduire ou de prendre la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur.

Vu globalement, le problème des contrevenants en état d'ébriété met en cause deux valeurs qui s'opposent et qui sont toutes les deux reconnues par notre système de justice, savoir le droit de ne pas être déclaré coupable sans preuve de l'intention de commettre le crime et l'intérêt qu'a le public à ce que les auteurs de crimes n'échappent pas en raison de l'ivresse volontaire aux conséquen-

ing s. 234(1) of the *Code*, Parliament has made impairment itself an element of the offence notwithstanding the possible absence of criminal intent, thus giving paramountcy to the public interest.

There are three possible legal solutions to the problem of the intoxicated offender: see C. N. Mitchell, "The Intoxicated Offender—Refuting the Legal and Medical Myths" (1988), 11 *Int. J.L. Psychiatry* 77, at pp. 77-78. The first is the approach presently employed in Canada, England and the United States under which the law denies, in whole or in part, a mitigating role to intoxication even if the mental element of an offence may be absent because of voluntary alcohol or drug use.

The second avenue is to permit evidence of intoxication to be weighed with other evidence in determining whether the intoxication actually eliminated or compromised the required mental element. This is the approach which has been adopted in Australia and New Zealand and advocated in this Court in dissent by Dickson J. in *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29, and by Dickson C.J., Lamer J. and La Forest J. in *Bernard*, *supra*.

The third alternative referred to in the literature is legislative. It is often seen as involving enactment of legislation to permit consideration of intoxication on the issue of criminal intent, while creating a new offence in the nature of "dangerous intoxication". In England this approach was recommended in the Butler Report, the *Report of the Committee on Mentally Abnormal Offenders* (Cmnd 6244 (1975)), and by Professors Glanville Williams and J. C. Smith in their minority recommendations of the *Criminal Law Revision Committee Fourteenth Report: Offences against the Person* (Cmnd 7844 (1980)). An offence of this type has been in force for many years in s. 323(a)(i) of the German Criminal Code (*Strafgesetzbuch*): see J. Herrmann, "Causing the Conditions of One's Own Defense: The Multifaceted Approach of German Law," [1986] *B.Y.U. L. Rev.* 747. In the common law jurisdiction of Bophuthat-

ces criminelles de leurs actes. En adoptant le par. 234(1) du *Code*, le législateur fait de l'affaiblissement des facultés lui-même un élément de l'infraction malgré l'absence possible d'intention criminelle, privilégiant ainsi l'intérêt public.

Il y a trois solutions juridiques possibles au problème du contrevenant en état d'intoxication: voir C. N. Mitchell, «The Intoxicated Offender—Refuting the Legal and Medical Myths» (1988), 11 *Int. J.L. Psychiatry* 77, aux pp. 77 et 78. La première est celle retenue actuellement au Canada, en Angleterre et aux États-Unis, suivant laquelle le droit refuse, absolument ou en partie, de reconnaître un rôle atténuant à l'intoxication même si l'élément moral de l'infraction peut être absent par suite de la consommation volontaire d'alcool ou d'une drogue.

La deuxième solution consiste à permettre de soupeser la preuve de l'intoxication en fonction des autres éléments de preuve afin de déterminer si l'intoxication a vraiment éliminé ou compromis l'élément moral requis. C'est là la solution adoptée en Australie et en Nouvelle-Zélande et celle qu'ont préconisée en notre Cour le juge Dickson, dissident, dans l'affaire *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29, et le juge en chef Dickson et les juges Lamer et La Forest dans l'affaire *Bernard*, précitée.

La troisième solution avancée dans la doctrine est la solution législative. Celle-ci est souvent considérée comme comportant l'adoption de dispositions législatives qui permettent de tenir compte de l'intoxication relativement à la question de l'intention criminelle, tout en créant une nouvelle infraction du type «intoxication dangereuse». En Angleterre, le rapport Butler, intitulé *Report of the Committee on Mentally Abnormal Offenders* (Cmnd 6244 (1975)), et les professeurs Glanville Williams et J. C. Smith, dans leurs recommandations minoritaires dans le *Criminal Law Revision Committee Fourteenth Report: Offences against the Person* (Cmnd 7844 (1980)), préconisent cette solution. Une infraction de ce genre est prévue depuis de nombreuses années au sous-al. 323a)(i) du Code criminel allemand (*Strafgesetzbuch*): voir J. Herrmann, «Causing the Conditions of One's Own Defense: The Multifaceted Approach of

swana the *Criminal Law Amendment Act 14 of 1984* in s. 1, discussed in A. St. Q. Skeen, "Intoxication is No Longer a Complete Defence in Bophuthatswana: Will South Africa Follow Suit" (1984), 101 *S.A.L.J.* 707, followed the German provision fairly closely and by enacting the *Criminal Law Amendment Act 1 of 1988* the South African legislature followed suit four years later: see A. Paizes, "Intoxication Through the Looking-Glass" (1988), 105 *S.A.L.J.* 776.

A number of proposals for reform have suggested that Canada should employ a dangerous intoxication offence to resolve the anomalies which exist in the present approach to the use of drunkenness as a defence: see P. B. Schabas, "Intoxication and Culpability: Towards an Offence of Criminal Intoxication" (1984), 42 *U.T. Fac. L. Rev.* 147, T. Quigley, "Reform of the Intoxication Defence" (1987), 33 *McGill L.J.* 1.

In the case at bar, we are concerned with a legislative attempt to deal with a specific form of dangerous impairment. Because Parliament has acted, options one and two are not available. The legislative treatment is confined to the offence of impaired driving, and it does not posit recklessness as an element. Nevertheless, within the limited scope of the provision, s. 234 may be viewed as an attempt by Parliament to create a type of "drunk and dangerous" offence somewhat akin to that proposed by the third option. The next question is whether this attempt runs afoul of ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

(c) Are ss. 7 and 11(d) of the Charter Violated?

If the mental element of an offence is compatible with the unavailability of the defence of impairment, then the absence of that defence constitutes no violation of the *Charter*. On the other hand, if the mental element of the offence is one to which the defence of impairment might be relevant, the absence of that defence will constitute a

German Law», [1986] *B.Y.U. L. Rev.* 747. Dans le ressort de common law de Bophuthatswana, la *Criminal Law Amendment Act 14 of 1984* à l'art. 1, analysé dans l'article d'A. St. Q. Skeen intitulé «Intoxication is No Longer a Complete Defence in Bophuthatswana: Will South Africa Follow Suit» (1984), 101 *S.A.L.J.* 707, a suivi d'assez près la disposition allemande et, en adoptant la *Criminal Law Amendment Act 1 of 1988*, la législature d'Afrique du Sud en a fait autant quatre ans plus tard: voir A. Paizes, «Intoxication Through the Looking-Glass» (1988), 105 *S.A.L.J.* 776.

De nombreuses propositions de réforme recommandent que le Canada établisse une infraction d'intoxication dangereuse afin de remédier aux anomalies inhérentes à la façon actuelle d'envisager le recours à l'ivresse comme moyen de défense: voir P. B. Schabas, «Intoxication and Culpability: Towards an Offence of Criminal Intoxication» (1984), 42 *U.T. Fac. L. Rev.* 147, T. Quigley, «Reform of the Intoxication Defence» (1987), 33 *R.D. McGill* 1.

En l'espèce, il s'agit d'une tentative législative de réprimer une forme précise d'affaiblissement dangereux des facultés. Parce que le Parlement a déjà légiféré, les deux premières solutions ne sont plus possibles. La mesure législative se limite à l'infraction de conduite avec facultés affaiblies et elle ne prévoit aucun élément d'insouciance. Cependant, dans le cadre limité de ses dispositions, l'art. 234 peut être considéré comme une tentative de la part du législateur de créer une infraction du type «ivresse dangereuse» assez semblable à celle qu'envisage la troisième solution. La question qui se pose maintenant est de savoir si cette tentative viole l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*.

(c) Y a-t-il violation de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la Charte?

Si l'élément moral d'une infraction est compatible avec l'exclusion du moyen de défense fondé sur l'affaiblissement des facultés, alors l'absence de ce moyen de défense ne va nullement à l'encontre de la *Charte*. Si, par contre, le moyen de défense fondé sur l'affaiblissement des facultés pouvait être pertinent relativement à l'élément moral de

violation of the *Charter*. The question is which of these two categories s. 234(1) falls into.

In *R. v. King*, [1962] S.C.R. 746, it was held that the mental element involved in the offence of impaired driving was voluntary intoxication. It was this that provided the guilty mind fundamental to the offence. On this view, the unavailability of drunkenness as a defence cannot constitute a violation of the accused's right to make full answer and defence. Even if the accused is too drunk to know that he or she is assuming care and control of the motor vehicle, that does not matter, since the mental element of the offence lies in voluntarily becoming intoxicated. This interpretation recognizes that intoxication is excluded as a defence to impaired driving since it is the very gravamen of the offence.

It is argued, however, that this state of the law was changed by this Court's decision in *Toews*, *supra*. I cannot accept that submission. *Toews* did not hold that voluntary intoxication might serve as a defence to the offence of impaired driving. *Toews* held only that in circumstances where an accused was found sleeping in a sleeping bag on the front seat of the vehicle with his head on the passenger side of the vehicle, "[i]t has not been shown . . . that the [accused] performed any acts of care or control and he has therefore not performed the *actus reus*" (p. 127). The facts of *Toews* require no broader interpretation than this and logic, in my view, precludes it, given that impairment is a specific element of the offence of s. 234 of the *Criminal Code*. I cannot conclude that the Court in *Toews* intended to alter the long-standing principle that the mental element of the offence of s. 234 of the *Code* lies in voluntarily becoming intoxicated—not in the knowing assumption of care and control of a motor vehicle

l'infraction, l'absence de ce moyen de défense constituerait une violation de la *Charte*. La question est de savoir dans laquelle de ces deux catégories tombe le par. 234(1).

^a Dans l'arrêt *R. v. King*, [1962] R.C.S. 746, on a jugé que l'élément moral de l'infraction de conduite avec facultés affaiblies était l'intoxication volontaire. C'était là ce qui constituait l'intention coupable indispensable à l'infraction. Dans cette optique, l'impossibilité d'invoquer l'ivresse comme moyen de défense ne saurait constituer une violation du droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Même si l'accusé est trop ivre pour savoir qu'il assume la garde et le contrôle du véhicule à moteur, cela n'importe pas puisque l'élément moral de l'infraction réside dans le fait de s'intoxiquer volontairement. Cette interprétation reconnaît que l'intoxication est exclue comme moyen de défense opposable à la conduite avec facultés affaiblies étant donné qu'elle constitue le véritable élément essentiel de l'infraction.

^e Toutefois, on fait valoir que l'arrêt *Toews*, précité, de notre Cour est venu changer cet état du droit. Je ne puis retenir cet argument. On n'a pas statué, dans l'arrêt *Toews*, que l'intoxication volontaire pourrait servir de moyen de défense opposable à une infraction de conduite avec facultés affaiblies. Dans cet arrêt, on a seulement jugé que dans des circonstances où un accusé a été trouvé endormi dans un sac de couchage sur le siège avant d'un véhicule, la tête appuyée du côté du passager, «[i]l n'a [. . .] pas été démontré que l'[accusé] a accompli des actes de garde ou de contrôle et il n'a donc pas accompli l'*actus reus*» (p. 127). Les faits de l'arrêt *Toews* n'exigent pas une interprétation plus large que celle-ci et j'estime que la logique nous interdit de le faire étant donné que l'affaiblissement des facultés est un élément spécifique de l'infraction définie à l'art. 234 du *Code criminel*. Je ne puis conclure que notre Cour, dans l'arrêt *Toews*, a voulu modifier le principe établi depuis longtemps selon lequel l'élément moral de l'infraction définie à l'art. 234 du *Code* réside dans le fait de s'intoxiquer volontairement et non dans la connaissance que l'on assume la garde et le contrôle d'un véhicule à moteur, laquelle est susceptible d'être annihilée par l'affai-

which is capable of being negated by the very impairment which is the gravamen of the offence.

For these reasons I conclude that the accused's rights under ss. 7 and 11(d) of the *Charter* were not infringed.

Conclusion

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.

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

blissement des facultés même qui constitue l'élément essentiel de l'infraction.

^a Pour ces motifs, je conclus qu'il n'y a pas eu de violation des droits reconnus à l'accusé en vertu de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte*.

Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

^b *Pourvoi rejeté.*

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

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

Victor John Hess *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and between

Van Hung Nguyen *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HESS; R. v. NGUYEN

File Nos.: 20809, 21392.

1990: February 1; 1990: October 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURTS OF APPEAL FOR
ONTARIO AND MANITOBA

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Life, liberty and security of person — Criminal Code prohibiting sexual intercourse with a female person under the age of fourteen years — Absolute liability offence — Whether s. 146(1) of the Code infringes s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of the Charter.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality before the law — Criminal Code prohibiting sexual intercourse with a female person under the age of fourteen years — Whether s. 146(1) of the Code infringes s. 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of the Charter.

Criminal law — Sexual offences — Sexual intercourse with female under fourteen — Whether s. 146(1) of the Criminal Code infringes the guarantee of fundamental justice under s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms or the right to equality before the law under s. 15 of the Charter.

Both appellants were charged with sexual intercourse with a female person under the age of 14 years under s. 146(1) of the *Criminal Code*. In the first case the trial

* Chief Justice at the time of judgment.

Victor John Hess *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

^a

et entre

Van Hung Nguyen *Appellant*

c.

^b

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. HESS; R. c. NGUYEN

N^{os} du greffe: 20809, 21392.

^c

1990: 1^{er} février; 1990: 4 octobre.

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

^d

EN APPEL DES COURS D'APPEL DE L'ONTARIO ET
DU MANITOBA

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Interdiction, par le Code criminel, d'avoir des rapports sexuels avec une personne de sexe féminin âgée de moins de quatorze ans — Infraction de responsabilité absolue — L'article 146(1) du Code viole-t-il l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Égalité devant la loi — Interdiction, par le Code criminel, d'avoir des rapports sexuels avec une personne de sexe féminin âgée de moins de quatorze ans — L'article 146(1) du Code viole-t-il l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?

Droit criminel — Infractions sexuelles — Rapports sexuels avec une personne de sexe féminin âgée de moins de quatorze ans — L'article 146(1) du Code criminel viole-t-il le droit à la justice fondamentale garanti par l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés ou le droit à l'égalité devant la loi garanti par l'art. 15 de la Charte?

Les deux appelants ont été inculpés, en vertu du par. 146(1) du *Code criminel*, d'avoir eu des rapports sexuels avec une personne de sexe féminin âgée de moins de

* Juge en chef à la date du jugement.

judge quashed the indictment against Hess on the ground that s. 146(1) infringed s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Ontario Court of Appeal reversed the decision and ordered a new trial. In the second case the trial judge convicted Nguyen. The Manitoba Court of Appeal upheld the conviction. The court found that there was no violation of s. 15 and that although s. 146(1) breached s. 7 of the *Charter*, that breach was saved by s. 1. These appeals are to determine whether s. 146(1) of the *Code* infringes s. 7 or 15 of the *Charter*; and, if so, whether the infringement is justified under s. 1 of the *Charter*.

Held (Gonthier and McLachlin JJ. dissenting): The appeals should be allowed.

Per Lamer C.J. and Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: It is a principle of fundamental justice that a criminal offence punishable by imprisonment must have a *mens rea* component. Section 7 of the *Charter* has elevated the requirement of *mens rea* from a presumption of statutory interpretation to a constitutionally mandated element of a criminal offence. Section 146(1) of the *Code*, which makes it an indictable offence punishable by a maximum of life imprisonment for a man to have sexual intercourse with a female under the age of 14 who is not his wife, expressly removes the defence that the accused *bona fide* believed that the female was 14 or older. An offence punishable by imprisonment that does not allow the accused a due diligence defence infringes the right to liberty enshrined in s. 7.

Section 146(1) of the *Code* is not justified under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit on an accused's s. 7 rights. While the legislative objective of protecting female children from the harms that may result from premature sexual intercourse and pregnancy addresses a pressing and substantial concern, and the creation of an absolute liability offence is rationally connected to this concern, s. 146(1) does not impair the s. 7 right as little as possible. Any deterrence value the fear of mistaking the girl's age might have would be limited to borderline cases. Further, no evidence was presented to support the deterrence argument and punishing the mentally innocent with a view to advancing the objective of deterrence is fundamentally unfair. Questions of mental innocence cannot be left to the sentencing process. Reliance on prosecutorial or judicial discretion to mitigate the harsh-

quatorze ans. Dans le premier cas, le juge du procès a annulé l'acte d'accusation déposé contre Hess pour le motif que le par. 146(1) violait l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé cette décision et ordonné un nouveau procès. Dans le second cas, le juge du procès a déclaré l'appelant Nguyen coupable. La Cour d'appel du Manitoba a confirmé cette déclaration de culpabilité. La cour a conclu qu'il n'y avait pas de violation de l'art. 15 et que même si le par. 146(1) violait l'art. 7 de la *Charte*, cette violation était sauvegardée par l'article premier. Les présents pourvois visent à déterminer si le par. 146(1) du *Code* viole l'art. 7 ou l'art. 15 de la *Charte* et, dans l'affirmative, si cette violation est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Arrêt (les juges Gonthier et McLachlin sont dissidents): Les pourvois sont accueillis.

Le juge en chef Lamer et les juges Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé: Il est un principe de justice fondamentale qu'une infraction criminelle assortie d'une peine d'emprisonnement doit comporter un élément de *mens rea*. L'article 7 de la *Charte* a fait de l'exigence de la *mens rea* comme élément présumé d'interprétation législative un élément d'une infraction criminelle requis par la Constitution. Le paragraphe 146(1) du *Code*, qui prévoit que toute personne du sexe masculin qui a des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin qui n'est pas son épouse et qui a moins de quatorze ans est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, écarte expressément le moyen de défense que l'accusé croyait de bonne foi que la personne de sexe féminin était âgée de quatorze ans ou plus. Une infraction punissable d'emprisonnement qui ne reconnaît pas à l'inculpé la possibilité d'invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense porte atteinte au droit à la liberté garanti à l'art. 7.

Le paragraphe 146(1) du *Code* n'est pas justifié en vertu de l'article premier de la *Charte* en tant que limite raisonnable aux droits que l'art. 7 reconnaît à l'accusé. Bien que l'objectif législatif, qui consiste à vouloir protéger les enfants de sexe féminin contre les maux qui peuvent résulter des rapports sexuels et des grossesses précoces, porte sur une préoccupation urgente et réelle et que la création d'une infraction de responsabilité absolue ait un lien rationnel avec cette préoccupation, le par. 146(1) ne porte pas le moins possible atteinte au droit garanti par l'art. 7. Tout effet dissuasif que pourrait avoir la crainte de se tromper sur l'âge de la jeune fille se restreindrait aux cas limites. De plus, on n'a présenté aucun élément de preuve à l'appui de l'argument de la dissuasion et punir une personne moralement innocente dans le but de promouvoir l'objectif de la

ness of an unjust law cannot serve to justify a fundamentally unsound provision. The fact that s. 146(1) has since been replaced by a series of measures that allow the defence of due diligence shows that Parliament has concluded that its objective can be effected in a manner that does not restrict an accused's right as much.

While only men may be charged under s. 146(1) of the *Code*, and only females may be complainants, the section does not infringe s. 15(1) of the *Charter*. The offence involves an act that as a matter of biological fact only men are capable of committing. Since a female does not commit a physical act that can be readily equated with the one a male commits under s. 146(1), the question of whether or not a female should be punished for seeking to have sex with a male under 14 years of age is a policy matter best left to the legislature. Finally, sodomy or buggery are biologically different acts which the legislature has decided to deal with separately.

Section 28 of the *Charter*, which states that the rights and freedoms referred to in the *Charter* "are guaranteed equally to male and female persons", does not prevent the legislature from creating an offence that as a matter of biological fact can only be committed by one sex.

Per Sopinka J.: For the reasons given by the majority, s. 146(1) of the *Code* infringes s. 7 of the *Charter* and cannot be saved under s. 1.

As found by the minority, s. 146(1) of the *Code* infringes s. 15 of the *Charter* but is saved by s. 1.

Per Gonthier and McLachlin JJ. (dissenting): It is a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* that a law restricting an individual's liberty by means such as imprisonment must have as an essential element that the accused possess a guilty mind, or *mens rea*. An essential element of s. 146(1) of the *Code* is that the victim be under the age of 14 years. The Crown need not show that the accused knew the victim was less than 14, nor does his honest belief that the victim was over provide a defence. Since an accused can be convicted

dissuasion est fondamentalement injuste. On ne peut laisser au processus de détermination de la peine les questions de l'innocence morale. Faire confiance à la discrétion de la poursuite ou du juge pour mitiger la sévérité d'une loi injuste ne peut justifier une disposition fondamentalement boiteuse. Le fait que le par. 146(1) a depuis été remplacé par une série de mesures qui permettent d'invoquer le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable montre que le Parlement a conclu que son objectif peut être réalisé d'une manière qui ne restreint pas autant le droit de l'accusé.

Bien que seuls les hommes puissent être accusés en vertu du par. 146(1) du *Code* et que seules les femmes puissent porter plainte, le paragraphe ne viole pas le par. 15(1) de la *Charte*. L'infraction porte sur un acte que seuls les hommes sont capables de commettre en raison d'une réalité biologique. Puisqu'une femme ne commet pas un acte physique qui peut être facilement assimilé à celui qu'un homme commet en vertu du par. 146(1), il est préférable de laisser au législateur le soin de décider si une femme devrait être punie pour avoir cherché à avoir des rapports sexuels avec un garçon de moins de quatorze ans. Enfin, la sodomie est un acte biologiquement différent que le législateur a choisi de traiter séparément.

L'article 28 de la *Charte*, qui prévoit que les droits et libertés mentionnés dans la *Charte* «sont garantis également aux personnes des deux sexes», n'empêche pas le législateur de créer une infraction qui, en raison d'une réalité biologique, ne peut être commise que par l'un des deux sexes.

Le juge Sopinka: Pour les motifs exposés par la majorité, le par. 146(1) du *Code* enfreint l'art. 7 de la *Charte* et ne peut être sauvegardé en vertu de l'article premier.

Comme l'ont conclu les juges formant la minorité, le par. 146(1) du *Code* enfreint l'art. 15 de la *Charte*, mais il est sauvegardé par l'article premier.

Les juges Gonthier et McLachlin (dissidents): C'est un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte* qu'une règle de droit qui restreint la liberté d'une personne par un moyen comme l'emprisonnement doit avoir pour élément essentiel que la personne ait une intention coupable ou *mens rea*. Un élément essentiel de l'infraction définie au par. 146(1) est que la victime doit être âgée de moins de quatorze ans. Le ministère public n'est pas tenu de faire la preuve que l'accusé savait que la victime avait moins de quatorze ans et l'accusé ne peut invoquer comme moyen de défense qu'il a sincèrement cru que la victime était plus âgée. Puisqu'un accusé peut être déclaré coupable en vertu du par.

under s. 146(1) although he lacks a guilty mind, the section violates s. 7 of the *Charter*.

Two requirements must be met to establish infringement of s. 15 of the *Charter*. First, an inequality or distinction in the treatment of members of groups must be established. Second, this distinction must constitute discrimination. Section 146 of the *Code* meets that test. It makes distinctions on the basis of sex, one of the categories enumerated in s. 15, and burdens men as it does not burden women. It also offers protection to young females which it does not offer to young males. Section 146(1) does not constitute an "affirmative action program" within the meaning of s. 15(2) of the *Charter* and it is not immunized from scrutiny under s. 1 of the *Charter*.

Section 146(1) of the *Code* is justified under s. 1 of the *Charter*. First the protection of female children from the harms that may result from premature sexual intercourse and pregnancy and the protection of society from the impact of the social problems which sexual intercourse with children may produce is a legislative objective of sufficient importance to justify overriding a constitutionally protected right. Second, the means chosen to effect the objective are reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. There is a rational connection between the imposition of absolute liability in s. 146(1) and its objective. The imposition of absolute liability, which eliminates the defences of reasonable belief as to age and of due diligence, has an additional deterrent effect on men contemplating intercourse with young girls. The infringement does not extend beyond what is reasonably necessary to achieve the objective. Finally, with respect to s. 7, the infringement on the freedom imposed by s. 146(1) of the *Code* is not unduly draconian, considering the great harms to which the section is directed. The seriousness of the problems addressed by s. 146(1) and the lack of an alternative way of dealing with them as effectively as by a provision which leaves no defence based on ignorance of the victim's age, coupled with the fact that the lack of *mens rea* in s. 146(1) is less intrusive of the accused's rights than is the case in other absolute liability offences, lead to the conclusion that the intrusion on the accused's right not to be convicted in the absence of a guilty mind represented by s. 146(1) is reasonable and justifiable. With respect to s. 15, the means represented by s. 146(1) are also proportionate and justified when weighed against the seriousness of the infringement of the rights of equality of accused persons and victims. The singling out of males as the

146(1) même s'il n'a pas l'intention coupable, le paragraphe viole l'art. 7 de la *Charte*.

Pour qu'il y ait violation de l'art. 15 de la *Charte*, il faut que deux conditions soient réalisées. Premièrement, il faut prouver l'existence d'une inégalité ou d'une distinction dans le traitement de certains individus par rapport à d'autres. Deuxièmement, cette distinction doit constituer de la discrimination. L'article 146 du *Code* remplit ces conditions. Il établit des distinctions fondées sur le sexe, qui est l'un des motifs énumérés à l'art. 15 et il impose aux hommes un fardeau qu'il n'impose pas aux femmes. Il offre de plus aux jeunes personnes de sexe féminin une protection qu'il n'offre pas aux jeunes personnes de sexe masculin. Le paragraphe 146(1) ne constitue pas un «programme de promotion sociale» au sens du par. 15(2) de la *Charte* et n'est pas soustrait à l'analyse fondée sur l'article premier de la *Charte*.

Le paragraphe 146(1) du *Code* est justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. D'abord, la protection des enfants de sexe féminin contre les maux que peuvent engendrer les rapports sexuels et les grossesses précoces et la protection de la société contre les conséquences des problèmes sociaux que peuvent engendrer les rapports sexuels avec des enfants constituent un objectif législatif suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution. Ensuite, les moyens choisis pour réaliser cet objectif sont raisonnables et leur justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il existe un lien rationnel entre l'imposition d'une responsabilité absolue au par. 146(1) et son objectif. L'imposition d'une responsabilité absolue, qui écarte la possibilité d'invoquer comme moyens de défense la croyance raisonnable quant à l'âge et la diligence raisonnable, a un effet dissuasif supplémentaire sur les hommes qui envisagent d'avoir des rapports sexuels avec des jeunes filles. La violation ne va pas au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour réaliser l'objectif. Enfin, au sujet de l'art. 7, l'atteinte à la liberté qui découle du par. 146(1) du *Code* n'est pas indûment sévère, compte tenu des grands maux auxquels cette disposition vise à remédier. La gravité des problèmes que le par. 146(1) cherche à enrayer et l'absence d'autre solution aussi efficace que celle d'écarter la possibilité d'invoquer le moyen de défense fondé sur l'ignorance de l'âge de la victime, conjuguées au fait que l'absence de *mens rea* au par. 146(1) porte moins atteinte aux droits de l'accusé qu'elle ne le fait dans le cas d'autres infractions de responsabilité absolue, amènent à conclure que l'empiétement sur les droits d'un accusé de ne pas être déclaré coupable en l'absence d'intention coupable, qui résulte du par. 146(1), est raisonnable et peut se justifier. Quant à l'art.

only offenders is justified given the fact that only males can cause pregnancies, one of the chief evils addressed by s. 146(1). The protection of female children to the exclusion of male children may be justified on the same ground.

Cases Cited

By Wilson J.

Disapproved: *R. v. Ferguson* (1987), 16 B.C.L.R. (2d) 273; **considered:** *R. v. Stevens*, [1988] 1 S.C.R. 1153; **referred to:** *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Groombridge* (1836), 7 Car. & P. 581, 173 E.R. 256; *R. v. Waite*, [1892] 2 Q.B. 600.

By McLachlin J. (dissenting)

R. v. Ferguson (1987), 16 B.C.L.R. (2d) 273; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938); *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Re MacVicar and Superintendent of Family and Child Services* (1986), 34 D.L.R. (4th) 488; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Michael M. v. Superior Court of Sonoma County*, 450 U.S. 464 (1981); *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act, S.C. 1987, c. 24, s. 2.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 15, 28, 33.

Constitution Act, 1982, s. 52(1).

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 3(6), 140 [rep. & sub. 1980-81-82-83, c. 125, s. 5], 146(1) [am. 1972, c. 13, s. 70; rep. & sub. 1987, c. 24, s. 2], 147 [rep. & sub. 1980-81-82-83, c. 125, s. 7; rep. & sub. 1987, c. 24, s. 2], 155, 663 [am. 1972, c. 13, s. 58; am. 1974-75-76, c. 93, s. 81].

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 150.1(4), 151, 152.

15, le moyen que constitue le par. 146(1) est également proportionné et justifié eu égard à la gravité de la violation des droits à l'égalité dont jouissent les accusés et les victimes. La différenciation des personnes de sexe masculin comme seuls contrevenants se justifie par le fait que seules les personnes de sexe masculin peuvent causer des grossesses, qui sont l'un des maux principaux auxquels le par. 146(1) cherche à remédier. La protection des enfants de sexe féminin, à l'exclusion de ceux de sexe masculin, peut se justifier pour le même motif.

Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

Arrêt critiqué: *R. v. Ferguson* (1987), 16 B.C.L.R. (2d) 273; **arrêt examiné:** *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153; **arrêts mentionnés:** *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. v. Groombridge* (1836), 7 Car. & P. 581, 173 E.R. 256; *R. v. Waite*, [1892] 2 Q.B. 600.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

R. v. Ferguson (1987), 16 B.C.L.R. (2d) 273; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938); *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Re MacVicar and Superintendent of Family and Child Services* (1986), 34 D.L.R. (4th) 488; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Michael M. v. Superior Court of Sonoma County*, 450 U.S. 464 (1981); *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 15, 28, 33.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 150.1(4), 151, 152.

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 3(6), 140 [abr. & rempl. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 5], 146(1) [mod. 1972, ch. 13, art. 70; abr. & rempl. 1987, ch. 24, art. 2], 147 [abr. & rempl. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 7; abr. & rempl. 1987, ch. 24, art. 2], 155, 663 [mod. 1972, ch. 13, art. 58; mod. 1974-75-76, ch. 93, art. 81].

Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada, S.C. 1987, ch. 24, art. 2.

Authors Cited

- Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*. Book IV. By Christian et al. New York: W. E. Dean, 1846.
- Canada, Law Reform Commission. *Criminal Law: Sexual Offences* (Working Paper 22). Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1978.
- Coke, Sir Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England*. London: Clarke, 1817.
- Howard, Colin. "The Protection of Principle Under a Criminal Code" (1962), 25 *M.L.R.* 190.
- Kenny, Courtney Stanhope. *Kenny's Outlines of Criminal Law*, 19th ed. By J. W. Cecil Turner. Cambridge: University Press, 1966.
- MacNamara, Donal E. J. and Edward Sagarin. *Sex, Crime, and the Law*. New York: Free Press, 1977.
- Raymond, Paul E. "The Origin and Rise of Moral Liability in Anglo-Saxon Criminal Law" (1936), 15 *Or. L. Rev.* 93.
- Stroud, Douglas Aikenhead. *Mens Rea*. London: Sweet & Maxwell, 1914.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1988), 25 O.A.C. 43, 40 C.C.C. (3d) 193 (*sub nom. R. v. Boyle*), allowing the Crown's appeal from a decision of Graham Prov. Ct. J. quashing the indictment against appellant Hess. Appeal allowed, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1989), 57 Man. R. (2d) 267, [1989] 3 W.W.R. 646, dismissing appellant Nguyen's appeal from his conviction by Kroft J. Appeal allowed, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting.

Henry S. Brown, for the appellant Hess.

Stanley Nozick, for the appellant Nguyen.

Gregory J. Fitch, Shawn Greenberg and Marva Smith, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. was delivered by

WILSON J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleague Justice McLachlin. While I agree that s. 146(1) of the

Doctrine citée

- Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*. Book IV. By Christian et al. New York: W. E. Dean, 1846.
- ^a Canada, Commission de réforme du droit. *Droit pénal: infractions sexuelles* (document de travail n° 22). Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1978.
- Coke, Sir Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England*. London: Clarke, 1817.
- ^b Howard, Colin. «The Protection of Principle Under a Criminal Code» (1962), 25 *M.L.R.* 190.
- Kenny, Courtney Stanhope. *Kenny's Outlines of Criminal Law*, 19th ed. By J. W. Cecil Turner. Cambridge: University Press, 1966.
- ^c MacNamara, Donal E. J. and Edward Sagarin. *Sex, Crime, and the Law*. New York: Free Press, 1977.
- Raymond, Paul E. «The Origin and Rise of Moral Liability in Anglo-Saxon Criminal Law» (1936), 15 *Or. L. Rev.* 93.
- ^d Stroud, Douglas Aikenhead. *Mens Rea*. London: Sweet & Maxwell, 1914.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1988), 25 O.A.C. 43, 40 C.C.C. (3d) 193 (*sub nom. R. v. Boyle*), qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public à l'encontre d'une décision du juge Graham de la Cour provinciale d'annuler l'acte d'accusation déposé contre l'appellant Hess. Pourvoi accueilli, les juges Gonthier et ^f McLachlin sont dissidents.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1989), 57 Man. R. (2d) 267, [1989] 3 W.W.R. 646, qui a rejeté l'appel interjeté par ^g l'appellant Nguyen à l'encontre de sa déclaration de culpabilité prononcée par le juge Kroft. Pourvoi accueilli, les juges Gonthier et McLachlin sont dissidents.

^h *Henry S. Brown*, pour l'appellant Hess.

Stanley Nozick, pour l'appellant Nguyen.

Gregory J. Fitch, Shawn Greenberg et Marva Smith, pour l'intimée.

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

^j LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de ma collègue le juge McLachlin. Bien que je partage son opinion que le par. 146(1) du *Code*

Criminal Code of Canada (as it read in May, 1985) infringes s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in my view the impugned provision is not saved by s. 1 of the *Charter*. I am also of the view that s. 146(1) does not trigger s. 15(1) of the *Charter*.

For ease of reference I reproduce here the provisions of the *Code* (as they were numbered in May, 1985) and the *Charter* that are relevant to these appeals. Sections 3(6), 140, 146(1), 147 of the *Code* provide:

3. ...

(6) For the purposes of this Act, sexual intercourse is complete upon penetration to even the slightest degree, notwithstanding that seed is not emitted.

140. Where an accused is charged with an offence under section 146 in respect of a person under the age of fourteen years, the fact that the person consented to the commission of the offence is not a defence to the charge.

146. (1) Every male person who has sexual intercourse with a female person who

(a) is not his wife, and

(b) is under the age of fourteen years,

whether or not he believes that she is fourteen years of age or more, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

147. No male person shall be deemed to commit an offence under section 146 or 150 while he is under the age of fourteen years.

Sections 1, 7, 15 and 28 of the *Charter* provide:

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

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, nation-

criminel du Canada (tel qu'il existait en mai 1985) porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, j'estime que la disposition contestée n'est pas sauvegardée par l'article premier de la *Charte*. Je suis également d'avis que le par. 146(1) ne fait pas intervenir le par. 15(1) de la *Charte*.

Pour faciliter les renvois, je reproduis ici les dispositions du *Code* (telles qu'elles étaient numérotées en mai 1985) et de la *Charte* qui sont pertinentes aux présents pourvois. Les dispositions 3(6), 140, 146(1), 147 du *Code* prévoient:

3. ...

(6) Aux fins de la présente loi, les rapports sexuels sont complets s'il y a pénétration même au moindre degré et bien qu'il n'y ait pas émission de semence.

140. Lorsqu'un prévenu est inculpé d'une infraction visée par l'article 146 à l'égard d'une personne de moins de quatorze ans, le fait que la personne a consenti à la perpétration de l'infraction ne constitue pas une défense contre l'inculpation.

146. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, toute personne du sexe masculin qui a des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin

a) qui n'est pas son épouse, et

b) qui a moins de quatorze ans,

que cette personne du sexe masculin la croie ou non âgée de quatorze ans ou plus.

147. Aucune personne du sexe masculin n'est réputée commettre une infraction visée par l'article 146 ou 150 quand elle est âgée de moins de quatorze ans.

Les articles 1, 7, 15 et 28 de la *Charte* prévoient:

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

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discrimi-

al or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

28. Notwithstanding anything in this Charter, the rights and freedoms referred to in it are guaranteed equally to male and female persons.

Section 7

In my view, one cannot properly assess the justifiability of measures that violate constitutional rights without some appreciation of the way in which those rights are violated. I therefore begin with an examination of the reasons why s. 146(1) of the *Code* infringes the right to liberty enshrined in s. 7 of the *Charter*.

I have already had occasion to consider s. 146(1) of the *Code* in light of s. 7 of the *Charter*: see *R. v. Stevens*, [1988] 1 S.C.R. 1153, at pp. 1174-84 (Justices Lamer (as he then was) and L'Heureux-Dubé concurring). While the majority of this Court in *Stevens* held that there was no need to consider whether the provision violated s. 7 because the *Charter* could not be invoked with respect to an offence that had taken place prior to the enactment of the *Charter*, it was my view that s. 146(1) was fatally flawed.

Section 146(1) of the *Code* makes it an indictable offence punishable by a maximum of life imprisonment for a man to have sexual intercourse with a female under the age of fourteen who is not his wife. The provision expressly removes the defence that the accused *bona fide* believed that the female was fourteen years of age or older. An accused may not resort to the defence of mistake of fact, a defence which the principles set out in *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, and *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, make clear would normally be available. These cases provide that absent a legislative decision to

nations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

28. Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes.

L'article 7

À mon avis, on ne peut correctement évaluer le caractère justifiable de mesures qui violent des droits constitutionnels sans procéder à un certain examen de la façon dont ces droits sont violés. Je vais donc examiner d'abord les raisons pour lesquelles le par. 146(1) du *Code* porte atteinte au droit à la liberté consacré à l'art. 7 de la *Charte*.

J'ai déjà eu l'occasion d'examiner le par. 146(1) du *Code* en regard de l'art. 7 de la *Charte*: voir l'arrêt *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153, aux pp. 1174 à 1184 (les juges Lamer (maintenant Juge en chef) et L'Heureux-Dubé souscrivant à mes motifs). Bien que, dans l'arrêt *Stevens*, les juges formant la majorité de notre Cour aient conclu qu'il n'était pas nécessaire d'examiner si la disposition violait l'art. 7 parce que la *Charte* ne pouvait être invoquée à l'égard d'une infraction commise avant l'adoption de celle-ci, j'ai estimé que le par. 146(1) était entaché d'un vice qui le rendait invalide.

Le paragraphe 146(1) du *Code* prévoit que toute personne du sexe masculin qui a des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin qui n'est pas son épouse et qui a moins de quatorze ans est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité. Cette disposition écarte expressément le moyen de défense que l'accusé croyait de bonne foi que la personne de sexe féminin était âgée de quatorze ans ou plus. Un accusé ne peut invoquer le moyen de défense de l'erreur de fait, un moyen de défense dont les principes formulés dans les arrêts *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, et *Pappajohn c.*

eliminate the *mens rea* requirement, where one is dealing with a “true” criminal offence as opposed to a “public welfare” offence of the kind seen in *Sault Ste. Marie*, the Crown must prove *mens rea* (i.e. “some positive state of mind such as intent, knowledge or recklessness”) either by an inference from the nature of the act committed or by additional evidence (*per* Justice Dickson (as he then was) in *Sault Ste. Marie*, *supra*, at p. 1325).

In the appeals that are now before us we face a situation in which, even although an accused may in all honesty have believed that he was having sexual intercourse with a female who was fourteen years of age or older, he is nonetheless subject to the possibility of life imprisonment once the Crown has established that, as a matter of fact, he had sexual intercourse with a female who was under fourteen years of age. As McLachlin J. puts it, under this provision “a person who is mentally innocent of the offence—who has no *mens rea* with respect to an essential element of the offence—may be convicted and sent to prison”.

That the provision may deprive an accused of his right to liberty is obvious: the accused faces the possibility of life imprisonment. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 515, Lamer J. explained:

Obviously, imprisonment (including probation orders) deprives persons of their liberty. An offence has that potential as of the moment it is open to the judge to impose imprisonment.

But does the deprivation of an accused’s right to liberty take place in a manner that fails to accord with the principles of fundamental justice?

In *Stevens*, *supra*, at p. 1175, I considered the proposition that it is a principle of fundamental justice that a criminal offence with a maximum penalty of life imprisonment must have a *mens rea*

La Reine, [1980] 2 R.C.S. 120, établissent clairement qu’il serait normalement disponible. Ces arrêts prévoient qu’en l’absence d’une décision du législateur de supprimer l’exigence de *mens rea*, lorsqu’il est question d’une infraction criminelle «réelle» par opposition à une infraction contre le «bien-être public» du genre examiné dans l’arrêt *Sault Ste-Marie*, le ministère public doit faire la preuve de la *mens rea* (c’est-à-dire d’existence réelle d’un état d’esprit, comme l’intention, la connaissance, l’insouciance) soit au moyen d’une conclusion à son existence vu la nature de l’acte commis, soit par preuve spécifique (le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l’arrêt *Sault Ste-Marie*, précité, à la p. 1325).

Dans les présents pourvois, nous faisons face à une situation où, même si l’accusé peut avoir cru en toute honnêteté qu’il avait des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin qui était âgée de quatorze ans ou plus, il est malgré tout susceptible d’être emprisonné à perpétuité une fois que le ministère public a établi qu’il a réellement eu des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin qui avait moins de quatorze ans. Selon l’expression du juge McLachlin, en vertu de cette disposition «une personne qui est «moralement innocente» de l’infraction—qui n’a pas de *mens rea* à l’égard d’un élément essentiel de l’infraction—peut être déclarée coupable et condamnée à l’emprisonnement».

Il est évident que la disposition peut priver un accusé du droit à la liberté: l’accusé risque d’être emprisonné à perpétuité. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 515, le juge Lamer explique:

Manifestement, l’emprisonnement (y compris les ordonnances de probation) prive les personnes de leur liberté. Une infraction peut avoir cet effet dès que le juge peut imposer l’emprisonnement.

Mais l’accusé est-il privé du droit à la liberté d’une manière qui n’est pas conforme aux principes de justice fondamentale?

Dans l’arrêt *Stevens*, précité, à la p. 1175, j’ai examiné la proposition qu’il est un principe de justice fondamentale qu’une infraction criminelle assortie d’une peine maximale d’emprisonnement à

component. I noted that in *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*, at p. 513, Lamer J., writing for the majority, had stated:

It has from time immemorial been part of our system of laws that the innocent not be punished. This principle has long been recognized as an essential element of a system for the administration of justice which is founded upon a belief in the dignity and worth of the human person and on the rule of law. It is so old that its first enunciation was in Latin *actus non facit reum nisi mens sit rea*.

Lamer J. pointed out that Dickson J. writing for the Court in *R. v. Sault Ste. Marie, supra*, had stated that "there is a generally held revulsion against punishment of the morally innocent" (p. 1310).

I then turned to this Court's decision in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, where Lamer J., writing for the majority, found that s. 7 of the *Charter* had elevated the requirement of *mens rea* from a presumption of statutory interpretation to a constitutionally mandated element of a criminal offence. I noted that Lamer J. had stated, at p. 652:

In effect, *Re B.C. Motor Vehicle Act* acknowledges that, whenever the state resorts to the restriction of liberty, such as imprisonment, to assist in the enforcement of a law, even, as in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, a mere provincial regulatory offence, there is, as a principle of fundamental justice, a minimum mental state which is an essential element of the offence. It thus elevated *mens rea* from a presumed element in *Sault Ste. Marie, supra*, to a constitutionally required element. *Re B.C. Motor Vehicle Act* did not decide what level of *mens rea* was constitutionally required for each type of offence, but inferentially decided that even for a mere provincial regulatory offence at least negligence was required, in that at least a defence of due diligence must always be open to an accused who risks imprisonment upon conviction. [Emphasis in original.]

I concluded my analysis in *Stevens* by emphasizing that s. 146(1) of the *Code* infringed s. 7 of the

perpétuité doit comporter un élément de *mens rea*. J'ai remarqué que dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 513, le juge Lamer affirme, au nom de la majorité:

^a Depuis des temps immémoriaux, il est de principe dans notre système juridique qu'un innocent ne doit pas être puni. Ce principe est depuis longtemps reconnu comme un élément essentiel d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et en la primauté du droit. Il est si ancien que c'est en latin qu'il a été énoncé pour la première fois: *actus non facit reum nisi mens sit rea*.

^c Le juge Lamer a souligné que le juge Dickson qui a rédigé les motifs de la Cour dans l'arrêt *R. c. Sault Ste-Marie*, précité, avait affirmé qu'on «répugne généralement à punir celui qui est moralement innocent» (p. 1310).

^d J'ai alors examiné l'arrêt de notre Cour *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, où le juge Lamer, s'exprimant au nom de la majorité, a décidé que l'art. 7 de la *Charte* avait fait de l'exigence de la *mens rea* comme élément présumé d'interprétation législative un élément d'une infraction criminelle requis par la Constitution. J'ai remarqué que le juge Lamer avait affirmé, à la p. 652:

^f En fait, dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, on reconnaît que dans tous les cas où l'État recourt à la restriction de la liberté, comme l'emprisonnement, pour assurer le respect de la loi, même si, comme dans ce renvoi, il ne s'agit que d'une simple infraction à une réglementation provinciale, la justice fondamentale exige que la présence d'un état d'esprit minimal chez l'accusé constitue un élément essentiel de l'infraction. De l'élément présumé qu'elle était dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, précité, la *mens rea* est ainsi devenue un élément requis par la Constitution. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, on ne précise pas le degré de *mens rea* qu'exige la Constitution pour chaque type d'infraction, mais on établit indirectement que, même dans le cas d'une infraction à une réglementation provinciale, la négligence est au moins requise, en ce sens que l'accusé qui risque d'être condamné à l'emprisonnement s'il est déclaré coupable doit toujours pouvoir au moins invoquer un moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable. [Souligné dans l'original.]

^j J'ai terminé mon examen dans l'arrêt *Stevens* en soulignant que le par. 146(1) du *Code* portait

Charter because s. 7 “prohibits the existence of offences that are punishable by imprisonment and that do not allow the accused as a minimum a due diligence defence” (p. 1177).

Nothing about the appeals that are currently before this Court leads me to reach a different conclusion. On the contrary, it seems to me particularly important to reiterate that long before the *Charter* was enacted our system of law had a profound commitment to the principle that the innocent should not be punished. As Dickson J. (as he then was) explained in *Pappajohn, supra*, at p. 138:

There rests now, at the foundation of our system of criminal justice, the precept that a man cannot be adjudged guilty and subjected to punishment, unless the commission of the crime was voluntarily directed by a willing mind.

Even the most cursory review of the history of the doctrine of *mens rea* confirms this observation and reveals that the doctrine is an integral and indispensable feature of our criminal law. In *Kenny's Outlines of Criminal Law* (19th ed. 1966), at p. 7, the author observes that this was not always so:

There is evidence that throughout Europe in the remote past acts which caused serious harm were supposed to bring about the infliction upon the people of some calamitous punishment by the gods. In such circumstances severe sufferings were inflicted upon the offender in order to placate the outraged deity.

But Kenny explains that with time it was recognized that it was unfair and inappropriate to impose punishment in the absence of an element of moral blame. There arose “the ethical conception that it was not proper to punish a man criminally unless he had known that he was doing wrong” (Kenny, *op. cit.*, at p. 13). Others have confirmed this account. For example, P. E. Raymond concludes his study “The Origin and Rise of Moral Liability in Anglo-Saxon Criminal Law”, 15 *Or. L. Rev.* 93 (1936), at p. 117, with the following passage:

As we reach the end of the Anglo-Saxon period, which cannot be exactly fixed but is somewhere around 1100, we find the notion of moral liability well estab-

atteinte à l’art. 7 de la *Charte* parce que celui-ci «interdit [...] les infractions punissables d’un emprisonnement qui ne reconnaissent pas à l’inculpé, au minimum, une défense de diligence raisonnable» (p. 1177).

Rien dans les présents pourvois ne me permet de parvenir à une conclusion différente. Au contraire, il me semble particulièrement important de répéter que bien avant l’entrée en vigueur de la *Charte*, notre système de droit avait un profond respect du principe qu’un innocent ne devrait pas être puni. Comme le juge Dickson (plus tard Juge en chef) l’a expliqué dans l’arrêt *Pappajohn*, précité, à la p. 138:

Notre système de justice criminelle repose sur le principe qu’un homme ne peut être déclaré coupable et se voir imposer une peine, à moins que la perpétration du crime ne découle d’un acte volontaire.

Même l’examen le plus rapide de l’historique de la théorie de la *mens rea* confirme cette remarque et indique que cette théorie est une partie intégrante et indispensable de notre droit criminel. Dans l’ouvrage *Kenny's Outlines of Criminal Law* (19^e éd. 1966), à la p. 7, l’auteur fait observer qu’il n’en a pas été toujours ainsi:

[TRADUCTION] On constate qu’anciennement dans toute l’Europe les dieux étaient censés infliger aux auteurs d’un grave préjudice une certaine forme de calamité. Dans ces circonstances, des souffrances importantes étaient infligées au contrevenant pour calmer la colère des dieux.

Mais Kenny explique qu’avec le temps on a reconnu qu’il était injuste et inadéquat d’imposer une peine en l’absence d’un élément de reproche moral. Est donc apparue [TRADUCTION] «l’idée en éthique qu’il n’était pas approprié d’imposer une sanction criminelle à un homme à moins qu’il n’ait su qu’il faisait le mal» (Kenny, précité, à la p. 13). D’autres auteurs ont confirmé cette opinion. Par exemple, P. E. Raymond dans son étude «The Origin and Rise of Moral Liability in Anglo-Saxon Criminal Law», 15 *Or. L. Rev.* 93 (1936), à la p. 117, conclut son examen par le passage suivant:

[TRADUCTION] Avec la fin de la période anglo-saxonne, qu’on ne peut déterminer précisément mais qui se situe quelque part autour des années 1100, nous

lished in the criminal law, although the development of it was to continue throughout the centuries and even into the twentieth; for we still have the notion of absolute liability in certain cases.

By the seventeenth century the doctrine of *mens rea* was sufficiently well developed that Coke could affirm “*Et actus non facit reum, nisi mens sit rea*” (*The Third Part of the Institutes of the Laws of England* (1817), at p. 6). Two hundred years later, Blackstone would reiterate this proposition:

And, as a vicious will, without a vicious act is no civil crime, so, on the other hand, an unwarrantable act without a vicious will is no crime at all. So that to constitute a crime against human laws, there must be, first, a vicious will; and, secondly, an unlawful act consequent upon such vicious will.

(*Commentaries on the Laws of England* (1846), Book IV, at p. 21.)

And by the early part of this century, treatises on the subject took for granted the proposition that the doctrine of *mens rea* played an indispensable role in the criminal law. Stroud, for example, stated:

A crime can be committed only where a person, disobeying the law by act or omission, either knows that his conduct is in contravention of the law, or would have known that fact if he had given to his conduct, and to the circumstances, that degree of attention which the law requires, and which he is capable of giving.

(*Mens Rea* (1914), at pp. 10-11.)

More recently, the doctrine of *mens rea* has been described as “[o]ne of the most desirable prerequisites for criminal responsibility in any civilised country” (see: Howard, “The Protection of Principle Under a Criminal Code” (1962), 25 *M.L.R.* 190, at p. 190).

In my view, the history of the doctrine of *mens rea* shows a gradual move away from a purely retributive conception of punishment, where the law sought to pay back the moral evil done without regard for the reasons why the actor committed the prohibited act, to a conception of punishment that is not only sensitive to the injustice involved in

constatons que la notion de responsabilité morale est bien établie en droit criminel bien que son évolution se soit poursuivie au cours des siècles et même au cours du vingtième siècle; en effet, l'idée d'une responsabilité absolue existe encore dans certains cas.

Au dix-septième siècle, la théorie de la *mens rea* était suffisamment bien élaborée pour que Coke puisse affirmer «*Et actus non facit reum, nisi mens sit rea*» (*The Third Part of the Institutes of the Laws of England* (1817), à la p. 6). Deux cents ans plus tard, Blackstone répétait cette affirmation:

[TRADUCTION] Et parce que la volonté de nuire sans acte nuisible ne constitue en aucun cas un crime en droit civil, de même, un acte injustifiable sans volonté de nuire ne constitue pas un crime non plus. Pour qu'il y ait crime contre les lois humaines, il faut d'abord la volonté de nuire et, ensuite qu'un acte illégal en résulte.

(*Commentaries on the Laws of England* (1846), livre IV, à la p. 21.)

Et au début de ce siècle, les traités en la matière tenaient pour acquis que la théorie de la *mens rea* jouait un rôle indispensable en droit criminel. Par exemple, Stroud a affirmé:

[TRADUCTION] Il ne peut y avoir de crime que si une personne, désobéissant à la loi par un acte ou une omission, sait que sa conduite est contraire à la loi ou aurait dû le savoir si elle avait prêté à sa conduite et aux circonstances l'attention que le droit exige et qu'elle est capable de prêter.

(*Mens Rea* (1914), aux pp. 10 et 11.)

Plus récemment, on a dit de la théorie de la *mens rea* qu'elle constituait [TRADUCTION] «[l]'une des conditions préalables les plus souhaitables de la responsabilité criminelle dans un pays civilisé» (voir: Howard, «The Protection of Principle Under a Criminal Code» (1962), 25 *M.L.R.* 190, à la p. 190).

À mon avis, l'historique de la théorie de la *mens rea* reflète l'évolution progressive d'une conception purement justicière de la peine, où le droit visait à faire payer le dommage moral causé sans égard aux raisons pour lesquelles l'auteur avait commis l'acte interdit, vers une conception de la peine qui tient non seulement compte de l'injustice commise

punishing those who are mentally innocent, but also takes account of the fact that punishment will not act as an effective deterrent if persons are punished who did not know or could not have known that they were committing an offence. The doctrine of *mens rea* reflects the conviction that a person should not be punished unless that person knew that he was committing the prohibited act or would have known that he was committing the prohibited act if, as Stroud put it, "he had given to his conduct, and to the circumstances, that degree of attention which the law requires, and which he is capable of giving".

Our commitment to the principle that those who did not intend to commit harm and who took all reasonable precautions to ensure that they did not commit an offence should not be imprisoned stems from an acute awareness that to imprison a "mentally innocent" person is to inflict a grave injury on that person's dignity and sense of worth. Where that person's beliefs and his actions leading up to the commission of the prohibited act are treated as completely irrelevant in the face of the state's pronouncement that he must automatically be incarcerated for having done the prohibited act, that person is treated as little more than a means to an end. That person is in essence told that because of an overriding social or moral objective he must lose his freedom even although he took all reasonable precautions to ensure that no offence was committed.

Prior to the *Charter*, Parliament had to use express statutory language in order to displace the requirement that the prosecutor prove *mens rea*. With the advent of the *Charter*, Parliament must now be prepared to show that a provision that purports to make it unnecessary for the Crown to prove *mens rea* and that does not provide an accused, at a minimum, with a due diligence defence is a reasonable limit that can be demonstrably justified in a free and democratic society. It therefore turn to s. 1 of the *Charter*.

en punissant ceux qui sont moralement innocents mais également du fait que la sanction ne servira pas de moyen de dissuasion efficace si les contrevenants ne savaient pas ou n'auraient pu savoir qu'ils commettaient une infraction. La théorie de la *mens rea* reflète la conviction qu'une personne ne devrait pas être punie à moins que celle-ci n'ait su qu'elle commettait un acte interdit ou aurait dû savoir qu'elle commettait l'acte interdit si, comme le dit Stroud, [TRADUCTION] «elle avait fait prêter à sa conduite et aux circonstances l'attention que le droit exige et qu'elle est capable de prêter».

Notre respect du principe que ceux qui n'ont pas eu l'intention de causer un préjudice et qui ont pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de ne pas commettre d'infraction ne devraient pas être emprisonnés découle du sentiment très clair qu'emprisonner une personne «moralement innocente» revient à infliger une grave atteinte à sa dignité et à sa valorisation personnelle. Lorsque les convictions de cette personne et ses actions à l'origine de la perpétration d'un acte interdit sont traitées comme si elles n'avaient aucune pertinence au regard de la décision de l'État de l'incarcérer automatiquement pour avoir commis l'acte interdit, cette personne n'est ni plus ni moins traitée que comme un moyen pour parvenir à une fin. On dit essentiellement à cette personne qu'en raison d'un objectif social ou moral prédominant, elle doit être privée de sa liberté même si elle a pris toutes les précautions raisonnables pour s'assurer qu'aucune infraction ne serait perpétrée.

Avant l'adoption de la *Charte*, le Parlement devait faire usage d'un texte législatif exprès pour dispenser la poursuite d'établir la *mens rea*. Avec l'adoption de la *Charte*, le Parlement doit maintenant être prêt à établir qu'une disposition qui a pour effet de dispenser le ministère public de faire la preuve de la *mens rea* et qui n'accorde pas à l'accusé, au minimum, le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable est une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. J'examine donc l'article premier de la *Charte*.

Section 1

The respondents submit that s. 146(1) of the *Code* is justified under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit on an accused's s. 7 rights. They draw extensively on the decision of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Ferguson* (1987), 16 B.C.L.R. (2d) 273, where the majority of the court (McLachlin J.A. (as she then was) with Taggart J.A. concurring) found that s. 146(1) was saved by s. 1 and the minority (Anderson J.A.) found that it was not. In *Stevens* I expressed the view that the majority's conclusion in *Ferguson* was in error. However, in view of the position that McLachlin J. takes with respect to the appeals now before us, I think it important to deal with the issues raised under s. 1 in some detail. I therefore turn to the question whether s. 146(1) meets the tests laid down by this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

(i) *The Legislative Objective*

The respondents submit that the objective of s. 146(1) is, firstly, to protect female children from the harms that may result from premature sexual intercourse and pregnancy and, secondly, to protect society from the social problems that sexual intercourse with children may produce. Children, we are told, may suffer grave physical and emotional harm as a result of sexual intercourse at such an early age. They are ill-equipped to deal with the consequences of pregnancy. They must be protected from exploitation by those who seek to use them for prostitution. Moreover, it is society that must bear the increased medical and social costs and decreased productivity that result from juvenile pregnancies. Society must also bear the costs of prostitution and the respondents contend that the impugned provision is aimed at combating such prostitution by prohibiting sexual activity with young girls.

L'article premier

Les intimées dans chaque pourvoi soutiennent que le par. 146(1) du *Code* se justifie en vertu de l'article premier de la *Charte* en tant que limite raisonnable aux droits que l'art. 7 reconnaît à l'accusé. Elles s'appuient fortement sur l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique *R. v. Ferguson* (1987), 16 B.C.L.R. (2d) 273, dans lequel les juges de la majorité (le juge McLachlin (maintenant juge de notre Cour) et le juge Taggart souscrivant à ses motifs) ont conclu que le par. 146(1) était sauvegardé par l'article premier et le juge de la minorité (le juge Anderson) a conclu qu'il ne l'était pas. Dans l'arrêt *Stevens*, j'ai exprimé l'avis que les juges formant la majorité dans l'arrêt *Ferguson* ont commis une erreur en concluant comme ils l'ont fait. Cependant, compte tenu de l'opinion du juge McLachlin dans les présents pourvois, j'estime important d'examiner en détail les questions soulevées en vertu de l'article premier. Je vais donc déterminer si le par. 146(1) satisfait aux critères formulés par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

(i) *L'objectif du législateur*

Les intimées soutiennent que l'objectif du par. 146(1) est, premièrement, de protéger les enfants de sexe féminin contre les maux qui peuvent résulter des rapports sexuels et des grossesses précoces et, deuxièmement, de protéger la société contre les problèmes sociaux que les rapports sexuels avec des enfants peuvent entraîner. On nous dit que les enfants peuvent subir des troubles physiques et émotifs graves par suite de rapports sexuels à un âge si précoce. Ces enfants ne sont pas en mesure de faire face aux conséquences de la grossesse. Elles doivent être protégées contre ceux qui veulent les exploiter à des fins de prostitution. En outre, c'est la société qui doit supporter les coûts médicaux et sociaux élevés et la baisse de productivité qui résulte des grossesses chez les adolescentes. La société doit également supporter les coûts de la prostitution et les intimées prétendent que la disposition contestée vise à lutter contre cette prostitution en interdisant les activités sexuelles avec de jeunes filles.

I agree that s. 146(1) is designed to protect female children from premature sexual intercourse and that this is a pressing and substantial concern. Very young girls who are made to engage in sexual intercourse may suffer grave physical harm. No one can doubt that they may suffer permanent psychological harm as a result of sexual intercourse at an unnaturally early age. The first test in *Oakes* is therefore met. While it seems to me that the provision is largely designed to deal with the kind of immediate physical and emotional harm that a very young girl may experience as a result of premature sexual intercourse, I do not doubt that it was also partly designed to protect slightly older children who are ill-equipped to cope with pregnancy. I would add that while I do not disagree that society suffers when it is forced to cope with child pregnancies, in my view the primary objective of the impugned provision is to protect children from premature sexual intercourse.

With respect to the suggestion that the provision is also designed to address the problem of child prostitution, I must confess that I am far from persuaded that the provision was directed to this problem. The provision does not seek to penalize the sale of sex for money. Indeed, it does not even refer to prostitution. While it will obviously be no defence to an accused charged under s. 146(1) that the complainant was a prostitute who wished to exchange sex for money and that she therefore consented to sexual intercourse, in my view the provision's focus is firmly on the protection of young females from premature sexual intercourse rather than on the elimination of child prostitution. This is not to say that the problems the provision addresses are not as serious as child prostitution. They clearly are. It is simply to say that the focus of the provision is somewhat narrower than the one suggested by the respondents.

(ii) *Rational Connection*

The next question under *Oakes* is whether s. 146(1) is rationally connected to the concern to

Je reconnais que le par. 146(1) vise à protéger les enfants de sexe féminin contre les rapports sexuels précoces et qu'il s'agit d'une préoccupation urgente et réelle. Les très jeunes filles forcées d'avoir des rapports sexuels peuvent souffrir de graves préjudices physiques. Personne ne met en doute qu'elles peuvent souffrir de troubles psychologiques permanents par suite de rapports sexuels à un âge forcément trop jeune. Le premier critère de l'arrêt *Oakes* est donc respecté. Bien qu'il m'apparaisse que la disposition vise surtout à traiter des troubles physiques et émotifs directs qu'une très jeune fille peut connaître par suite de rapports sexuels précoces, je suis certaine qu'elle vise également en partie à protéger des enfants un peu plus âgés qui ne sont pas en mesure de faire face à la grossesse. J'ajouterais que bien que je reconnaisse les problèmes que connaît la société lorsqu'elle est obligée de s'occuper des grossesses chez les enfants, j'estime que l'objectif premier de la disposition contestée est de protéger les enfants contre les rapports sexuels précoces.

Quant à l'idée que la disposition vise également à traiter du problème de la prostitution chez les enfants, j'avoue que je suis loin d'être convaincue que la disposition visait ce problème. La disposition ne tente pas de punir la vente de services sexuels en échange d'argent. D'ailleurs, elle ne mentionne même pas la prostitution. Bien qu'il soit clair que l'accusé ne puisse invoquer en défense à une accusation portée en vertu du par. 146(1) que la plaignante était une prostituée qui voulait vendre ses services sexuels en échange d'argent et qu'elle consentait donc aux rapports sexuels, j'estime que la disposition est clairement axée sur la protection des jeunes filles contre les rapports sexuels précoces plutôt que sur l'élimination de la prostitution chez les enfants. Ce qui ne veut pas dire que les problèmes visés par la disposition ne sont pas aussi graves que la prostitution chez les enfants. Ils le sont de toute évidence. Je veux simplement dire que l'objectif de la disposition est en quelque sorte plus restreint que celui qu'invoquent les intimées.

(ii) *Le lien rationnel*

Selon l'arrêt *Oakes*, la question suivante est de savoir si le par. 146(1) a un lien rationnel avec le

protect young females from premature sexual intercourse. I believe that it is. The creation of an absolute liability offence for sexual intercourse with a female under fourteen years of age is obviously one way to deal with the problems that young females may experience as a result of premature sexual intercourse. Moreover, it seems to me that if the legislature is of the view that children under a given age are not in a position to make an informed decision about whether to expose themselves to the hazards of premature sexual intercourse, then it is logical for it to eliminate the defence of consent. As one set of authors explains:

... a minor, it is reasoned, no matter how willing or eager, has not given consent because she is below the age at which she has the legal right or the social maturity to offer it.

(MacNamara and Sagarin, *Sex, Crime, and the Law* (1977), at p. 80.)

In connection with the question of rational connection the respondents also raise an argument about deterrence that in my view is more appropriately addressed in the context of whether the provision impairs the accused's right as little as possible and whether the severity of the violation of the right is proportionate to the legislative objective. In particular, the respondents suggest that absolute liability has been imposed because, if the defence of reasonable belief were available, a man could escape conviction by saying that he believed the girl to be older than fourteen. Similarly, they contend that were a defence of due diligence available, this would leave open the possibility that the girl would lie as to her age. Section 146(1) therefore puts men who are contemplating sexual intercourse with a girl who might be under fourteen years of age on alert. It ensures that they will not take a chance. I will address this deterrence argument under the next heading.

(iii) *Minimal Impairment and Proportionality*

When the respondents turn to the question whether the impugned provision impairs the right

souci de protéger les jeunes filles contre les rapports sexuels précoces. Je pense que oui. La création d'une infraction de responsabilité absolue dans les cas de rapports sexuels avec une personne du sexe féminin de moins de quatorze ans constitue évidemment une façon de traiter des problèmes que les jeunes filles peuvent connaître par suite de rapports sexuels précoces. En outre, il me semble que si le législateur est d'avis que les enfants en dessous d'un certain âge ne sont pas en mesure de décider d'une façon éclairée s'ils doivent s'exposer aux risques que comportent les rapports sexuels précoces, il est donc logique que le législateur élimine le consentement comme moyen de défense. Comme l'expliquent deux auteurs:

[TRADUCTION] ... on conclut qu'une mineure, peu importe sa volonté ou son désir, n'a pas consenti parce qu'elle n'a pas l'âge légal ou la maturité sociale pour donner ce consentement.

(MacNamara et Sagarin, *Sex, Crime, and the Law* (1977), à la p. 80.)

En rapport avec la question du lien rationnel, les intimées soulèvent également un argument portant sur la dissuasion qu'il conviendrait mieux à mon avis de traiter lorsqu'il sera question de savoir si la disposition porte le moins possible atteinte au droit de l'accusé et si la gravité de la violation du droit est proportionnelle à l'objectif du législateur. En particulier, les intimées prétendent que la responsabilité absolue a été imposée parce que si la défense de la croyance raisonnable était possible un homme pourrait échapper à la déclaration de culpabilité en affirmant qu'il croyait que la jeune fille était âgée de plus de quatorze ans. De même, elles prétendent que s'il était possible d'invoquer le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable il serait toujours possible que la jeune fille mente quant à son âge. Le paragraphe 146(1) met donc en garde les hommes qui envisagent d'avoir des rapports sexuels avec une jeune fille qui pourrait avoir moins de quatorze ans. Cette disposition assure qu'ils ne prendront pas de chance. J'examine cet argument de la dissuasion sous la rubrique suivante.

(iii) *L'atteinte minimale et la proportionnalité*

Lorsque les intimées examinent la question de savoir si la disposition contestée porte le moins

as little as possible, they assert that the defence of due diligence or reasonable belief would not provide as effective a deterrent to men who might wish to engage in sexual intercourse with a female under fourteen as the removal of all defences based on the accused's lack of knowledge of the victim's age. They also submit that the fact that Parliament has chosen to replace s. 146(1) with a provision that allows for a due diligence defence does not mean that one cannot justify s. 146(1) as a reasonable limit on s. 7 of the *Charter*. I note that McLachlin J. not only accepts these submissions but that she is also of the view that in those instances where an accused is truly mentally innocent this factor may be taken into account in the sentence: "if the court is persuaded that the accused was truly morally blameless, he may be set free: see s. 663 (now s. 737) of the *Criminal Code*".

I think it useful to consider these arguments under three separate headings.

(a) The Deterrence Argument

The respondents place a great deal of weight on arguments about deterrence in their analysis of whether the impugned provision is rationally connected to the legislative objective and in their submissions with respect to the proportionality test set out in *Oakes*. In *Stevens*, I expressed the view that the premise on which the deterrence arguments are based is not a strong one since it assumes that before having sexual intercourse with a young girl the accused, including a teen-aged accused, will in fact address his mind to a fairly obscure provision of the *Code*.

But if I am wrong in this, it seems to me that any deterrence value that s. 146(1) might have would only protect a narrow sub-set of the group that s. 146(1) addresses. Whatever deterrence value the fear of making a mistake might have would only protect that group of young females close enough to the age of fourteen that a mistake

possible atteinte au droit, elles affirment que le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable ou sur la croyance raisonnable ne constituerait pas un moyen de dissuasion aussi efficace à l'égard des hommes qui pourraient souhaiter avoir des rapports sexuels avec une jeune fille de moins de quatorze ans que la suppression de tous les moyens de défense fondés sur le fait que l'accusé ne connaissait pas l'âge de la victime. Elles prétendent également que ce n'est pas parce que le Parlement a choisi de remplacer le par. 146(1) par une disposition qui permet d'invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense qu'on ne peut justifier le par. 146(1) comme une limite raisonnable à l'art. 7 de la *Charte*. Je remarque que le juge McLachlin accepte non seulement ces arguments mais qu'elle est également d'avis que dans les cas où un accusé est vraiment moralement innocent on peut tenir compte de ce facteur dans la détermination de la peine: «si la cour est convaincue que l'accusé est vraiment moralement innocent, elle peut le libérer: voir l'art. 663 (devenu l'art. 737) du *Code criminel*».

J'estime utile d'examiner ces arguments dans trois sections différentes.

a) L'argument de la dissuasion

Les intimées accordent un poids très important aux arguments relatifs à la dissuasion dans leur examen de la question de savoir si la disposition contestée a un lien rationnel avec l'objectif législatif et dans leurs prétentions concernant le critère de proportionnalité formulé dans l'arrêt *Oakes*. Dans l'arrêt *Stevens*, j'ai exprimé l'avis que la prémisse sur laquelle se fondent les arguments de la dissuasion n'est pas solide puisqu'elle consiste à supposer qu'avant d'avoir des rapports sexuels avec une jeune fille l'accusé, y compris l'adolescent accusé, songera vraiment à une disposition plutôt obscure du *Code*.

Mais si je me trompe sur ce point, il me semble que tout effet dissuasif que pourrait avoir le par. 146(1) ne protégerait qu'une partie restreinte du groupe visé par ce paragraphe. Quel que soit l'effet dissuasif que pourrait avoir la crainte de se tromper, cet effet ne protégerait que le groupe de jeunes filles qui ont suffisamment près de quatorze

as to whether they were under or over fourteen was a realistic possibility. In *Stevens, supra*, at p. 1182, I emphasized that “[a]ny hypothetical deterrence, therefore, will be limited to borderline cases”.

More importantly, the deterrent effect of the rule cannot readily be documented and the respondents have not submitted any evidence to support their deterrence argument. Where one is dealing with the potential for life imprisonment it is not good enough, in my view, to rely on intuition and speculation about the potential deterrent effect of an absolute liability offence. We need concrete and persuasive evidence to support the argument. I think Dickson J. put the point well in *R. v. Sault Ste. Marie, supra*, at p. 1311, when he said:

Arguments of greater force are advanced against absolute liability. The most telling is that it violates fundamental principles of penal liability. It also rests upon assumptions which have not been, and cannot be, empirically established. There is no evidence that a higher standard of care results from absolute liability. If a person is already taking every reasonable precautionary measure, is he likely to take additional measures, knowing that however much care he takes, it will not serve as a defence in the event of breach? If he has exercised care and skill, will conviction have a deterrent effect upon him or others? Will the injustice of conviction lead to cynicism and disrespect for the law, on his part and on the part of others? These are among the questions asked. [Emphasis added.]

The respondents contend that all that a person need do to avoid the risk of conviction is to refrain from having sex with a young girl unless he is sure that she is over fourteen. But this begs the question: what if he is sure that she is over fourteen but turns out to be wrong? This argument boils down to the proposition that all that a person who has made a mistake of fact needs to do to avoid the risk of conviction is to make sure that he is not making a mistake of fact. The argument would appear to be somewhat circular.

This point leads me to another, more fundamental, problem with the deterrence argument, one that Dickson J. identified in *Sault Ste. Marie*. I noted in connection with my s. 7 analysis that the criminal law has come to recognize that punishing

ans pour qu’une erreur quant à leur âge puisse être réaliste. Dans l’arrêt *Stevens*, précité, à la p. 1182, j’ai souligné que «[t]oute dissuasion hypothétique sera par conséquent restreinte aux cas limites».

^a De façon plus importante, l’effet dissuasif de la règle ne peut être prouvé facilement et les intimées n’ont soumis aucune preuve pour justifier leurs arguments de la dissuasion. Lorsqu’il y a risque ^b d’emprisonnement à perpétuité, j’estime qu’il ne suffit pas de s’en remettre à l’intuition et aux spéculations quant à l’effet potentiellement dissuasif d’une infraction de responsabilité absolue. Nous avons besoin d’une preuve concrète et convaincante pour justifier l’argument. Je pense que le juge Dickson l’explique très bien dans l’arrêt *R. c. Sault Ste-Marie*, précité, à la p. 1311, lorsqu’il dit:

^d On avance des arguments plus convaincants contre la responsabilité absolue. Le plus sérieux est qu’elle viole les principes fondamentaux de la responsabilité pénale; de plus, elle repose sur des présomptions qui n’ont pas été établies de façon empirique, et ne peuvent pas l’être. ^e Rien ne prouve que la responsabilité absolue incite à une plus grande prudence. Si une personne prend déjà toutes les précautions raisonnables, prendra-t-elle d’autres mesures, sachant que de toute façon, elle ne pourra pas les faire valoir en cas d’infraction? Sa condamnation aura-t-elle sur elle ou sur d’autres un effet dissuasif si elle a fait preuve de prudence et de compétence? L’injustice d’une condamnation les conduira-t-elle, elle et les autres, au cynisme et à l’irrespect de la loi? Voilà quelques questions que l’on pose. [Je souligne.]

^g Les intimées prétendent que pour éviter le risque d’une déclaration de culpabilité, il suffit de ne pas avoir de rapports sexuels avec une jeune fille à moins d’être certain qu’elle a plus de quatorze ans. ^h Mais cela ne répond pas à la question: qu’arrive-t-il si on est certain qu’elle a plus de quatorze ans mais qu’il s’avère qu’on est dans l’erreur? Cet argument revient à affirmer que, pour éviter une déclaration de culpabilité, une personne qui a ⁱ commis une erreur de fait n’a qu’à s’assurer qu’elle ne commet pas une erreur de fait. Ce raisonnement paraît quelque peu tautologique.

Cette question m’amène à examiner un autre problème, plus fondamental, que le juge Dickson a identifié dans l’arrêt *Sault Ste-Marie* relativement à l’argument de l’effet dissuasif. J’ai souligné en rapport avec mon examen de l’art. 7 que le droit

the mentally innocent with a view to advancing particular objectives is fundamentally unfair. It is to use the innocent as a means to an end. While utilitarian reasoning may at one time have been acceptable, it is my view that when we are dealing with the potential for life imprisonment it has no place in a free and democratic society. Thus, even if there were some substance to the premise on which the deterrence argument is based, the argument would still, in my opinion, lead to a fundamentally unfair state of affairs.

(b) Sentencing

Justice McLachlin recognizes that there is something troubling about subjecting someone who has made a genuine mistake of fact to life imprisonment. She feels that mental innocence may be taken into account when sentencing the accused. It seems to me that her discomfort with the idea of incarcerating the mentally innocent for as extended a period as the mentally guilty is entirely natural. But in my view, rather than work in favour of s. 146(1), this serves to highlight the weaknesses of arguments upholding the linking of life imprisonment to an absolute liability offence. Indeed, it seems to me that my colleague implicitly accepts that there should be some correlation between moral blame and punishment.

But one cannot leave questions of mental innocence to the sentencing process. The legislature must take into account the implications of the distinction between the mentally innocent and the mentally guilty when drafting legislation. Any flaws in the provision cannot be justified by arguments that ask us to have faith that the prosecutor and judge will take these flaws into account when deciding how the accused will be punished. Reliance on prosecutorial or judicial discretion to mitigate the harshness of an unjust law will provide little comfort to the mentally innocent and cannot, in my view, serve to justify a fundamentally unsound provision.

criminel a fini par reconnaître que punir une personne moralement innocente dans le but de promouvoir certains objectifs particuliers est fondamentalement injuste. C'est utiliser l'innocent comme moyen de parvenir à une fin. Bien qu'un raisonnement utilitariste puisse avoir été acceptable à une certaine époque, j'estime que lorsqu'il est question d'un risque d'emprisonnement à perpétuité, il n'a pas sa place dans une société libre et démocratique. Ainsi, même si cette prémisse sur laquelle se fonde l'argument de l'effet dissuasif avait un certain fondement, j'estime que l'argument conduirait toujours à un état de choses fondamentalement injuste.

b) La détermination de la peine

Le juge McLachlin reconnaît qu'il y a quelque chose de troublant à condamner à l'emprisonnement à perpétuité une personne qui a vraiment commis une erreur de fait. Elle estime que l'innocence morale de l'accusé peut être prise en compte lorsqu'il faut déterminer la peine. Il me semble que son malaise à l'idée d'incarcérer une personne moralement innocente pour une période aussi longue qu'une personne moralement coupable est tout à fait naturel. Mais à mon avis, au lieu de servir la cause du par. 146(1), c'est faire ressortir la faiblesse des arguments justifiant le rattachement de l'emprisonnement à perpétuité à une infraction de responsabilité absolue. En effet, il me semble que ma collègue reconnaît implicitement qu'il devrait y avoir une corrélation entre le blâme moral et la peine.

Mais on ne peut laisser au processus de détermination de la peine ces questions de l'innocence morale. Le législateur doit tenir compte des incidences de la distinction entre la personne moralement innocente et la personne moralement coupable en rédigeant la loi. Tout défaut dans la disposition ne saurait être justifié par des arguments qui nous demandent d'avoir confiance que la poursuite et le juge en tiendront compte lorsqu'ils décideront de la peine de l'accusé. Faire confiance à la discrétion de la poursuite ou du juge pour mitiger la sévérité d'une loi injuste sera de peu de soulagement pour la personne moralement innocente et ne peut, à mon avis, justifier une disposition fondamentalement boiteuse.

(c) Section 150.1(4) of the Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46

In 1987, Parliament repealed s. 146(1) and put in place a series of measures that include a provision that allows a person who would previously have been charged under s. 146(1) the defence of due diligence. Sections 151 and 152 of the current *Code* create the new substantive offences of sexual interference and invitation to sexual touching. Both of these provisions apply to sexual conduct with a person under the age of fourteen. Section 150.1(4) limits the range of defences available to an accused charged under these sections, removing the defence of consent but allowing a due diligence defence:

150.1 ...

(4) It is not a defence to a charge under section 151 or 152, subsection 160(3) or 173(2), or section 271, 272 or 273 that the accused believed that the complainant was fourteen years of age or more at the time the offence is alleged to have been committed unless the accused took all reasonable steps to ascertain the age of the complainant. [Emphasis added.]

I observed in *Stevens* that there could be no doubt that this provision constitutes less of an infringement on an accused's s. 7 rights than s. 146(1). It was my view that Parliament had concluded that society's needs can in fact be served by a less stringent provision. McLachlin J. suggests that Parliament's objective may have changed; ss. 151 and 152 of the new *Code* may not be directed at the same evil as was s. 146(1). I cannot agree. Sections 151 and 152 seek to protect young people from a broad range of sexual activity. But these provisions continue to protect young females from the physical and emotional trauma of premature sexual intercourse. The sections simply provide this protection through expansive language that addresses a broad range of sexual activity that might harm persons under fourteen years of age. Consequently, it remains my view that Parliament has concluded that it can effect its objective of protecting young females from the undesirable consequences of premature sexual intercourse in a

c) Le paragraphe 150.1(4) du Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

En 1987, le Parlement a abrogé le par. 146(1) et l'a remplacé par une série de mesures qui comprennent une disposition permettant à une personne qui aurait autrefois été accusée en vertu du par. 146(1) d'invoquer le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable. Les articles 151 et 152 du *Code* actuel créent les nouvelles infractions de fond que sont les contacts sexuels et l'incitation à des contacts sexuels. Ces deux dispositions s'appliquent à un contact sexuel avec une personne de moins de quatorze ans. Le paragraphe 150.1(4) restreint l'éventail des moyens de défense que peut invoquer une personne accusée en vertu de ces dispositions en supprimant le moyen de défense fondé sur le consentement mais en permettant celui fondé sur la diligence raisonnable:

150.1 ...

(4) Le fait que l'accusé croyait que le plaignant était âgé de quatorze ans au moins au moment de la perpétration de l'infraction reprochée ne constitue un moyen de défense contre une accusation portée en vertu des articles 151 ou 152, des paragraphes 160(3) ou 173(2) ou des articles 271, 272 ou 273 que si l'accusé a pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge du plaignant. [Je souligne.]

J'ai souligné dans l'arrêt *Stevens* qu'il ne pouvait y avoir de doute que cette disposition porte moins atteinte que le par. 146(1) aux droits que l'art. 7 confère à l'accusé. J'ai exprimé l'avis que le législateur avait conclu qu'il est possible de répondre aux besoins de la société au moyen d'une disposition moins stricte. Le juge McLachlin laisse entendre que l'objectif du Parlement peut avoir changé; les art. 151 et 152 du nouveau *Code* ne visent peut-être pas les mêmes maux que le par. 146(1). Je ne puis souscrire à cette opinion. Les articles 151 et 152 visent à protéger les jeunes personnes contre un large éventail d'activités sexuelles. Mais ces dispositions continuent de protéger les jeunes filles contre les traumatismes physiques et émotifs que comportent les rapports sexuels précoces. Les dispositions confèrent simplement cette protection en des termes larges qui visent un vaste éventail d'activités sexuelles qui peuvent causer des préjudices aux personnes de moins de quatorze ans. Par conséquent, je suis

manner that does not restrict an accused's right as much as s. 146(1).

I am therefore of the view that s. 146(1) does not satisfy the proportionality test set out in *Oakes*. The potential benefits flowing from the retention of absolute liability are far too speculative to be able to justify a provision that envisages the possibility of life imprisonment for one who is mentally innocent. At a minimum the provision must provide for a defence of due diligence.

Finally, it seems to me important to address McLachlin J.'s observation that "to hold that s. 1 can never as a matter of law be applicable to *Charter* rights falling within certain categories is to rewrite the *Charter*" (p. 953). I agree that one cannot say that s. 1 is not relevant or "applicable" to the rights and freedoms that the *Charter* protects. Indeed, whenever legislation that is not insulated from judicial review by s. 33 of the *Charter* infringes *Charter* rights or freedoms, the government is fully entitled to try to justify the legislation under s. 1 of the *Charter*. But section 1 of the *Charter* is not itself devoid of values. It stipulates that the impugned provisions must be "demonstrably justified in a free and democratic society". This term cannot be read in such a way as to give licence to governments to infringe rights in any way they please. The values of a free and democratic society must be respected. Whether or not they have been respected must be decided on a case by case basis. Far from rewriting the *Charter* this approach is entirely consistent with the *Charter*. I think Dickson C.J. put it well in *Oakes*, *supra*, at p. 136:

The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith

toujours d'avis que le Parlement a conclu qu'il peut réaliser son objectif de protection des jeunes filles contre les conséquences nuisibles des rapports sexuels précoces d'une manière qui ne restreint pas le droit de l'accusé autant que le par. 146(1).

Je suis donc d'avis que le par. 146(1) ne satisfait pas au critère de proportionnalité formulé dans l'arrêt *Oakes*. Les avantages qui pourraient découler du maintien de la responsabilité absolue sont beaucoup trop hypothétiques pour justifier une disposition qui envisage l'emprisonnement à perpétuité pour celui qui est moralement innocent. La disposition doit prévoir à tout le moins un moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable.

Enfin, il me semble important d'examiner la remarque du juge McLachlin selon laquelle «soutenir qu'en droit l'article premier ne peut jamais s'appliquer à certaines catégories de droits garantis par la *Charte* reviendrait à reformuler cette dernière» (p. 953). Je reconnais que l'on ne peut affirmer que l'article premier n'est pas pertinent ni «applicable» aux droits et libertés que la *Charte* protège. D'ailleurs, chaque fois qu'une loi qui n'est pas soustraite au contrôle judiciaire par l'art. 33 de la *Charte* porte atteinte aux droits et libertés que celle-ci reconnaît, il est parfaitement loisible au gouvernement d'essayer de justifier la loi en vertu de l'article premier de la *Charte*. Mais l'article premier de la *Charte* n'est pas lui-même dépourvu de valeurs. Il prévoit que la «justification» des mesures contestées doit «[pouvoir] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». On ne peut interpréter cette expression comme si elle permettait aux gouvernements de porter atteinte à leur guise à des droits. Les valeurs d'une société libre et démocratique doivent être respectées. Il faut déterminer, dans chaque cas, si ces valeurs ont été respectées ou non. Loin de reformuler la *Charte*, cette interprétation est tout à fait conforme à la *Charte*. Je pense que le juge en chef Dickson l'a dit clairement dans l'arrêt *Oakes*, précité, à la p. 136:

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque

in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the Charter and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified. [Emphasis added.]

Section 15(1) of the Charter

In my view, one can dispose of these appeals under s. 7 of the *Charter*. However, my colleague was required to address s. 15(1) of the *Charter* since in her opinion the impugned provision is a reasonable limit on s. 7. While it is not, strictly speaking, necessary for me to consider s. 15(1) of the *Charter*, it may be useful to address the question whether in addition to a s. 7 violation there is also a s. 15(1) violation, particularly since I cannot agree with McLachlin J.'s conclusion that s. 146(1) of the *Code* infringes s. 15(1) of the *Charter*.

The appellants Hess and Nguyen submit that s. 146(1) of the *Code* creates a distinction that violates s. 15(1) of the *Charter*. They say that s. 146(1) distinguishes between potential accused on the basis of a ground enumerated in s. 15(1) of the *Charter* in that only men may be charged under the provision. They point out, moreover, that the provision clearly envisages that only females may be complainants. The question arises therefore whether it is open to the legislature to create an offence that applies only to accused of one sex and to victims of one sex.

In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, McIntyre J. stressed that it was not every difference in treatment that would result in inequality and that it was not every distinction or differentiation in treatment that would give rise to discrimination and so violate the equality guarantee in s. 15(1) of the *Charter*. Similarly, in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at p. 1332, I observed that in determining whether there was an infringement of s. 15(1) of the

groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la Charte et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer. [Je souligne.]

Le paragraphe 15(1) de la Charte

À mon avis, on peut disposer de ces pourvois en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. Cependant, ma collègue a dû examiner le par. 15(1) de la *Charte* puisqu'à son avis la disposition contestée constitue une limite raisonnable à l'art. 7. Bien qu'à strictement parler il ne me soit pas nécessaire d'examiner le par. 15(1) de la *Charte*, il peut être utile de déterminer si, en plus d'une violation de l'art. 7, il y a également violation du par. 15(1), étant donné surtout que je ne puis souscrire à la conclusion du juge McLachlin que le par. 146(1) du *Code* porte atteinte au par. 15(1) de la *Charte*.

Les appelants Hess et Nguyen prétendent que le par. 146(1) du *Code* crée une distinction qui viole le par. 15(1) de la *Charte*. Ils affirment que le par. 146(1) établit, entre les personnes qui peuvent être accusées, une distinction fondée sur un motif énuméré au par. 15(1) de la *Charte* en ce sens que seuls les hommes peuvent être accusés en vertu de cette disposition. Ils soulignent en outre que la disposition envisage clairement que seules les femmes peuvent porter plainte. La question est donc de savoir s'il est loisible au législateur de créer une infraction qui ne s'applique qu'aux accusés d'un sexe seulement et aux victimes d'un sexe seulement.

Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, le juge McIntyre a souligné que ce ne sont pas toutes les différences de traitement qui entraînent une inégalité et que ce ne sont pas toutes les distinctions ou différences de traitement qui engendrent la discrimination et qui violent ainsi la garantie d'égalité du par. 15(1) de la *Charte*. De même, dans l'arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la p. 1332, j'ai souligné que pour déterminer s'il y avait violation du par.

Charter it was important to look not only at the impugned legislation which had created the challenged distinction but also at the larger social, political and legal context because “[i]f the larger context is not examined, the s. 15 analysis may become a mechanical and sterile categorization process conducted entirely within the four corners of the impugned legislation” (p. 1332). In other words, we must not assume that simply because a provision addresses a group that is defined by reference to a characteristic that is enumerated in s. 15(1) of the *Charter* we are automatically faced with an infringement of s. 15(1). There must also be a denial of an equality right that results in discrimination.

In these appeals we are asked to consider when a distinction drawn on the basis of sex may legitimately be made and when it may not. In the context of the criminal law it seems to me that the answer to this question will depend on the nature of the offence in issue. If the impugned provision creates an offence that can, as a matter of fact, be committed by either sex but goes on to specify that it is only an offence when committed by one sex, then there may well be an infringement of s. 15(1) that would have to be justified under s. 1 of the *Charter*. Thus, were the legislature suddenly to decide that first degree murder would only be an offence when committed by a man, one would face an illegitimate distinction that would trigger s. 15(1). It would place a serious burden on males that was not imposed on females when there was no reason related to sex for imposing such a burden.

But if the impugned provision creates an offence that involves acts which, as a matter of fact, can only be committed by one sex, then it is not obvious that s. 15(1) of the *Charter* is infringed. In such a case there may well be a reason related to sex for creating an offence that can only be committed by one sex. I am, of course, fully aware of the dangers inherent in arguments that seek to justify particular distinctions on the basis of

15(1) de la *Charte* il était important d'examiner non seulement la disposition législative attaquée à l'origine de la distinction contestée mais également le contexte social, politique et juridique plus large parce que «[s]i l'on ne tient pas compte du contexte général, l'analyse fondée sur l'art. 15 peut devenir un processus de classification mécanique et stérile qui dépendra exclusivement du texte de loi contesté» (p. 1332). En d'autres termes, il ne faut pas présumer que pour la simple raison qu'une disposition vise un groupe identifié par une caractéristique énumérée au par. 15(1) de la *Charte* nous nous retrouvons automatiquement en face d'une violation du par. 15(1). Il doit également y avoir négation du droit à l'égalité qui engendre la discrimination.

Dans ces pourvois, on nous demande de déterminer quand une distinction fondée sur le sexe peut être légitimement faite et quand elle ne le peut pas. Dans le contexte du droit criminel, il me semble que la réponse à cette question dépend de la nature de l'infraction en cause. Si la disposition contestée crée une infraction qui peut réellement être commise tant par une personne d'un sexe que par une personne de l'autre sexe, mais précise qu'il ne s'agit d'une infraction que si elle est commise par une personne d'un sexe seulement, il se peut fort bien qu'il y ait violation du par. 15(1) qui doit être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Ainsi, si le législateur décidait subitement que le meurtre au premier degré ne serait une infraction que lorsqu'il serait commis par un homme, il s'agirait d'une distinction illégitime qui ferait intervenir le par. 15(1). Ce serait imposer aux hommes une lourde responsabilité qui ne serait pas imposée aux femmes alors qu'il n'existe pas de raison liée au sexe pour imposer cette responsabilité.

Mais si la disposition contestée crée une infraction qui comporte des actes qui ne peuvent réellement être commis que par une personne d'un sexe seulement, il n'est pas alors évident que le par. 15(1) de la *Charte* est violé. Dans un tel cas, il peut fort bien y avoir une raison liée au sexe pour créer une infraction qui ne peut être commise que par une personne d'un sexe seulement. Je suis évidemment tout à fait consciente des dangers

alleged sex-related factors. All too often arguments of this kind have been used to justify subtle and sometimes not so subtle forms of discrimination. They are tied up with popular yet ill-conceived notions about a given sex's strengths and weaknesses or abilities and disabilities.

Nevertheless, there are certain biological realities that one cannot ignore and that may legitimately shape the definition of particular offences. In my view, the fact that the legislature has defined an offence in relation to these realities will not necessarily trigger s. 15(1) of the *Charter*. I think few would venture to suggest that a provision proscribing self-induced abortion could be characterized as discriminatory because it did not apply to men. Such an argument would be absurd. In my view, s. 15(1) does not prevent the creation of an offence which, as a matter of biological fact, can only be committed by one of the sexes because of the unique nature of the acts that are proscribed.

We must therefore be extremely careful not to engage in an overly simple comparison of men who are charged under s. 146(1) of the *Code* with women who engage in intercourse with males to whom they are not married who are under fourteen years of age. It is exactly this kind of rigid formalism that the Court in *Andrews* and *Turpin* urged that we avoid. It seems to me that the first question that we face in these appeals is whether s. 146(1) addresses an offence that as a matter of biological fact can only be committed by males.

I note that s. 3(6) of the *Code* states:

3. ...

(6) For the purposes of this Act, sexual intercourse is complete upon penetration to even the slightest degree, notwithstanding that seed is not emitted.

In addition, s. 147 states that only males over fourteen may commit the offence envisaged in s. 146, a provision that reflects the common law's

inhérents que comportent les arguments qui tentent de justifier des distinctions particulières par de prétendus facteurs liés au sexe. On a trop souvent invoqué des arguments de ce genre pour justifier des formes de discrimination subtiles et parfois moins subtiles. Ils sont liés à des conceptions populaires, quoique mal fondées en ce qui concerne les forces et les faiblesses d'une personne d'un sexe particulier ou ses capacités et incapacités.

Quoi qu'il en soit, on ne peut ignorer certaines réalités biologiques qui peuvent légitimement influencer sur la définition d'infractions particulières. À mon avis, ce n'est pas parce que le législateur a défini une infraction en fonction de ces réalités que le par. 15(1) de la *Charte* s'applique nécessairement. Je pense que peu de personnes oseraient qualifier de discriminatoire une disposition qui interdit de provoquer son propre avortement parce qu'elle ne s'applique pas aux hommes. Un tel argument serait absurde. À mon avis, le par. 15(1) n'interdit pas de créer une infraction qui, en raison d'une réalité biologique, ne peut être commise que par une personne d'un sexe seulement en raison de la nature unique des actes interdits.

Il faut donc être extrêmement prudent pour éviter de faire des comparaisons trop simplistes avec les hommes qui sont accusés en vertu du par. 146(1) du *Code* et les femmes qui ont moins de quatorze ans et qui ont des rapports sexuels avec des hommes qui ne sont pas leur mari. C'est exactement ce genre de formalisme rigide que la Cour dans les arrêts *Andrews* et *Turpin* nous a prié d'éviter. Il me semble que la première question soulevée dans ces pourvois est de savoir si le par. 146(1) porte sur une infraction qui, en raison d'une réalité biologique, ne peut être commise que par des hommes.

Je remarque que le par. 3(6) du *Code* prévoit:

3. ...

(6) Aux fins de la présente loi, les rapports sexuels sont complets s'il y a pénétration même au moindre degré et bien qu'il n'y ait pas émission de semence.

De plus, l'art. 147 prévoit que seuls les hommes de plus de quatorze ans peuvent commettre l'infraction prévue à l'art. 146, une disposition qui reflète

rather artificial assumption that boys under 14 are not physically capable of sexual intercourse: see *R. v. Groombridge* (1836), 7 Car. & P. 581, 173 E.R. 256 and *R. v. Waite*, [1892] 2 Q.B. 600. When s. 146(1) is read in light of s. 147 and s. 3(6), it becomes clear that the legislature was of the opinion that, because only males over a certain age were physically capable of penetrating another person, only they needed to be listed as potential accused. While one might question whether fourteen years of age is the proper place to draw the line between males who should or should not be charged with the offence, nonetheless I think it clear that only males over a certain age are in fact capable of penetrating another person, at least in the sense of the term penetration that the *Code* is obviously concerned with. In my view, we are therefore dealing with an offence that involves an act that as a matter of biological fact only men over a certain age are capable of committing. And given that only men may be the penetrators, it is as absurd to suggest that the provision discriminates against males because it does not include women in the category of potential offenders as it is to suggest that a provision that prohibits self-induced abortion is discriminatory because it does not include men among the potential class of offenders.

This is not to say that some older women do not on occasion seek to have sex with males under fourteen years of age, for they clearly do. But it seems to me that once one accepts that a female does not commit a physical act that can be readily equated with the one that a male commits under s. 146(1), then whether or not a female should be punished for the act she can and does commit is a policy matter best left to the legislature. In my view, it is not this Court's role under s. 15(1) of the *Charter* to decide whether a female who chooses to have intercourse with a boy under fourteen merits the same societal disapprobation as a male who has intercourse with a girl under fourteen. These issues go to the heart of a society's

la présomption plutôt artificielle de common law que les garçons de moins de quatorze ans ne sont pas physiquement capables d'avoir des rapports sexuels: voir *R. v. Groombridge* (1836), 7 Car. & P. 581, 173 E.R. 256, et *R. v. Waite*, [1892] 2 Q.B. 600. Lorsqu'on lit le par. 146(1) en fonction de l'art. 147 et du par. 3(6), il devient clair que le législateur était d'avis que parce que seuls les hommes de plus d'un certain âge sont physiquement capables de pénétrer une autre personne, il suffit de les viser comme accusés possibles. Bien que l'on puisse se demander si quatorze ans est un âge approprié pour tracer une ligne de démarcation entre les hommes qui devraient ou ne devraient pas être accusés de l'infraction, je pense malgré tout qu'il est clair que seuls les hommes de plus d'un certain âge sont en réalité capables de pénétrer une autre personne, à tout le moins dans le sens où le terme pénétration est manifestement envisagé par le *Code*. À mon avis, il s'agit donc d'une infraction que seuls les hommes de plus d'un certain âge sont capables de commettre en raison d'une réalité biologique. Et parce que seuls les hommes peuvent pénétrer une autre personne, il est aussi absurde de dire que la disposition établit une distinction à leur égard parce qu'elle n'inclut pas les femmes dans la catégorie des contrevenants possibles qu'il est absurde de dire qu'une disposition qui interdit à une personne de provoquer son propre avortement est discriminatoire parce qu'elle n'inclut pas les hommes parmi les catégories de contrevenants possibles.

Ce qui ne veut pas dire que certaines femmes plus âgées ne cherchent pas parfois à avoir des rapports sexuels avec des hommes de moins de quatorze ans, car elles le font certainement. Mais il me semble que si l'on accepte qu'une femme ne commet pas un acte physique qui peut être facilement assimilé à celui qu'un homme commet en vertu du par. 146(1), il est préférable de laisser au législateur le soin de décider si une femme devrait ou non être punie pour un acte qu'elle peut commettre et qu'elle commet. À mon avis, il n'appartient pas à notre Cour en vertu du par. 15(1) de la *Charte* de décider si une femme qui choisit d'avoir des rapports sexuels avec un garçon de moins de quatorze ans mérite la même désapprobation

code of sexual morality and are, in my view, properly left for resolution to Parliament.

The appellants also submit that s. 146(1) of the *Code* discriminates against males because males under the age of fourteen are denied the same protection as s. 146(1) affords to females under the age of fourteen. Only a young female can obtain the conviction of her seducer under this provision. Once again, however, I think it important to bear in mind that the legislature has chosen to punish a male who engages in a form of penetration to which only a male and a female can be parties. The legislature has concluded that sodomy or buggery are forms of penetration that should be dealt with separately: see, for example, s. 155 of the *Code*. Once again we are faced with distinctions aimed at biologically different acts that go to the heart of society's morality and involve considerations of policy. They are, in my view, best left to the legislature.

This is not to say that a very young male who is sodomized and a young female who has sexual intercourse are not equally likely to suffer physical and psychological harm as a result of these experiences. It is to say only that a provision is not discriminatory within the meaning of s. 15(1) simply because it addresses one of these acts and not the other. Any injustice that might arise if the *Code* failed to address one or the other of these acts would lie outside the impugned section. It would not arise because the legislature had failed to treat the victims of two different biological acts in the same way within the same section. Rather, it would arise because the legislature had failed entirely to provide protection anywhere in the *Code* for a class of potential victims who are also subjected to an experience that can be extremely traumatic. This may be an unjust state of affairs but it is not the special form of injustice that s. 15(1) is designed to address. Nor do I think it would be appropriate for this Court to seek to

sociale qu'un homme qui a des rapports sexuels avec une jeune fille de moins de quatorze ans. Ces questions concernent directement le code de moralité sexuelle de la société et j'estime qu'elles relèvent du Parlement.

Les appelants soutiennent également que le par. 146(1) du *Code* établit une distinction à l'égard des hommes parce que les hommes de moins de quatorze ans ne bénéficient pas de la même protection que le par. 146(1) confère aux femmes de moins de quatorze ans. Seule une jeune femme peut obtenir la déclaration de culpabilité de son séducteur en vertu de cette disposition. Encore une fois, j'estime cependant important d'avoir à l'esprit que le législateur a choisi de punir un homme qui s'engage dans une forme de pénétration à laquelle seuls un homme et une femme peuvent participer. Le législateur a conclu que la sodomie est une forme de pénétration qu'il convient de traiter séparément: voir, par exemple, l'art. 155 du *Code*. Encore une fois, il s'agit de distinctions qui concernent des actes biologiquement différents et qui relèvent directement de la moralité de la société et comportent des considérations de principe. J'estime qu'il est préférable de laisser le législateur en traiter.

Cela ne veut pas dire qu'un très jeune homme qui est sodomisé et qu'une jeune femme qui a des rapports sexuels ne sont pas susceptibles de souffrir de la même façon des conséquences physiques et psychologiques par suite de ces expériences. Je dis seulement qu'une disposition n'est pas discriminatoire au sens du par. 15(1) pour la simple raison qu'elle traite de l'un de ces actes et non de l'autre. Toute injustice qui pourrait exister si le *Code* ne traitait pas de l'un ou l'autre de ces actes ne relèverait pas de la disposition contestée. Il n'y aurait pas injustice parce que le législateur a omis de traiter les victimes de deux actes biologiques différents de la même façon dans la même disposition. Il y aurait injustice parce que le législateur a plutôt omis complètement d'accorder une protection quelque part dans le *Code* à une catégorie de victimes possibles qui sont également sujettes à une expérience qui peut être extrêmement traumatisante. Il se peut qu'il s'agisse d'un état de choses injuste mais il ne s'agit pas de la forme particulière

correct injustices arising from the absence of particular offences from the *Code* by using s. 15(1) to create an offence which the legislature has not chosen to create. There may be sound policy reasons for protecting one group and not the other and these reasons may be based on the biological distinctions between them. We need not, however, explore these questions in further detail because, at the relevant time, s. 155 of the *Code* stipulated that every one who committed buggery was guilty of an indictable offence and was liable to imprisonment for fourteen years.

I am therefore of the view that s. 146(1) does not infringe s. 15(1) of the *Charter*.

Section 28

The appellants suggest that s. 28 of the *Charter* is relevant to these appeals. The section states that the rights and freedoms referred to in the *Charter* "are guaranteed equally to male and female persons". In my view, this provision does not prevent the legislature from creating an offence that as a matter of biological fact can only be committed by one sex. But it does mean that it is not open to the legislature to deny an accused who is charged with such an offence rights and freedoms guaranteed to all persons under the *Charter*.

In the context of these appeals I think it clear that a male is as entitled to the protection of s. 7 as a female. It is not open to the government to suggest that a person should receive less than full *Charter* protection on account of his or her sex. Moreover, the government will not be able to justify an infringement of s. 7 under s. 1 of the *Charter* on the basis that because of an individual's sex he or she is not entitled to the same degree of *Charter* protection as persons of the other sex or that because of his or her sex the *Charter* violation is less serious. The justification for the infringement of a *Charter* right will have to be linked to considerations other than the sex of the party that has established an infringement of his or her *Charter* right. In these appeals, for example, one

d'injustice que le par. 15(1) vise à corriger. Je ne crois pas non plus qu'il serait approprié que notre Cour tente de corriger des injustices qui découlent de l'absence de certaines infractions dans le *Code* en utilisant le par. 15(1) pour créer une infraction que le législateur a choisi de ne pas créer. Il existe peut-être des raisons de principe valables de protéger un groupe et non l'autre et ces raisons peuvent être fondées sur des distinctions biologiques entre ceux-ci. Il n'est cependant pas nécessaire d'examiner ces questions plus en détail parce qu'à l'époque pertinente l'art. 155 du *Code* prévoyait que quiconque commettait la sodomie était coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans.

Je suis donc d'avis que le par. 146(1) ne porte pas atteinte au par. 15(1) de la *Charte*.

L'article 28

Les appelants prétendent que l'art. 28 de la *Charte* est pertinent dans ces pourvois. L'article prévoit que les droits et libertés mentionnés dans la *Charte* «sont garantis également aux personnes des deux sexes». À mon avis, cette disposition n'empêche pas le législateur de créer une infraction qui, en raison d'une réalité biologique, ne peut être commise que par l'un des deux sexes. Mais cela ne signifie pas que le législateur peut priver une personne accusée de cette infraction des droits et libertés garantis à toutes les personnes en vertu de la *Charte*.

Dans le contexte de ces pourvois, je pense qu'il est clair qu'un homme a autant le droit à la protection de l'art. 7 qu'une femme. Il n'est pas loisible au gouvernement de prétendre qu'une personne ne devrait pas bénéficier de la même protection complète de la *Charte* en raison de son sexe. En outre, le gouvernement ne pourra justifier une violation de l'art. 7 en vertu de l'article premier de la *Charte* en prétendant qu'en raison de son sexe une personne ne peut bénéficier du même degré de protection que la *Charte* confère aux personnes de l'autre sexe, ou qu'en raison de son sexe la violation de la *Charte* est moins grave. La justification d'une violation d'un droit reconnu par la *Charte* devra se rapporter à des considérations autres que le sexe de la partie qui a établi qu'il y avait

could not seek to justify the infringement of s. 7 by pointing to the accused's sex and by saying that because he is a man he is not entitled to the full protection of s. 7. It is no more open to the government to make this argument than it would be open to it to suggest that a woman procuring an abortion was not entitled to the full protection of s. 7 because she was a woman.

There will, of course, be sex-related factors that may legitimately enter into a proportionality analysis conducted under s. 1 of the *Charter*. But such factors will have to be linked to the sex of persons other than the accused, e.g. the fact that the victim can become pregnant. Such an analysis would not seek to justify the infringement of a *Charter* right on the simple basis that the accused was of a given sex. Rather, it would point to considerations independent of the accused's sex that might be relevant to an assessment of the justification for restricting the accused's rights.

The respondents in these appeals did not suggest that the appellants were not entitled to the protection of s. 7 because they were men. Indeed, they admitted the s. 7 infringement and sought to justify it by pointing to considerations that were not tied to the sex of the accused. In my view, this was the proper way to proceed, though I am ultimately of the view that the respondents cannot successfully justify the violation of s. 7 under s. 1 of the *Charter*.

The Remedy

Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982* reads as follows:

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

In *Stevens, supra*, I emphasized at p. 1184 that s. 52(1) is quite specific in stating that a law found to be inconsistent with the provisions of the Constitution is of no force and effect only to the extent of the inconsistency. It was my view then and it

violation de l'un de ses droits reconnus par la *Charte*. Par exemple, dans ces pourvois, on ne pourrait chercher à justifier la violation de l'art. 7 en mentionnant le sexe de l'accusé et en affirmant que parce qu'il est un homme il n'a pas droit à la pleine protection de l'art. 7. Le gouvernement ne peut invoquer cet argument pas plus qu'il ne peut prétendre qu'une femme qui se fait avorter n'a pas droit à la pleine protection de l'art. 7 parce qu'elle est une femme.

Évidemment, il y aura des facteurs liés au sexe dont on pourra légitimement tenir compte dans l'examen de la proportionnalité en vertu de l'article premier de la *Charte*. Mais ces facteurs devront se rapporter au sexe des personnes autres que l'accusé, comme le fait que la victime puisse devenir enceinte. Dans le cadre d'un tel examen, on ne pourrait tenter de justifier la violation d'un droit reconnu par la *Charte* en invoquant simplement que l'accusé était d'un sexe donné. Il faudrait plutôt tenir compte de considérations indépendantes du sexe de l'accusé qui pourraient être pertinentes dans une évaluation de la justification de restreindre les droits de l'accusé.

Dans ces pourvois, les intimées n'ont pas prétendu que les appelants n'avaient pas droit à la protection de l'art. 7 parce qu'ils étaient des hommes. En fait, elles ont admis qu'il y avait violation de l'art. 7 et ont tenté de la justifier en faisant appel à des considérations non liées au sexe de l'accusé. À mon avis, c'était la bonne façon de procéder bien qu'en dernière analyse je sois d'avis que les intimées ne peuvent réussir à justifier la violation de l'art. 7 en vertu de l'article premier de la *Charte*.

La réparation

Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* se lit ainsi:

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Dans l'arrêt *Stevens*, précité, j'ai souligné à la p. 1184 que le par. 52(1) est des plus clairs et précis en prévoyant que ne sont inopérantes que les dispositions d'une loi jugées incompatibles avec la Constitution. J'étais alors d'avis et je le suis toujours

remains my view that it is appropriate to issue a declaration to the effect that the words in s. 146(1) "whether or not he believes that she is fourteen years of age or more" are of no force and effect. The section shorn of its offensive words therefore reads:

146. (1) Every male person who has sexual intercourse with a female person who

(a) is not his wife, and

(b) is under the age of fourteen years,

is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

It was also my view in *Stevens* that it was appropriate to order a new trial of the accused under the section as amended above. However, I observed that in light of such factors as the length of time that had elapsed since the events giving rise to the charge and the fact that Mr. Stevens had already served two years of probation, it might be appropriate for the Attorney General to direct a stay of proceedings under s. 508 of the *Code* as it read at the time.

Disposition

With respect to Mr. Hess's appeal, I would order a new trial under the section as amended above. With respect to Mr. Nguyen's appeal, I would quash his conviction and order a new trial under the section as amended above. While the respondent in the Nguyen appeal submits that Mr. Nguyen led no evidence that would support a defence of mistake of fact, I do not think that this can justify upholding a conviction under a defective provision of the *Code*. Moreover, I note that the appellant Nguyen submitted that the reason that he led no evidence to support such a defence is that he believed that s. 146(1) removed the defence. In my view, on the evidence before us this Court is not in a position to assess whether such a defence would or would not have succeeded.

qu'il est approprié de déclarer que les termes du par. 146(1) «que cette personne du sexe masculin la croie ou non âgée de quatorze ans ou plus» sont inopérants. La disposition, amputée des termes irréguliers, se lirait donc ainsi:

146. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, toute personne du sexe masculin qui a des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin

a) qui n'est pas son épouse, et

b) qui a moins de quatorze ans.

J'étais également d'avis, dans l'arrêt *Stevens*, qu'il était approprié d'ordonner un nouveau procès qui se tiendrait en fonction de l'article tel que modifié ci-dessus. J'ai cependant souligné que compte tenu de facteurs, comme le délai écoulé depuis les événements qui ont entraîné l'inculpation et le fait que M. Stevens avait déjà purgé deux années de probation, il pouvait être approprié que le procureur général ordonne un arrêt des procédures en vertu de l'art. 508 du *Code* tel qu'il se lisait à l'époque.

Le dispositif

En ce qui concerne le pourvoi de M. Hess, je suis d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès en fonction de l'article tel que modifié plus haut. Quant au pourvoi de M. Nguyen, je suis d'avis d'annuler sa déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès en fonction de l'article tel que modifié plus haut. Bien que l'intimée dans le pourvoi de M. Nguyen prétend que M. Nguyen n'a présenté aucune preuve à l'appui d'un moyen de défense fondé sur l'erreur de fait, je ne crois pas que cela puisse justifier le maintien d'une déclaration de culpabilité en vertu d'une disposition défectueuse du *Code*. En outre, je remarque que l'appelant Nguyen a prétendu que la raison pour laquelle il n'a présenté aucune preuve à l'appui d'un tel moyen de défense est qu'il croyait que le par. 146(1) écartait le moyen de défense. À mon avis, compte tenu de la preuve qui nous est présentée, notre Cour n'est pas en mesure d'évaluer si ce moyen de défense aurait pu ou non réussir.

I would answer the constitutional questions stated by the Chief Justice Dickson on August 4, 1988 and April 20, 1989 as follows:

1. Does section 146(1) of the *Criminal Code* (as it read in May, 1985) contravene section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that the reasonable belief of the accused as to the age of the complainant is irrelevant to the commission of the offence?

Answer: Yes.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is section 146(1) of the *Criminal Code* (as it read in May, 1985) nevertheless justified pursuant to section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: No.

3. Does section 146(1) of the *Criminal Code* (as it read in May, 1985) contravene section 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

4. If the answer to question 3 is in the affirmative, is section 146(1) of the *Criminal Code* (as it read in May, 1985) nevertheless justified pursuant to section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: In view of the answer to question 3, this question need not be answered.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—I agree with the conclusion reached by Justice Wilson that s. 146(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, infringes s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that it cannot be saved under s. 1. I also agree with her reasons for coming to this conclusion.

While the appellants have been partially successful in their attack on s. 146(1) of the *Criminal Code* by virtue of this conclusion, the wider

Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles formulées par le juge en chef Dickson le 4 août 1988 et le 20 avril 1989 de la façon suivante:

1. Le paragraphe 146(1) du *Code criminel* (tel qu'il existait en mai 1985) enfreint-il l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif que la croyance raisonnable de l'accusé quant à l'âge de la plaignante n'est pas pertinente relativement à la perpétration de l'infraction?

Réponse: Oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 146(1) du *Code criminel* (tel qu'il existait en mai 1985) est-il néanmoins justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: Non.

3. Le paragraphe 146(1) du *Code criminel* (tel qu'il existait en mai 1985) enfreint-il le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, le par. 146(1) du *Code criminel* (tel qu'il existait en mai 1985) est-il néanmoins justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: Compte tenu de la réponse donnée à la troisième question, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA—Je souscris à la conclusion à laquelle le juge Wilson arrive que le par. 146(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il n'est pas possible de le sauvegarder en vertu de l'article premier. Je souscris aussi aux motifs par lesquels elle arrive à cette conclusion.

Alors que cette conclusion a permis aux appelants d'avoir gain de cause en partie dans leur contestation du par. 146(1) du *Code criminel*, ils

remedy sought by them is to strike out the section in its entirety. It is therefore necessary to deal with s. 15 of the *Charter* to determine whether this section entitles them to this wider remedy. In this regard I am in agreement with Justice McLachlin that s. 146(1) does infringe s. 15 but I am of the view that it is saved by s. 1. Wilson J. concludes that s. 146(1) is overbroad because of the inclusion of the words "whether or not he believes that she is fourteen years of age or more". It follows from her reasons that if these words are struck out, the section can be justified under s. 1 of the *Charter* by reference to the relevant factors. I adopt her reasoning to conclude that with the excision of these words by reason of a violation of s. 7, the infringement of s. 15 is also justified under s. 1. The attack on s. 146(1) as a whole therefore fails.

I would therefore dispose of the appeal as proposed by Wilson J.

The reasons of Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J.—These cases raise the issue of whether the offence of sexual intercourse with a female person under the age of fourteen years under s. 146(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now repealed), is unconstitutional.

The Facts and Procedural History

In neither case are the facts disputed. The facts and procedural history of each case may be summarized as follows:

R. v. Hess

The appellant Victor John Hess was charged in 1985 under s. 146(1) of the *Criminal Code*. He initially entered a plea of guilty, but was permitted to change his plea when other cases raised doubts as to the constitutionality of the section. By way of motion after plea, he raised the unconstitutionality of the section as a defence, admitting for the purposes of the motion that an act of sexual intercourse had taken place and that the complainant

demandent la réparation plus étendue, savoir l'annulation de tout le paragraphe. Il est donc nécessaire d'analyser l'art. 15 de la *Charte* pour déterminer si cet article leur donne droit à cette réparation plus étendue. Sur ce point, je partage l'avis du juge McLachlin que le par. 146(1) porte atteinte à l'art. 15, mais je suis d'avis qu'il est sauvegardé par l'article premier. Le juge Wilson conclut que le par. 146(1) a une portée trop générale en raison de l'inclusion des termes «que cette personne du sexe masculin la croie ou non âgée de quatorze ans ou plus». Il découle de ses motifs que si ces termes sont supprimés, le paragraphe peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*, eu égard aux facteurs pertinents. Je fais mien son raisonnement pour conclure qu'avec la suppression de ces termes en raison d'une violation de l'art. 7, l'atteinte à l'art. 15 est aussi justifiée en vertu de l'article premier. L'attaque contre le par. 146(1) en totalité échoue donc.

En conséquence, je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la manière proposée par le juge Wilson.

Version française des motifs des juges Gonthier et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—Les présents pourvois soulèvent la question de savoir si le par. 146(1) (aujourd'hui abrogé) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, qui définit l'infraction qui consiste à avoir des rapports sexuels avec une personne de sexe féminin âgée de moins de quatorze ans est inconstitutionnel.

Les faits et l'historique des procédures

Les faits ne sont contestés dans ni l'un ni l'autre pourvoi. Voici le résumé des faits et du déroulement des procédures:

R. c. Hess

L'appellant Victor John Hess a été inculpé en 1985, en vertu du par. 146(1) du *Code criminel*. Il a commencé par inscrire un plaidoyer de culpabilité, mais a reçu la permission de changer son plaidoyer quand d'autres affaires ont soulevé des doutes quant à la constitutionnalité de ce paragraphe. Sous forme de requête après l'inscription du plaidoyer, il a invoqué l'inconstitutionnalité de ce paragraphe comme moyen de défense, reconnaissant

nant was under the age of fourteen years and the appellant was over the age of eighteen years.

Graham Prov. Ct. J. allowed the motion, on the grounds that s. 146(1) infringed s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by providing protection to females but not to males under fourteen years of age. He was of the view that it had not been demonstrated that the infringement was justified under s. 1, and that although biological differences between males and females might once have been grounds for affording greater protection to the latter, it was doubtful that this could be justified in these times.

The Ontario Court of Appeal allowed the Crown's appeal, in a judgment rendered February 3, 1988, and ordered a new trial: 25 O.A.C. 43, 40 C.C.C. (3d) 193. Dubin J.A., writing for the Court, first noted that the impugned legislation had been repealed. He then considered whether a contravention of s. 15 had been made out. In his view, the fact that young males under fourteen were not given the same protection as young females under fourteen did not violate s. 15. Under that section, it was necessary to determine "whether the law was reasonable or fair, having regard to its purpose and effect". Dubin J.A., noting the grave consequences which result to the victim and society and relying on the British Columbia Court of Appeal's decision in *R. v. Ferguson* (1987), 16 B.C.L.R. (2d) 273, concluded that it was neither unfair nor irrational for Parliament to have treated sexual intercourse with a female under fourteen as a more serious offence.

R. v. Nguyen

The appellant Van Hung Nguyen was charged with sexual assault and contravention of s. 146(1). At the preliminary hearing, the Crown entered a stay of proceedings on the sexual assault charge,

sant, pour les fins de la requête, que des rapports sexuels avaient eu lieu, que la plaignante avait moins de quatorze ans et que lui-même avait plus de dix-huit ans.

^a Le juge Graham de la Cour provinciale a accueilli la requête pour le motif que le par. 146(1) violait l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu'il accordait une protection aux personnes de sexe féminin mais non de sexe masculin âgées de moins de quatorze ans. Il a été d'avis qu'on n'avait pas fait la preuve que cette violation était justifiée en vertu de l'article premier et que, même si les différences biologiques entre les hommes et les femmes avaient pu, à une certaine époque, justifier d'accorder une protection plus grande à ces dernières, il n'était pas certain que cela puisse se justifier à notre époque.

^d Dans un arrêt rendu le 3 février 1988, la Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel interjeté par le ministère public et ordonné un nouveau procès: 25 O.A.C. 43, 40 C.C.C. (3d) 193. Le juge Dubin, qui a rédigé le jugement de la cour, a commencé par mentionner que la disposition législative contestée avait été abrogée depuis. Il a ensuite examiné si on avait établi qu'il y avait eu violation de l'art. 15. À son avis, le fait que les personnes de sexe masculin de moins de quatorze ans ne recevaient pas la même protection que les personnes de sexe féminin de moins de quatorze ans ne violait pas l'art. 15. En vertu de cet article, il était nécessaire d'établir [TRADUCTION] «si la loi est raisonnable et juste compte tenu de son objet et de son effet». Après avoir souligné les graves conséquences que subissent les victimes et la société et après avoir invoqué l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique *R. v. Ferguson* (1987), 16 B.C.L.R. (2d) 273, le juge Dubin conclut qu'il n'était ni injuste ni illogique que le Parlement ait considéré le fait d'avoir des rapports sexuels avec une personne de sexe féminin de moins de quatorze ans comme une infraction plus grave.

R. c. Nguyen

L'appellant Van Hung Nguyen a été inculpé d'agression sexuelle et d'infraction au par. 146(1). À l'enquête préliminaire, le ministère public a demandé la suspension des procédures relative-

but Nguyen was ordered to stand trial on the second charge. He brought a preliminary motion challenging the validity of s. 146(1) on the grounds that it infringed s. 7 and s. 15 of the *Charter*. The Court of Queen's Bench dismissed the motion and the trial proceeded. The evidence established that sexual intercourse had taken place, that the complainant was twelve years old at the time, and that the complainant did not indicate her lack of consent to the appellant because she was too scared. Nguyen was convicted and sentenced to fifteen months' incarceration.

The Manitoba Court of Appeal dismissed Nguyen's appeal: (1989), 57 Man. R. (2d) 267, [1989] 3 W.W.R. 646. Lyon J.A., writing for the Court, relied on the decision of the Ontario Court of Appeal in *Hess*, to conclude that there was no violation of s. 15, as well as the decision of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Ferguson* to conclude that although s. 146(1) breached s. 7 of the *Charter*, that breach was saved by s. 1. He noted incidentally that while *Ferguson* concerned an accused who honestly but mistakenly believed that the complainant was sixteen years old, in the present case there was no suggestion that the appellant was under any misapprehension as to the complainant's age. Leave to appeal was granted by this Court on October 19, 1989, [1989] 2 S.C.R. ix.

The Legislation

Section 146(1) of the *Criminal Code* provided at the material times as follows:

146. (1) Every male person who has sexual intercourse with a female person who

(a) is not his wife, and

(b) is under the age of fourteen years,

whether or not he believes that she is fourteen years of age or more, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

Sections 1, 7, 15 and 28 of the *Charter* provide:

ment à l'accusation d'agression sexuelle, mais Nguyen a été renvoyé à son procès en ce qui concerne l'autre chef d'accusation. Il a présenté une requête préliminaire par laquelle il a contesté la validité du par. 146(1) pour le motif qu'il enfreignait les art. 7 et 15 de la *Charte*. La Cour du Banc de la Reine a rejeté cette requête et le procès a eu lieu. La preuve a été faite qu'il y avait eu des rapports sexuels, que la plaignante avait douze ans à l'époque et que la plaignante n'a pas fait part à l'appellant de son absence de consentement parce qu'elle était trop effrayée. Nguyen a été déclaré coupable et condamné à quinze mois d'incarcération.

La Cour d'appel du Manitoba a rejeté l'appel interjeté par Nguyen: (1989), 57 Man. R. (2d) 267, [1989] 3 W.W.R. 646. Le juge Lyon, qui a rendu le jugement de la cour, s'est fondé sur l'arrêt *Hess* de la Cour d'appel de l'Ontario pour conclure qu'il n'y avait pas de violation de l'art. 15, et sur l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique *R. v. Ferguson* pour conclure que même si le par. 146(1) violait l'art. 7 de la *Charte*, cette violation était sauvegardée par l'article premier. Il a souligné, en passant, que même si l'arrêt *Ferguson* portait sur une affaire dans laquelle l'accusé avait cru de bonne foi, mais à tort, que la plaignante avait seize ans, il n'y avait pas d'indication en l'espèce que l'appellant s'était trompé sur l'âge de la plaignante. Notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi le 19 octobre 1989: [1989] 2 R.C.S. ix.

Les textes législatifs

À l'époque pertinente, le par. 146(1) du *Code criminel* était ainsi conçu:

146. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, toute personne du sexe masculin qui a des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin

a) qui n'est pas son épouse, et

b) qui a moins de quatorze ans,

que cette personne du sexe masculin la croie ou non âgée de quatorze ans ou plus.

L'article premier et les art. 7, 15 et 28 de la *Charte* disposent:

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

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

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

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

28. Notwithstanding anything in this Charter, the rights and freedoms referred to in it are guaranteed equally to male and female persons.

The Issues

The appeals raise the following legal questions:

1. Does s. 146(1) violate s. 7 of the *Charter*?
2. Does s. 146(1) violate s. 15 of the *Charter*?
3. If the answer to either of the above questions is affirmative, is s. 146(1) saved by s. 1 of the *Charter*?

Analysis

1. *Does s. 146(1) of the Criminal Code Violate s. 7 of the Charter?*

An essential element of s. 146(1) is that the victim be under the age of fourteen years. The Crown need not show that the accused knew the victim was less than fourteen. Nor does his honest belief that the victim was over provide a defence. Thus a person who is mentally innocent of the offence—who has no *mens rea* with respect to an

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

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

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

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

28. Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes.

f Les questions en litige

Les pourvois soulèvent les questions juridiques suivantes:

1. Le paragraphe 146(1) viole-t-il l'art. 7 de la *Charte*?
2. Le paragraphe 146(1) viole-t-il l'art. 15 de la *Charte*?
3. Si la réponse à l'une ou l'autre des deux questions précédentes est affirmative, le par. 146(1) est-il sauvegardé par l'article premier de la *Charte*?

Analyse

1. *Le paragraphe 146(1) du Code criminel viole-t-il l'art. 7 de la Charte?*

Un élément essentiel de l'infraction définie au par. 146(1) est que la victime doit être âgée de moins de quatorze ans. Le ministère public n'est pas tenu de faire la preuve que l'accusé savait que la victime avait moins de quatorze ans. Même si l'accusé a sincèrement cru que la victime était plus âgée, il ne peut invoquer cela comme moyen de

essential element of the offence—may be convicted and sent to prison.

This Court has held that it is a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* that a law restricting an individual's liberty by means such as imprisonment must have as an essential element that the accused possess a guilty mind, or *mens rea*: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636. An accused can be convicted under s. 146(1) although he lacks a guilty mind. He clearly must intend to have intercourse. But that is not an offence. Without wishing to commit the crime or intending to commit the crime of having intercourse with a girl of less than fourteen years, an accused may stand convicted. It follows from the principles laid down by this Court in *Re B.C. Motor Vehicle Act* and *Vaillancourt* that s. 146(1) violates s. 7 of the *Charter*.

2. Does s. 146(1) of the Criminal Code Violate s. 15 of the Charter?

It is argued that s. 146(1) violates s. 15 of the *Charter* in two ways.

The first is that only men can be convicted under s. 146(1). Men are thus deprived of a benefit or advantage enjoyed by women.

The second is that only young women are protected by s. 146(1). Thus males of fourteen years or less are not given the same benefit as females.

Two requirements must be met to establish infringement of s. 15 of the *Charter*. First, an inequality or distinction in the treatment of members of groups must be established. Second, this distinction must constitute discrimination:

défense. Ainsi une personne qui est «moralelement innocente» de l'infraction—qui n'a pas de *mens rea* à l'égard d'un élément essentiel de l'infraction—peut être déclarée coupable et condamnée à l'emprisonnement.

Notre Cour a conclu que c'est un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte* qu'une règle de droit qui restreint la liberté d'une personne par un moyen comme l'emprisonnement doit avoir pour élément essentiel que la personne ait une intention coupable ou *mens rea*: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636. Un accusé peut être déclaré coupable en vertu du par. 146(1) même s'il n'a pas d'intention coupable. Il doit manifestement avoir eu l'intention d'avoir des rapports sexuels. Mais ce n'est pas une infraction. Un accusé peut être déclaré coupable sans avoir voulu commettre le crime qui consiste à avoir des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin de moins de quatorze ans ni avoir eu l'intention de le commettre. Il en découle, selon les principes établis par notre Cour dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* et l'arrêt *Vaillancourt* que le par. 146(1) viole l'art. 7 de la *Charte*.

2. Le paragraphe 146(1) du Code criminel viole-t-il l'art. 15 de la Charte?

On a soutenu que le par. 146(1) viole l'art. 15 de la *Charte* de deux façons.

La première est le fait que seules les personnes de sexe masculin peuvent être déclarées coupables en vertu du par. 146(1). Les hommes se trouvent ainsi privés d'un avantage accordé aux femmes.

La seconde est le fait que seules les jeunes personnes de sexe féminin sont protégées en vertu du par. 146(1). En conséquence les personnes de sexe masculin de quatorze ans ou moins ne se voient pas accorder le même avantage que les personnes de sexe féminin.

Pour qu'il y ait violation de l'art. 15, il faut que deux conditions soient réalisées. Premièrement, il faut prouver l'existence d'une inégalité ou d'une distinction dans le traitement de certains individus par rapport à d'autres. En second lieu, cette dis-

Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143.

The alleged violations of s. 15 raised in this case both involve distinctions on the basis of sex, one of the categories enumerated in s. 15. Thus the first condition for a violation of s. 15 is met. The question is whether the second requirement, discrimination, is established.

This brings us to the question of what constitutes discrimination under the *Charter*. This Court has considered the subject in two cases: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, and *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296. In view of the suggestion that *Turpin* may characterize discrimination more restrictively than *Andrews*, I find it necessary to consider briefly what was said on the matter in each of those cases.

Andrews lays down that it is sufficient to establish a violation of s. 15 to show that a distinction is drawn on the enumerated or analogous grounds, and that the distinction results in a burden being placed on the complaining individual or group. Once this hurdle has been cleared the analysis moves to s. 1. Discrimination is defined as follows at pp. 174-75:

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.

Consideration of factors which may justify or render reasonable the discrimination takes place in s. 1 (at p. 182):

inction doit constituer de la discrimination: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

a Les violations de l'art. 15 alléguées en l'espèce portent sur des distinctions fondées sur le sexe, qui est l'une des catégories énumérées dans cet article. Donc la première condition pour qu'il y a violation de l'art. 15 est réalisée. Il s'agit de déterminer si la
b seconde condition, celle de l'existence de discrimination, est prouvée.

Ceci nous amène à nous demander en quoi consiste la discrimination visée par la *Charte*.
c Notre Cour a examiné cette question dans deux arrêts: *Andrews c. Law Society of British Columbia* et *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296. Parce qu'on a soutenu que l'arrêt *Turpin* définit peut-être la discrimination de façon plus restrictive que
d l'arrêt *Andrews*, je crois nécessaire d'examiner brièvement ce que nous avons dit sur la question dans chacun de ces arrêts.

e L'arrêt *Andrews* affirme qu'il suffit, pour qu'il y ait violation de l'art. 15, de démontrer qu'une distinction est faite sur la base d'un des motifs énumérés ou analogues et que cette distinction a pour effet d'imposer un fardeau à l'individu ou au
f groupe qui se plaint. Une fois cet obstacle franchi, on passe à l'analyse fondée sur l'article premier. On définit ainsi la discrimination, aux pp. 174 et 175:

g J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe
h des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à
i un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

j L'examen des facteurs qui peuvent justifier la discrimination ou la rendre raisonnable se fait ensuite en vertu de l'article premier (à la p. 182):

... any justification, any consideration of the reasonableness of the enactment; indeed, any consideration of factors which could justify the discrimination and support the constitutionality of the impugned enactment would take place under s. 1.

This suggests that once it has been established that men face a burden under s. 146(1) not faced by women, or that females enjoy a benefit not enjoyed by men, the question of whether “the larger context” supports the burden or benefit is a matter for s. 1 of the *Charter*.

Some of the words used in *Turpin*, on the other hand, may be read as suggesting that discrimination is not established merely by a distinction within s. 15 which imposes a greater burden or confers a greater benefit. Rather, one should look for a disadvantage peculiar to the “discrete and insular minority” discriminated against, to determine if it suffers disadvantage apart from and independent of the particular legal distinction being challenged. (This phrase, drawn from U.S. law, has had constitutional significance there since its use in a footnote to *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).) The Court stated in *Turpin*, per Wilson J. at pp. 1331-33:

... it is only by examining the larger context that a court can determine whether differential treatment results in inequality or whether, contrariwise, it would be identical treatment which would in the particular context result in inequality or foster disadvantage. A finding that there is discrimination will, I think, in most but perhaps not all cases, necessarily entail a search for disadvantage that exists apart from and independent of the particular legal distinction being challenged.

In my respectful view, it would be stretching the imagination to characterize persons accused of one of the crimes listed in s. 427 of the *Criminal Code* in all the provinces except Alberta as members of a “discrete and insular minority”. I hasten to add that this categorization is not an end in itself but merely one of the analytical tools which are of assistance in determining

... toute justification, tout examen du caractère raisonnable de la mesure législative et, en fait, tout examen des facteurs qui pourraient justifier la discrimination et appuyer la constitutionnalité de la mesure législative attaquée devraient se faire en vertu de l'article premier.

Cela paraît signifier que dès qu'il est établi que les personnes de sexe masculin subissent, en vertu du par. 146(1), un fardeau que les personnes de sexe féminin ne subissent pas ou que les personnes de sexe féminin bénéficient d'un avantage dont les personnes de sexe masculin ne bénéficient pas, la question de savoir si le fardeau ou l'avantage sont justifiés par «le contexte général» relève de l'article premier de la *Charte*.

Certains des termes employés dans l'arrêt *Turpin*, d'autre part, peuvent être considérés comme signifiant que la discrimination n'est pas prouvée par la seule existence d'une distinction au sens de l'art. 15 qui impose un fardeau plus lourd ou confère un avantage plus grand à quelqu'un. Il faudrait plutôt rechercher un désavantage particulier à une «minorité discrète et isolée» visée par la discrimination pour déterminer si elle subit un désavantage qui existe indépendamment de la distinction juridique précise contestée. (Cette phrase, tirée du droit américain, a acquis, aux États-Unis, une importance sur le plan constitutionnel depuis son utilisation dans une note en bas de page dans l'arrêt *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).) Dans l'arrêt *Turpin*, le juge Wilson dit, au nom de la Cour, aux pp. 1331 à 1333:

... ce n'est qu'en examinant le contexte général qu'une cour de justice peut déterminer si la différence de traitement engendre une inégalité ou si, au contraire, l'identité de traitement engendre, à cause du contexte particulier, une inégalité ou présente un désavantage. À mon avis, la constatation d'une discrimination nécessitera le plus souvent, mais peut-être pas toujours, de rechercher le désavantage qui existe indépendamment de la distinction juridique précise contestée.

Je crois, en toute déférence, que ce serait tomber dans la fantaisie que de qualifier de «minorité discrète et isolée» les personnes qui, dans toutes les provinces sauf l'Alberta, sont accusées de l'un des crimes énumérés à l'art. 427 du *Code criminel*. Je m'empresse d'ajouter que cette catégorisation est non pas une fin en soi, mais simplement un moyen analytique de déterminer si un droit

whether the interest advanced by a particular claimant is the kind of interest s. 15 of the *Charter* is designed to protect. It is a means of ensuring that equality rights are given the same kind of broad, purposive interpretation accorded to other *Charter* rights . . . Differentiating for mode of trial purposes between those accused of s. 427 offences in Alberta and those accused of the same offences elsewhere in Canada would not, in my view, advance the purposes of s. 15 in remedying or preventing discrimination against groups suffering social, political and legal disadvantage in our society. A search for indicia of discrimination such as stereotyping, historical disadvantage or vulnerability to political and social prejudice would be fruitless in this case . . . To recognize the claims of the appellants under s. 15 of the *Charter* would, in my respectful view, "overshoot the actual purpose of the right or freedom in question" . . . [Emphasis added.]

This language lends itself to the argument that a distinction against men as compared with women is not discrimination within s. 15 because men cannot claim to be a "discrete and insular minority" and can rarely show disadvantage apart from the provision they are challenging.

On this basis the Attorneys General argue that s. 146(1) is not discriminatory. Although it distinguishes between men and women, this is not an "irrelevant distinction" because only male offenders having sexual intercourse with female victims can result in one of the major evils to which the legislation is directed, female pregnancy. Furthermore, men and young boys suffer no disadvantage "apart from and independent of the particular legal distinction being challenged." Men, it is submitted, are not a "discrete and insular minority" which the *Charter* intended to benefit.

In my view, these arguments take the interpretation of the language in *Turpin* further than is justified. There is no suggestion in that language that men should be excluded from protection under s. 15 because they do not constitute a "dis-

qu'un requérant particulier fait valoir est un droit du genre de ceux que l'art. 15 de la *Charte* est destiné à protéger. Il s'agit d'un moyen de garantir que les droits à l'égalité reçoivent la même sorte d'interprétation large et fondée sur l'objet visé que les autres droits protégés par la *Charte* [. . .] Établir une distinction, pour les fins du mode de procès, entre les personnes accusées en Alberta d'infractions énumérées à l'art. 427 et celles qui sont accusées des mêmes infractions ailleurs au Canada ne favoriserait pas, à mon avis, les objets de l'art. 15 en remédiant à la discrimination dont sont victimes les groupes de personnes défavorisées sur les plans social, politique ou juridique dans notre société ou en les protégeant contre toute forme de discrimination. Il serait inutile de chercher des signes de discrimination tel[s] que des stéréotypes, des désavantages historiques ou de la vulnérabilité à des préjugés politiques ou sociaux en l'espèce [. . .] À mon avis, faire droit aux demandes des appelants en vertu de l'art. 15 de la *Charte* serait «aller au delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question». . . [Je souligne.]

Ces propos pourraient servir à soutenir que la distinction faite entre les hommes et les femmes ne constitue pas de la discrimination au sens de l'art. 15 parce que les hommes ne peuvent prétendre être une «minorité discrète et isolée» et peuvent rarement faire la preuve d'un désavantage qui existe indépendamment de la disposition qu'ils contestent.

C'est l'argument avancé par les procureurs généraux pour affirmer que le par. 146(1) n'est pas discriminatoire. Bien qu'il établisse une distinction entre les hommes et les femmes, ce paragraphe n'établit pas une «distinction non pertinente» parce que seuls les contrevenants de sexe masculin qui ont des rapports sexuels avec des victimes de sexe féminin peuvent provoquer l'un des maux principaux que la disposition législative tend à éliminer, c.-à-d. la grossesse. De plus, les hommes et les adolescents ne subissent pas de désavantage qui existe «indépendamment de la distinction juridique précise contestée». Les hommes ne sont pas, soutient-on, une «minorité discrète et isolée» que la *Charte* cherche à protéger.

À mon avis, ces arguments poussent l'interprétation de l'arrêt *Turpin* trop loin. Il n'y a rien dans cet arrêt qui signifie qu'il faille soustraire les hommes à la protection que confère l'art. 15 parce qu'ils ne constituent pas une «minorité discrète et

crete and insular minority” disadvantaged independently of the legislation under consideration. The Court must be taken to have had in mind s. 28 of the *Charter*, which provides that notwithstanding any other provisions, the rights and freedoms referred to in the *Charter* are guaranteed equally to male and female persons. The Court in *Turpin* quoted with approval the definition of discrimination in *Andrews* to which I have referred. Moreover, the qualified language used in *Turpin* suggests that the Court viewed the so-called requirement of independent disadvantage not as an absolute requirement for a finding of discrimination, but rather as an element which would be found in many of the cases where discrimination is found. Thus Wilson J. states that the search for independent disadvantage applies “in most but perhaps not all cases” and says that finding a “discrete and insular minority” is “merely one of the analytical tools which are of assistance”. In my view, the essential requirements for discrimination under s. 15 remain as set forth in *Andrews*.

Applying that test, I find that s. 146(1) constitutes discrimination under s. 15 of the *Charter*. It makes distinctions on the enumerated ground of sex. It burdens men as it does not burden women. It offers protection to young females which it does not offer to young males. It is discriminatory.

The Attorney General for Ontario argued that since the accused are not in the category of young unprotected males, they have no standing to raise the second ground upon which it is alleged s. 146(1) discriminates. The majority of this Court, *per* Dickson J. (as he then was) took a broad view of standing on constitutional questions in criminal cases in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 313-14:

isolée» qui est défavorisée indépendamment de la disposition législative examinée. Il faut tenir pour acquis que la Cour avait à l'esprit l'art. 28 de la *Charte*, selon lequel, indépendamment des autres dispositions de la *Charte*, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes. Dans l'arrêt *Turpin*, la Cour cite, en l'approuvant, la définition de discrimination établie par l'arrêt *Andrews*, que je viens de mentionner. De plus, le ton réservé de l'arrêt donne à penser que la Cour a considéré la condition dite de désavantage indépendant non pas comme une condition absolue pour conclure à l'existence de discrimination, mais plutôt comme un élément qui se présenterait dans bien des cas où l'existence de discrimination est constatée. C'est ainsi que le juge Wilson affirme que la recherche d'un désavantage distinct s'applique «le plus souvent, mais peut-être pas toujours» et que la catégorisation de «minorité discrète et isolée» est «simplement un moyen analytique». À mon avis, les conditions essentielles pour qu'il y ait discrimination au sens de l'art. 15 restent celles que l'arrêt *Andrews* a établies.

Si j'applique ce critère, je conclus que le par. 146(1) constitue de la discrimination au sens de l'art. 15 de la *Charte*. Le paragraphe établit des distinctions fondées sur un motif énuméré, soit le sexe. Il impose aux hommes un fardeau qu'il n'impose pas aux femmes. Il offre aux jeunes personnes de sexe féminin une protection qu'il n'offre pas aux jeunes personnes de sexe masculin. Il est discriminatoire.

Le procureur général de l'Ontario a soutenu que, puisque les accusés n'appartiennent pas à la catégorie des jeunes personnes de sexe masculin qui ne bénéficient pas de la protection, ils n'ont pas qualité pour soulever le second moyen sur lequel ils se fondent pour affirmer que le par. 146(1) est discriminatoire. La Cour à la majorité, s'exprimant par l'intermédiaire du juge Dickson (plus tard Juge en chef), a adopté une conception large de la qualité pour agir relativement à des questions constitutionnelles dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, aux pp. 313 et 314:

Any accused, whether corporate or individual, may defend a criminal charge by arguing that the law under which the charge is brought is constitutionally invalid.

It is the nature of the law, not the status of the accused, that is in issue.

It follows that any constitutional defect can be raised in the defence of a criminal charge. This is only just. A person should not be convicted under an invalid law. Moreover, in cases like the present, it is difficult to imagine the affected group raising the issue of discrimination. Only males under fourteen who have suffered emotional difficulties as a result of the law's failure to protect them, as it protects young girls against their seducers, would have a direct interest in raising this point. It borders on the fictional to suppose such claims would be brought.

Nor can I accept the argument of the Attorney General for Ontario that s. 146(1) is saved by s. 15(2) of the *Charter*. Subsection 15(2) is potentially far-reaching in its application. Interpreted expansively, as the Attorney General suggests, it threatens to circumvent the purpose of s. 1. Under s. 15(2) it must only be shown that the "object" of the legislation was amelioration of conditions of a disadvantaged individual or group, and there is no need to demonstrate that the legislation used proportionate means. I prefer the approach to s. 15(2) adopted by Huddart L.J.S.C. in *Re MacVicar and Superintendent of Family and Child Services*, (1986), 34 D.L.R. (4th) 488 (B.C.S.C.), at pp. 502-3:

To ensure that the s. 15(1) guarantee of equal protection and benefit has real effect, s. 15(2) must be construed as limited to its purpose. It was included in the *Charter* to silence the debate that rages elsewhere over the legitimacy of affirmative action . . . It was not intended to save from scrutiny all legislation intended to have positive effect . . .

Tout accusé, que ce soit une personne morale ou une personne physique, peut contester une accusation criminelle en faisant valoir que la loi en vertu de laquelle l'accusation est portée est inconstitutionnelle.

C'est la nature de la loi, et non pas le statut de l'accusé, qui est en question.

Il s'ensuit que n'importe quel vice constitutionnel peut être invoqué comme moyen de défense à une accusation criminelle. Ce n'est que justice. Une personne ne devrait pas être reconnue coupable en vertu d'une règle de droit invalide. De plus, dans des cas comme l'espèce, on voit mal comment le groupe touché pourrait soulever la question de la discrimination. Seules les personnes de sexe masculin de moins de quatorze ans qui ont souffert de troubles émotifs à cause de l'absence de protection de la disposition législative à leur égard, puisqu'elle ne protège que les jeunes filles contre leurs séducteurs, auraient directement intérêt à soulever cette question. Il est presque impensable de supposer qu'un tel moyen soit soulevé.

Je ne puis accepter non plus l'argument du procureur général de l'Ontario selon lequel le par. 146(1) est sauvegardé par le par. 15(2) de la *Charte*. Le paragraphe 15(2) peut avoir une très grande portée. Interprété libéralement, comme le propose le Procureur général, il risque de contourner l'objet de l'article premier. En vertu du par. 15(2), il suffit de démontrer que la disposition législative est «destinée» à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, et il n'est pas nécessaire de démontrer que cette disposition législative recourt à des moyens proportionnés. Je préfère la conception du par. 15(2) qu'adopte le juge local Huddart de la Cour suprême dans *Re MacVicar and Superintendent of Family and Child Services* (1986), 34 D.L.R. (4th) 488 (C.S.C.-B.), aux pp. 502 et 503:

[TRADUCTION] Pour assurer que la garantie d'égalité de protection et de bénéfice de la loi ait un effet réel, il faut interpréter restrictivement le par. 15(2) en fonction de son objet. Il a été inséré dans la *Charte* pour mettre fin au débat qui avait cours ailleurs au sujet de la légitimité des programmes de promotion sociale [. . .] Il ne visait pas à soustraire à l'analyse toutes les dispositions législatives destinées à avoir un effet positif . . .

If this provision could be saved, little discriminatory legislation could ever be attacked successfully, for almost all positive law has as its stated object the betterment or amelioration of the conditions in our community of a disadvantaged individual or group.

It cannot be said in any way that young females benefit from the failure of s. 146(1) to protect young males or to treat male and female offenders similarly. Section 146(1) does not constitute a true “affirmative action program”, in the terms of the marginal note to s. 15(2). I would hold that s. 15(2) does not immunize s. 146(1) from scrutiny under s. 1 of the *Charter*.

I conclude that s. 146(1) of the *Criminal Code* violates s. 15 of the *Charter*.

3. *Are the Violations of ss. 7 and 15 Saved Under s. 1 of the Charter?*

(a) Is the Breach of s. 7 Saved by s. 1 of the Charter?

The question is whether, notwithstanding the fact that s. 146(1) can be characterized as a strict or absolute liability offence, it is “reasonable” and “demonstrably justified in a free and democratic society.”

Two conditions must be met in order to meet this test: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. First, the objective which the limit is designed to serve must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right. Second, if such an objective is established, the party invoking s. 1 must show that the means chosen to attain the objective are reasonably and demonstrably justified in a free and democratic society. To conclude that the means chosen are reasonable and demonstrably justified, the Court must be satisfied of three things:

1. The measures designed to meet the legislative objective must be rationally connected to the objective;

Si cette disposition pouvait être sauvegardée, on ne pourrait contester avec succès que peu de dispositions législatives discriminatoires puisque toutes les dispositions d'action positive ont pour objet explicite d'améliorer la situation, dans notre société, de personnes ou de groupes défavorisés.

On ne saurait dire que les jeunes personnes de sexe féminin profitent de ce que le par. 146(1) ne protège pas les jeunes personnes de sexe masculin ou ne traite pas les personnes de sexe masculin de la même manière que les personnes de sexe féminin. Le paragraphe 146(1) ne constitue pas un véritable «programme de promotion sociale» au sens qu'a cette expression à la note marginale du par. 15(2). Je conclurais donc que le par. 15(2) ne soustrait pas le par. 146(1) à l'analyse fondée sur l'article premier de la *Charte*.

Je conclus que le par. 146(1) du *Code criminel* viole l'art. 15 de la *Charte*.

3. *Les violations des art. 7 et 15 sont-elles sauvegardées par l'article premier de la Charte?*

a) La violation de l'art. 7 est-elle sauvegardée par l'article premier de la Charte?

La question qui se pose est celle de savoir si, quoiqu'on puisse qualifier l'infraction définie au par. 146(1) d'infraction de responsabilité stricte ou absolue, cette disposition est «raisonnable» et si sa «justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.»

Ce critère exige que deux conditions soient réalisées: *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Premièrement, l'objectif que vise la restriction doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution. Deuxièmement, si l'existence d'un tel objectif est établie, la partie qui invoque l'article premier doit démontrer que les moyens choisis pour atteindre cet objectif sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Pour conclure que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, la Cour doit être convaincue des trois choses suivantes:

1. Les mesures conçues pour atteindre l'objectif de la disposition législative doivent avoir un lien rationnel avec cet objectif;

2. the means used should impair as little as possible the right or freedom in question; and,

3. there must be proportionality between the effect of the measures which are responsible for limiting the *Charter* right and the legislative objective of the limit on those rights. In effect, this involves balancing the invasion of rights guaranteed by the *Charter* against the objective to which the limitation of those rights is directed.

It is the objective of the limit which violates the *Charter* section rather than the goal of the provision as a whole which is the focus of the analysis under s. 1. Only that limit is at issue.

The limitation on the accused's rights under s. 7 here in issue is the absolute liability aspect of the offence created by s. 146(1). The question is whether the imposition of absolute liability effected by s. 146(1) of the *Criminal Code* is justified.

I now turn to the tests proposed in *R. v. Oakes*.

(i) *The Objective of the Proposed Limit*

The question is whether the objective of s. 146(1) is of sufficient importance that it is capable, provided the appropriate means are used, of overriding a *Charter* right.

Section 146(1) represents the Canadian equivalent of a provision which is known throughout the western democratic world. The offence has long been part of the criminal law of England which we in Canada inherited. It has survived innumerable constitutional challenges in the United States: see *Michael M. v. Superior Court of Sonoma County*, 450 U.S. 464 (1981), and authorities cited therein. It is not an exaggeration to say that the offence of "statutory rape", as it is commonly referred to, is embedded in our social consciousness.

These facts attest to the importance of the objective served by the offence. It has long been acknowledged that the imposition of absolute liability and the inequality inherent in the offence render it problematic. Yet the crime of statutory rape has been maintained. Legislatures have reaf-

2. le moyen utilisé doit être de nature à porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question; et

3. il doit y avoir proportionnalité entre l'effet des mesures qui restreignent le droit garanti par la *Charte* et l'objectif législatif de la restriction apportée à ce droit. En réalité, il s'agit de chercher un équilibre entre l'atteinte aux droits garantis par la *Charte* et l'objectif que cette restriction des droits vise à réaliser.

C'est l'objectif de la restriction qui viole l'article de la *Charte* plutôt que l'objectif de la disposition dans son ensemble que vise l'analyse fondée sur l'article premier. Seule cette restriction est en cause.

La restriction des droits de l'accusé garantis par l'art. 7 en cause en l'espèce est le caractère de responsabilité absolue de l'infraction définie au par. 146(1). La question est de savoir si l'imposition d'une responsabilité absolue en vertu du par. 146(1) du *Code criminel* est justifiée.

J'aborderai maintenant les critères proposés dans l'arrêt *R. c. Oakes*.

(i) *L'objectif de la restriction proposée*

La question est celle de savoir si l'objectif du par. 146(1) est suffisamment important pour supprimer un droit garanti par la *Charte* si les moyens utilisés sont appropriés.

Le paragraphe 146(1) constitue l'équivalent au Canada d'une disposition connue dans toutes les sociétés démocratiques occidentales. Cette infraction fait partie depuis longtemps du droit criminel anglais dont le Canada a hérité. Elle a résisté à d'innombrables contestations constitutionnelles au États-Unis: voir *Michael M. v. Superior Court of Sonoma County*, 450 U.S. 464 (1981), et la jurisprudence qui y est mentionnée. Il n'est pas exagéré de dire que la notion connue communément sous le nom de «présomption légale de viol» est profondément ancrée dans notre conscience collective.

Ces faits montrent l'importance de l'objectif visé par cette infraction. Il est depuis longtemps reconnu que l'imposition d'une responsabilité absolue et l'inégalité qui est inhérente à l'infraction la rendent discutable. Même à cela, la notion de présomption légale de viol a été conservée; les

firmed it, and courts have repeatedly upheld it. One would not expect this to be so if the objectives of the section were not of great importance.

What then is the objective of s. 146(1)? It has two aspects. The first is the protection of female children from the harms which may result from premature sexual intercourse and pregnancy. The second is the protection of society from the impact of the social problems which sexual intercourse with children may produce.

I adhere to the view that I expressed in *R. v. Ferguson* that the protection of children from the evils of intercourse is multi-faceted and so obvious as not to require formal demonstration. Children merit this protection for three primary reasons. The first is the need to protect them from the consequences of pregnancies with which they are ill-equipped to deal from the physical, emotional and economic point of view. The second is the need to protect them from the grave physical and emotional harm which may result from sexual intercourse at such an early age. The third is the need to protect them from exploitation by those who might seek to use them for prostitution and related nefarious purposes.

Each of these reasons to protect children against premature sexual intercourse is reflected in corresponding social problems. Juvenile pregnancies adversely affect both family and society. It is society which bears the cost of abortions, society which often pays for the care of infant and mother. The physical and emotional trauma inflicted on children through premature sexual intercourse are reflected in increased medical and social costs and decreased productivity. Finally, juvenile prostitution is a notorious problem in many of our larger cities. We must not blind ourselves to the reality of drug addiction and virtual enslavement of young girls which all too often result from their prostitution. Section 146(1) and its equivalents in other countries are aimed at combatting such prostitu-

législateurs l'ont confirmée et les cours l'ont déclarée valide à maintes reprises. On ne s'attendrait pas à ce qu'il en soit ainsi si les objectifs de ce paragraphe n'avaient pas une grande importance.

^a Quel est donc l'objectif du par. 146(1)? Il est double. Premièrement, il consiste à protéger les enfants de sexe féminin contre les maux que peuvent engendrer les rapports sexuels et les grossesses précoces. Deuxièmement, il consiste à protéger la société contre les conséquences des problèmes sociaux que peuvent engendrer les rapports sexuels avec des enfants.

^c Je réitère l'avis que j'ai exprimé dans l'arrêt *R. v. Ferguson*, selon lequel la protection des enfants contre les conséquences funestes des rapports sexuels comporte plusieurs aspects et que sa nécessité est si évidente qu'il n'est pas nécessaire d'en faire la preuve formelle. Les enfants ont droit à cette protection pour trois raisons principales: la première raison tient à cette protection dont les enfants ont besoin contre les conséquences des grossesses auxquelles ils ne sont pas en mesure de faire face que ce soit du point de vue physique, émotif ou économique; la deuxième raison est le besoin de les protéger contre les effets physiques et émotifs nocifs que peuvent avoir des rapports sexuels à un âge aussi tendre; la troisième raison est le besoin de les protéger contre l'exploitation de la part de personnes qui pourraient vouloir s'en servir à des fins de prostitution ou à d'autres fins néfastes apparentées.

^g Chacun de ces motifs de protéger les enfants contre les rapports sexuels précoces correspond à des problèmes sociaux particuliers. Les grossesses d'adolescentes ont des conséquences néfastes sur la famille et sur la société. C'est la société qui défraie le coût des avortements et c'est elle aussi qui défraie souvent les soins de la mère et de l'enfant. Le choc physique et émotif infligé aux enfants par les rapports sexuels précoces entraîne une augmentation des dépenses médicales et sociales et une diminution de la productivité. Enfin, la prostitution chez les jeunes constitue un problème bien connu dans plusieurs de nos grandes villes. Nous ne devons pas fermer les yeux sur la toxicomanie et le véritable esclavage qui caractérisent hélas trop souvent les jeunes filles qui se livrent à la

tion by prohibiting sexual activity with very young girls.

The effects of premature intercourse on young girls and on society in general have been well documented. One need only consult the judgments of the American courts upholding statutory rape provisions to gain an appreciation of the statistical data supporting the evils to which I have referred. They have also been recognized in Canada: see Law Reform Commission of Canada, Working Paper No. 22 (*Criminal Law: Sexual Offences*), at pp. 25-26.

I conclude that the objectives of s. 146(1) of the *Criminal Code* are of great importance—sufficient importance to justify overriding a constitutionally protected right.

(ii) *Are the Means Chosen to Effect the Objective Reasonable and Demonstrably Justified in a Free and Democratic Society?*

At this, the second stage of the inquiry under s. 1, the focus is on the nature of the limit imposed on *Charter* rights and its proportionality to the consequences of the infringement of the accused's right. The question is whether that limit can survive, given the importance of the objective of the legislation on the one hand, and the significance of the infringement of the *Charter* right on the other.

A. Rational Connection

In considering whether there is a rational connection between the limitation on a right and the legislation under consideration, the court may have regard to the intention of the Legislature as well as the actual effects of the legislation: *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, *per* Beetz J., at p. 125.

Is there a rational connection between the imposition of strict liability and deterrence of men from intercourse with young girls? In my view, there is. Were the defence of reasonable belief available, a man could escape conviction simply by saying that

prostitution. Le paragraphe 146(1) et son pendant dans les autres pays visent à combattre cette prostitution en interdisant les rapports sexuels avec de très jeunes filles.

^a Les effets des rapports sexuels précoces sur les jeunes filles et sur la société en général sont bien documentés. On n'a qu'à analyser les décisions des tribunaux américains qui ont déclaré valides les dispositions relatives à la présomption légale de viol pour comprendre les données statistiques invoquées comme preuve des maux dont j'ai parlé. Ils ont aussi été constatés au Canada: voir le document de travail n° 22 de la Commission de réforme du droit du Canada (*Droit pénal: infractions sexuelles*), aux pp. 26 et 27.

Je conclus que l'objectif du par. 146(1) du *Code criminel* a une grande importance—assez d'importance pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution.

(ii) *Les moyens choisis pour réaliser cet objectif sont-ils raisonnables et leur justification peut-elle se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?*

Dans cette deuxième étape de l'analyse fondée sur l'article premier, l'attention se porte sur la nature de la restriction imposée aux droits garantis par la *Charte* et sur la proportionnalité entre cette restriction et les conséquences de l'atteinte aux droits de l'accusé. Il s'agit de savoir si cette restriction peut être maintenue, compte tenu de l'importance de l'objectif de la disposition législative d'une part et de l'importance de l'atteinte au droit garanti par la *Charte* d'autre part.

A. Le lien rationnel

^h Pour déterminer s'il existe un lien rationnel entre la restriction du droit et la disposition législative en cause, la cour peut tenir compte à la fois de l'intention du législateur et des effets réels de la disposition: *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, le juge Beetz, à la p. 125.

Existe-t-il un lien rationnel entre l'imposition d'une responsabilité stricte et la dissuasion des hommes d'avoir des rapports sexuels avec des jeunes filles? À mon avis, il y a en a un. S'il était possible d'invoquer la croyance raisonnable comme

he believed the girl to be older than fourteen. The defence of due diligence would require him to make enquiries to avoid conviction, but still leaves open the possibility that the girl may lie as to her age or even produce false identification, not an uncommon practice in the world of juvenile prostitution.

The imposition of strict liability eliminates these defences. In doing so, it effectively puts men who are contemplating intercourse with a girl who might be under fourteen years of age on guard. They know that if they have intercourse without being certain of the girl's age, they run the risk of conviction, and many conclude that they will not take the chance. That wisdom forms part of the substratum of consciousness with which young men grow up, as exemplified by terms such as "jail-bait". There can be no question but that the imposition of absolute liability in s. 146(1) has an additional deterrent effect.

That being the case, I am satisfied that the rational connection between the imposition of strict liability in s. 146(1) and its objective is established.

B. Degree of Impairment

The limit should impair the right or freedom "as little as possible": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*; *R. v. Oakes*, *supra*. The infringement would not extend beyond what is reasonably necessary to achieve the legislative objective. This is because a measure which infringes more than necessary is to that extent infringing a right without justification. That is inconsistent with s. 1 of the *Charter*.

In dealing with this point, I find it useful to ask whether there is another way the same objective could be achieved without infringement of the right or with a lesser infringement of the right. In the case of s. 146(1), the answer to this question must be negative for the reasons I discussed under

moyen de défense, quelqu'un pourrait se soustraire à la déclaration de culpabilité en disant simplement qu'il a cru que la jeune fille avait plus de quatorze ans. Le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable l'obligerait à se renseigner pour éviter d'être déclaré coupable, mais il laisse la possibilité que la jeune fille mente au sujet de son âge ou même qu'elle produise de fausses pièces d'identité, ce qui n'est pas rare dans le milieu de la prostitution chez les jeunes.

L'imposition d'une responsabilité stricte écarte la possibilité d'invoquer ces moyens de défense. Par le fait même, elle met en garde les hommes qui envisagent d'avoir des rapports sexuels avec une jeune fille qui pourrait avoir moins de quatorze ans. Ils savent que s'ils ont des rapports sexuels sans s'assurer de l'âge de la jeune fille, ils courent le risque d'être déclarés coupables et nombreux sont ceux qui ne prendront pas ce risque. Cette forme de sagesse fait partie du fond de conscience sociale qu'acquièrent les jeunes hommes en grandissant, comme l'indique l'expression «*jail-bait*». Il n'y a pas de doute que l'imposition d'une responsabilité absolue au par. 146(1) a un effet dissuasif supplémentaire.

Dans ces conditions, je suis convaincue que l'existence d'un lien rationnel entre l'imposition d'une responsabilité stricte au par. 146(1) et son objectif est prouvée.

B. Le degré d'atteinte

La restriction doit porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* et *R. c. Oakes*, précités. La violation ne doit pas aller au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour réaliser l'objectif de la disposition législative. Il en est de même parce qu'une mesure qui porte atteinte plus qu'il n'est nécessaire à un droit y porte ainsi atteinte sans justification. Cela est incompatible avec l'article premier de la *Charte*.

Dans cette analyse, je trouve utile de me demander s'il existe un autre moyen de réaliser le même objectif sans porter atteinte à ce droit ou en y portant moins atteinte. Dans le cas du par. 146(1), la réponse à cette question doit être négative pour les motifs que j'ai déjà mentionnés à l'alinéa A.

A. **Rational Connection.** The only way of avoiding or diminishing the infringement of the accused's right not to be convicted in the absence of a guilty mind would be by introducing a defence of due diligence or reasonable belief. Neither of those alternatives provides as effective a deterrent as removal of all defences based on the accused's lack of knowledge of the victim's age.

I conclude that the objective achieved by s. 146(1) could not be achieved with a lesser infringement of the right.

I cannot leave this aspect of the analysis without adverting to the fact that Parliament has repealed s. 146(1) and adopted a provision allowing the defence of due diligence. In my opinion, the fact that Parliament has chosen to do this does not establish that the objectives of s. 146(1) can be accomplished with a lesser infringement of the accused's rights. An equally viable explanation is that Parliament has chosen, for whatever reasons, to reduce its objective.

To say that the minimum impairment test is not met because Parliament has replaced s. 146(1) with a less stringent provision amounts to saying that the s. 1 test is not met whenever, rightly or wrongly, Parliament has concluded that an impugned provision should be revoked. Such an approach to minimum impairment would be dangerous. The logic upon which it rests would throw into question any provision which was not universally present in comparable free and democratic societies. More importantly, the relationship between even closely-related legislative provisions and legislative objectives may be complex and subtle. The reasons for legislative compromises may be diverse. The fact that Parliament may at one point decide against an absolute liability statutory rape law does not automatically negate its earlier judgment that problems of enforceability justified absolute liability. To so hold would be to

ci-dessus intitulé *Le lien rationnel*. Le seul moyen d'éviter ou de diminuer l'atteinte au droit de l'accusé de ne pas être déclaré coupable en l'absence d'intention coupable serait d'autoriser le recours à un moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable ou sur la croyance raisonnable. Aucune de ces solutions ne fournit de moyen de dissuasion aussi efficace que le retrait de tous les moyens de défense fondés sur l'ignorance par l'accusé de l'âge de la victime.

Je conclus que l'objectif du par. 146(1) n'aurait pas pu être réalisé par une atteinte moins grande au droit en question.

Je ne puis terminer cette partie de l'analyse sans mentionner l'abrogation par le Parlement du par. 146(1) et l'adoption d'une disposition qui permet d'invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense. À mon avis, le fait que le Parlement ait choisi d'agir ainsi ne signifie pas qu'il est possible de réaliser l'objectif du par. 146(1) par une atteinte moins grande aux droits de l'accusé. Une explication tout aussi valable est que le Parlement a choisi, pour une raison quelconque, de réduire son objectif.

Affirmer que le critère de l'atteinte minimale n'est pas respecté parce que le Parlement a remplacé le par. 146(1) par une disposition moins stricte revient à dire que le critère de l'article premier n'est pas respecté dans tous les cas où le Parlement a, à tort ou à raison, conclu qu'une disposition contestée devait être abrogée. Une telle conception de l'atteinte minimale serait dangereuse. La logique sur laquelle elle se fonde contribuerait à mettre en cause toute disposition qui ne se retrouve pas dans toutes les sociétés libres et démocratiques comparables. Qui plus est, les rapports qui existent entre des dispositions législatives et des objectifs législatifs connexes peuvent être complexes et subtils. Les motifs pour lesquels le législateur adopte un compromis peuvent varier. Le fait que le Parlement puisse à un moment donné décider de ne plus imposer une responsabilité absolue en matière de viol n'invalide pas forcément sa décision antérieure selon laquelle les problèmes d'application de la loi justifiaient la responsabilité absolue. Penser de la sorte reviendrait à renoncer à la fonction judiciaire de recher-

abdicate the judicial function of balancing under s. 1 of the *Charter*.

C. Proportionality Between the Effect of the Limit and the Objective

We arrive at the point where we must weigh the impact of the infringement of the accused's constitutional right against the importance of what is achieved by the legislation. In the case at bar, what hangs in the balance is the public and private interest in protecting very young girls from intercourse on the one hand, and on the other the right of a person charged with an offence not to be convicted if he did not intend to commit the offence.

In the abstract, both considerations are of high importance. The principle that a person should not be convicted unless he has some degree of *mens rea* is fundamental to our criminal law. The degree of *mens rea* may vary from actual intention to recklessness or an absence of due diligence depending on the severity of the offence and the punishment, but it is essential that it be present: *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*; *R. v. Vaillancourt, supra*. Our society will not lightly tolerate deviation from this principle.

The question in the case at bar is whether deviation from the principle which requires *mens rea* can ever be tolerated in our society. The submission put before us was essentially that in no case could a measure which violated the requirement for *mens rea* be justified under s. 1 of the *Charter*. A measure which violates the fundamental principles of justice under s. 7, and particularly as important a principle as the necessity for *mens rea*, can never, it is submitted, be "reasonable" and "demonstrably justified in a free and democratic society."

I cannot accept this submission. My reasons relate to general principles of construction as well as practical implications which such an approach would have for construction of the *Charter*.

che d'un équilibre en vertu de l'article premier de la *Charte*.

C. La proportionnalité entre l'effet de la restriction et l'objectif poursuivi

Nous arrivons au moment où il nous faut évaluer les conséquences de l'atteinte au droit garanti à l'accusé par la Constitution en fonction de l'importance de l'objectif réalisé par la disposition législative. En l'espèce, il s'agit de peser l'intérêt public et privé de protéger de très jeunes filles contre des rapports sexuels d'une part et le droit d'une personne accusée d'une infraction de ne pas être déclarée coupable si elle n'a pas eu l'intention de commettre cette infraction d'autre part.

Dans l'abstrait, les deux facteurs ont beaucoup d'importance. Le principe voulant qu'une personne ne puisse être déclarée coupable à moins d'avoir un certain degré de *mens rea* est fondamental dans notre droit criminel. Le degré de *mens rea* peut aller de l'intention réelle de commettre l'acte, à l'insouciance ou à l'absence de diligence raisonnable, selon la gravité de l'infraction et de la peine, mais il est essentiel que cet élément soit présent: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B. et R. c. Vaillancourt*, précités. Notre société ne souffrira pas facilement qu'on s'écarte de ce principe.

La question que l'espèce soulève est de savoir si la société pourra jamais tolérer qu'il y ait des exceptions au principe qui exige la *mens rea*. On a, pour l'essentiel, soutenu devant nous qu'une mesure qui viole l'exigence de *mens rea* ne peut jamais se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*. Une mesure qui viole les principes de justice fondamentale consacrés par l'art. 7, et surtout un principe aussi important que celui de la nécessité de la *mens rea*, nous a-t-on dit, ne peut jamais être «raisonnable» et sa «justification [ne peut jamais] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.»

Je n'accepte pas cet argument. Mes motifs à cet égard se rattachent aux principes généraux d'interprétation tout autant qu'aux conséquences pratiques qu'une telle méthode aurait sur l'interprétation de la *Charte*.

As a matter of construction, to hold that s. 1 can never as a matter of law be applicable to *Charter* rights falling within certain categories is to rewrite the *Charter*. The framers of the *Charter* expressly subjected all the rights and freedoms which it guarantees to the override of s. 1. It is not for the courts to alter this by developing categories of rights which are immune from scrutiny under s. 1.

On a more practical level, I think it would be an error, at this early time in our experience with the *Charter*, to foreclose the possibility that cases may arise in which even the most sacred of our rights may be required to yield to considerations raised under s. 1 of the *Charter*.

The philosophy upon which the *Charter* rests is that the fundamental rights which it enshrines should be subject to scrutiny under s. 1. It may be difficult to establish the conditions necessary to override them, but that does not mean that they should not be examined. Constitutional jurisprudence here and in the United States has shown the impracticability of treating rights as abstract absolutes. The framers of our *Charter* recognized this and provided that laws in conflict with fundamental rights should be scrutinized under s. 1. What is really at stake in determining the scope and priority of constitutional rights are conflicting values and interests. Such values and interests are best dealt with under s. 1 of the *Charter*, which permits a contextual analysis in which the effect of permitting one interest to prevail over the other may be considered in the matrix of the facts and social situation in which the rights are situated: see Wilson J., *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326.

I therefore proceed on the premise that important as the right not to be convicted in the absence of *mens rea* is, one must nevertheless proceed to s. 1 of the *Charter* to determine if s. 146(1) can be

Sur le plan de l'interprétation, soutenir qu'en droit l'article premier ne peut jamais s'appliquer à certaines catégories de droits garantis par la *Charte* reviendrait à reformuler cette dernière. Les auteurs de la *Charte* ont expressément assujéti tous les droits et libertés qu'elle garantit à l'exception de l'article premier. Il n'appartient pas aux tribunaux de modifier ce texte en établissant des catégories de droits qui échapperaient à l'analyse prévue à l'article premier.

Sur un plan plus pratique, je crois que ce serait une erreur que d'écarter, à une étape aussi précoce de notre expérience de la *Charte*, la possibilité qu'il existe des cas où même nos droits les plus sacrés doivent céder le pas à des considérations soulevées en vertu de l'article premier de la *Charte*.

La philosophie qui sous-tend la *Charte* veut que les droits fondamentaux que celle-ci garantit soient soumis à l'analyse prévue à l'article premier. Il est peut-être difficile de déterminer les conditions nécessaires pour supprimer ces droits, mais cela ne signifie pas qu'ils ne devraient pas faire l'objet d'un examen. Notre jurisprudence constitutionnelle et celle des États-Unis a révélé l'impossibilité pratique de considérer les droits comme absolus dans l'abstrait. Les rédacteurs de notre *Charte* l'ont reconnu et ont prévu que les dispositions législatives incompatibles avec les droits fondamentaux doivent faire l'objet d'un examen fondé sur l'article premier. Ce qui est véritablement en jeu au moment de déterminer la portée et la priorité des droits constitutionnels ce sont des droits et des valeurs opposés. Il est préférable d'analyser ces droits et ces valeurs en vertu de l'article premier de la *Charte*, qui permet une analyse du contexte dans laquelle on peut évaluer l'effet produit si on laisse un intérêt l'emporter sur un autre, en fonction de l'ensemble des faits et de la situation sociale où ces droits s'appliquent: voir les motifs rédigés par le juge Wilson de notre Cour dans l'affaire *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326.

Je me fonde donc sur la prémisse que, quelle que soit l'importance du droit de ne pas être déclaré coupable en l'absence de *mens rea*, il faut néanmoins procéder à l'analyse prévue à l'article pre-

saved as a reasonable measure justified in a free and democratic society.

The first point is that many societies which we would regard as free and democratic, such as England and the United States, consider the offence of statutory rape to be both reasonable and justifiable notwithstanding its elimination of *mens rea*.

Several reasons may be suggested for this position. The first and most important is that there is no equally effective way of dealing with the problem of intercourse with young girls. For the reasons suggested earlier, offences permitting a defence of due diligence or reasonable belief as to age are predictably less effective in deterring intercourse with young girls than is an absolute liability offence.

The second is that the elimination of *mens rea* from s. 146(1) of the *Criminal Code* may be viewed as less offensive than, for example, the elimination of *mens rea* from the offence of murder. The age of a young girl with whom one is contemplating intercourse is unlikely to be a matter to which a man fails entirely to address his attention. He must have some impression as to her age, and must from his experience have some idea of how far wrong he is likely to be in this impression; his conduct may be presumed to be predicated on a range of accuracy. A girl of thirteen may appear to be older, but there are limits as to how much older. Cases in which the accused does not at least advert to the possibility (or wilfully shuts his eyes to the possibility) that a girl actually under fourteen might be that age, may be surmised to be infrequent.

Although one may postulate the case of a "morally blameless" person being convicted under s. 146(1), however rare that case may be, one must also remember that all that a person need do to

mier de la *Charte* pour savoir si le par. 146(1) peut être sauvegardé comme mesure raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

^a Le premier argument est celui que de nombreuses sociétés que nous jugeons libres et démocratiques, comme l'Angleterre et les États-Unis, estiment que la notion de présomption légale de viol est raisonnable et peut se justifier même si elle élimine la *mens rea*.

^b On peut trouver plusieurs justifications à cette prise de position. La première et la plus importante tient à ce qu'il n'existe pas de moyen aussi efficace de faire face au problème des rapports sexuels avec des jeunes filles. Pour les motifs que j'ai déjà proposés, il faut s'attendre à ce que les infractions qui permettent d'invoquer les moyens de défense de diligence raisonnable ou de croyance raisonnable quant à l'âge soient moins efficaces pour dissuader d'avoir des rapports sexuels avec des jeunes filles qu'une infraction de responsabilité absolue.

^c La deuxième raison tient à ce que l'élimination de la *mens rea* au par. 146(1) du *Code criminel* peut être considérée comme beaucoup moins offensante que, par exemple, l'élimination de la *mens rea* dans le cas de l'infraction de meurtre. Il est peu vraisemblable que l'âge de la jeune fille avec laquelle un homme a l'intention d'avoir des rapports sexuels échappe totalement à son attention. Il a certainement une idée de l'âge de la jeune fille et il doit, grâce à son expérience, avoir une idée de la mesure dans laquelle cette impression peut être erronée; on peut présumer qu'il règle sa conduite en fonction d'une certaine marge d'erreur. Une fillette de treize ans peut paraître plus âgée, mais il y a une limite quant à la différence d'âge. On peut présumer qu'il arrivera rarement que l'accusé n'ait pas au moins envisagé la possibilité qu'une jeune fille ait été âgée de moins de quatorze ans, alors qu'elle avait effectivement moins de quatorze ans (ou qu'il n'ait pas volontairement fermé les yeux sur cette possibilité).

^d Même en supposant qu'il arrive qu'une personne «moralement innocente» soit déclarée coupable en vertu du par. 146(1) et aussi rare que cela puisse être, il faut se rappeler que pour éviter ce risque

avoid the risk of this happening is to refrain from having sex with girls of less than adult age unless he knows for certain that they are over fourteen. Viewed thus, the infringement on the freedom imposed by s. 146(1) of the *Criminal Code* does not appear unduly draconian, considering the great harms to which the section is directed.

Finally, a person convicted under s. 146(1) faces no mandatory minimum sentence. While the accused may be convicted in the absence of knowledge that the victim was under fourteen, his lack of culpability may be expected to be reflected in his sentence. While this is not an ameliorating factor in determining whether absolute liability offends s. 7, it cannot be ruled out as a relevant consideration in deciding whether the aspect of absolute liability in s. 146(1) is saved under s. 1 of the *Charter*.

These considerations, while they do not negate the absolute liability imposed by s. 146(1), suggest that it may be more easily defended under s. 1 of the *Charter* than other offences involving no *mens rea*. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, the offence was complete even though the offender did not know that his or her licence had been suspended. There was no reason to consider the validity of one's licence before driving, in the way one is likely to consider the age of the girl with whom one is contemplating sexual intercourse. It is arguably easier to avoid the possibility of infringing s. 146(1) by avoiding sex with girls of whose age one is not certain than to avoid the possibility of liability under the British Columbia *Motor Vehicle Act* by refraining from driving, in circumstances where one has no reason to suppose one should not drive. Finally and most importantly, in *Re B.C. Motor Vehicle Act* and in *Vaillancourt* the accused was faced with a minimum sentence; once convicted, imprisonment was certain. In the case of s. 146(1), that is not so; if the court is persuaded that the accused was truly morally blameless, he

une personne n'a qu'à s'abstenir d'avoir des rapports sexuels avec des filles qui ne sont pas adultes à moins d'être assurée qu'elles ont plus de quatorze ans. Vu de cette façon, l'atteinte à la liberté qui découle du par. 146(1) du *Code criminel* ne paraît pas indûment sévère, compte tenu des grands maux auxquels cette disposition vise à remédier.

Enfin, une personne déclarée coupable en vertu du par. 146(1) n'est passible d'aucune peine minimale obligatoire. Même si un accusé peut être déclaré coupable alors qu'il ne savait pas que la victime était âgée de moins de quatorze ans, on peut s'attendre à ce que sa peine traduise son absence de culpabilité. Même si ce n'est pas un facteur justificatif pour déterminer si la responsabilité absolue contrevient à l'art. 7, on ne saurait prétendre qu'il ne s'agit pas d'un facteur pertinent pour déterminer si l'aspect de la responsabilité absolue au par. 146(1) est sauvegardé par l'article premier de la *Charte*.

Même si elles n'écartent pas la responsabilité absolue imposée en vertu du par. 146(1), ces considérations indiquent que le paragraphe est peut-être plus facile à justifier en vertu de l'article premier de la *Charte* que certaines autres dispositions créant des infractions qui n'exigent pas de *mens rea*. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, l'infraction était complète même si le contrevenant ignorait que son permis avait été suspendu. Il n'y avait pas de motif de vérifier la validité du permis avant de conduire, comme il est vraisemblable que quelqu'un vérifie l'âge d'une personne de sexe féminin avec laquelle il se propose d'avoir des rapports sexuels. On peut soutenir qu'il est plus facile d'éviter de contrevenir au par. 146(1) en évitant d'avoir des rapports sexuels avec des filles dont on ne connaît pas l'âge de façon certaine qu'il l'est d'éviter la responsabilité prévue à la *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique en s'abstenant de conduire quand on n'a pas de raison de penser qu'on ne devrait pas conduire. Enfin, qui plus est, dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* et l'arrêt *Vaillancourt*, l'accusé était passible d'une peine minimale; une peine d'emprisonnement était assurée en cas de déclaration de culpabilité. Dans le cas du par. 146(1), il n'en est pas ainsi; si la cour est convaincue que

may be set free: see s. 663 (now s. 737) of the *Criminal Code*.

For these reasons, I am of the view that s. 146(1) can be distinguished from *Re B.C. Motor Vehicle Act* and *Vaillancourt* in the application of s. 1 of the *Charter*. The actual effect of the absence of *mens rea* in s. 146(1) is much less serious than it may be in other cases.

I need not reiterate the seriousness of the problems addressed by s. 146(1) of the *Criminal Code*, nor the arguments suggesting there is no alternative way of dealing with them as effectively as by a provision which leaves no defence based on ignorance of age of the victim. These considerations, coupled with the fact that the lack of *mens rea* in s. 146(1) is less intrusive of the accused's rights than is the case in other absolute liability offences, lead me to conclude that the intrusion on the accused's right not to be convicted in the absence of a guilty mind represented by s. 146(1) is reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society.

I am reinforced in this view by the fact that provisions similar to s. 146(1) are in force in many other free and democratic societies.

(b) Is the Breach of s. 15 Saved by s. 1 of the *Charter*?

In my opinion, the violation of s. 15 of the *Charter* represented by s. 146(1) of the *Criminal Code* is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society and thus saved under s. 1 of the *Charter*.

I need not expatiate further on the objective of s. 146(1); it is clearly capable of overriding other *Charter* rights, provided the means used are appropriate and proportionate. The rational link between the objective and the measure and impairment to a minimum degree are likewise established. The only question is whether the

l'accusé est vraiment moralement innocent, elle peut le libérer: voir l'art. 663 (devenu l'art. 737) du *Code criminel*.

^a Pour ces motifs, je suis d'avis que le cas du par. 146(1) peut se distinguer de ceux du *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* et de l'arrêt *Vaillancourt* relativement à l'application de l'article premier de la *Charte*. L'effet véritable de l'absence de *mens rea* au par. 146(1) est beaucoup moins grave qu'il peut l'être dans d'autres cas.

^b Je n'ai pas besoin d'insister sur la gravité des problèmes que le par. 146(1) du *Code criminel* cherche à enrayer, ni sur l'argument voulant qu'il n'y ait pas d'autre solution aussi efficace que celle d'écarter la possibilité d'invoquer le moyen de défense fondé sur l'ignorance de l'âge de la victime. Ces considérations, conjuguées au fait que l'absence de *mens rea* au par. 146(1) porte moins atteinte aux droits de l'accusé qu'elle ne le fait dans le cas d'autres infractions de responsabilité absolue, m'amènent à conclure que l'empiétement sur le droit d'un accusé de ne pas être déclaré coupable en l'absence d'intention coupable qui résulte du par. 146(1) est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

^c Mon point de vue est renforcé par le fait que des dispositions semblables au par. 146(1) sont en vigueur dans plusieurs autres sociétés libres et démocratiques.

^d La violation de l'art. 15 est-elle sauvegardée par l'article premier de la *Charte*?

^e À mon avis, la violation de l'art. 15 de la *Charte* qu'entraîne le par. 146(1) du *Code criminel* est raisonnable et sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, et cette disposition est donc sauvegardée par l'article premier de la *Charte*.

^f Je n'ai pas besoin de m'étendre plus longuement sur l'objectif du par. 146(1); il est manifestement susceptible d'écarter d'autres droits garantis par la *Charte*, pourvu que les moyens utilisés soient appropriés et proportionnés. Le lien rationnel entre l'objectif et la mesure de même que le caractère minimal de l'empiétement sont établis. La seule

infringement of s. 15 is justified, given the objectives of s. 146(1).

I am satisfied that the means represented by s. 146(1) are proportionate and justified when weighed against the seriousness of the infringement of the rights of equality of accused persons and victims under s. 15 of the *Charter*. The singling out of males as the only offenders is justified given the fact that only males can cause pregnancies, one of the chief evils addressed by s. 146(1). The protection of female children to the exclusion of male children may be justified on the same ground; only females are likely to become pregnant. On this ground, a majority of the Supreme Court of the United States had no difficulty in upholding a statutory rape law applying to females under eighteen which was challenged on equal protection grounds: *Michael M. v. Superior Court of Sonoma County*, *supra*. Moreover, while adult females may prey on males under the age of fourteen, the gravamen of the problem of intercourse with young juveniles involves intercourse by men with young girls. The argument that it is unjust to blame only the male for sexual activity of a female under fourteen is met by enforceability considerations. As pointed out in the *Sonoma County* case, at p. 473, if both parties were criminally liable, no one would ever come forward with a complaint, for fear of prosecution. Moreover, under the terms of the legislation (see former s. 147), the accused must be older than the complainant. In practice, he is usually considerably older. In these circumstances it is not irrational to attribute responsibility to him for the sexual intercourse having taken place. The law cannot be said to err in holding an older male responsible for the situation given that a child of thirteen or younger cannot be presumed to meaningfully consent to intercourse.

question qui reste à déterminer est de savoir si la violation de l'art. 15 est justifiée, compte tenu des objectifs du par. 146(1).

a

Je suis convaincue que le moyen que constitue le par. 146(1) est proportionné et justifié eu égard à la gravité de la violation des droits à l'égalité dont jouissent les accusés et les victimes en vertu de l'art. 15 de la *Charte*. La différenciation des personnes de sexe masculin comme seuls contrevenants se justifie par le fait que seules les personnes de sexe masculin peuvent causer des grossesses, qui sont l'un des maux principaux auxquels le par. 146(1) cherche à remédier. La protection des enfants de sexe féminin, à l'exclusion de ceux de sexe masculin, peut se justifier par le même motif: seules les personnes de sexe féminin peuvent devenir enceintes. Pour ce motif, la Cour suprême des États-Unis, à la majorité, n'a pas hésité à confirmer la validité d'une disposition de présomption légale de viol pour les personnes de sexe féminin de moins de dix-huit ans, laquelle disposition était contestée en vertu du principe d'égalité de protection de la loi: *Michael M. v. Superior Court of Sonoma County*, précité. De plus, même si des femmes adultes peuvent s'en prendre à des garçons de moins de quatorze ans, le fond du problème des rapports sexuels avec des adolescents tient aux rapports sexuels d'hommes avec des jeunes filles. Des considérations touchant l'application de la loi justifient le rejet de l'argument qu'il est injuste de ne blâmer que l'homme pour les activités sexuelles d'une jeune fille de moins de quatorze ans. Comme on le signale dans l'arrêt *Sonoma County*, à la p. 473, si les deux parties étaient criminellement responsables, personne ne porterait plainte par crainte d'être poursuivi. De plus, en vertu des dispositions de la loi, (voir l'ancien art. 147), l'accusé doit être plus âgé que la plaignante. En pratique, il est habituellement beaucoup plus âgé. Dans ces circonstances, il n'est pas illogique de lui imputer la responsabilité des rapports sexuels qui ont eu lieu. On ne peut soutenir que la loi a tort d'imputer à l'homme plus âgé la responsabilité d'un état de choses puisqu'on ne peut pas présumer qu'une enfant de treize ans ou moins a consenti valablement à avoir des rapports sexuels.

Conclusion

I conclude that s. 146(1) of the *Criminal Code*, while it violates ss. 7 and 15 of the *Charter*, is a reasonable measure demonstrably justified in a free and democratic society.

I would dismiss the appeals in both cases.

Appeals allowed, GONTHIER and McLachlin JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant Hess: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

Solicitors for the appellant Nguyen: Nozick, Sinder & Associates, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Gregory J. Fitch, Toronto; the Attorney General for the Province of Manitoba, Winnipeg.

Conclusion

J'arrive à la conclusion que, même s'il viole les art. 7 et 15 de la *Charte*, le par. 146(1) du *Code criminel* est une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Je suis d'avis de rejeter les deux pourvois.

Pourvois accueillis, les juges Gonthier et McLachlin sont dissidents.

Procureurs de l'appellant Hess: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

Procureurs de l'appellant Nguyen: Nozick, Sinder & Associates, Winnipeg.

Procureurs de l'intimée: Gregory J. Fitch, Toronto; le procureur général de la province du Manitoba, Winnipeg.

Carey Canada Inc., formerly known as Carey-Canadian Mines Ltd., National Gypsum Co., Atlas Turner Inc., Asbestos Corporation Limited, Bell Asbestos Mines Limited and Lac d'amiante du Québec Ltée, formerly known as Lake Asbestos Company Ltd. Appellants

v.

George Ernest Hunt Respondent

and

T & N, P.L.C. and Flintkote Mines Limited Respondents

and between

Flintkote Mines Limited, National Gypsum Co., Atlas Turner Inc., Asbestos Corporation Limited, Bell Asbestos Mines Limited and Lac d'amiante du Québec Ltée, formerly known as Lake Asbestos Company Ltd. Appellants

v.

George Ernest Hunt Respondent

and

T & N, P.L.C. and Carey Canada Inc., formerly known as Carey-Canadian Mines Ltd. Respondents

INDEXED AS: HUNT v. CAREY CANADA INC.

File Nos.: 21508, 21536.

1990: February 22; 1990: October 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Practice — Motion to strike — Action brought by person suffering from disease allegedly caused by exposure to asbestos fibres — Allegation of conspiracy to withhold information of potential health risks — Allegations of other nominate torts — Circumstances in which a statement of claim (or portions of it) could be struck out — Whether allegations based on the tort of

* Chief Justice at the time of judgment.

Carey Canada Inc., antérieurement Carey-Canadian Mines Ltd., National Gypsum Co., Atlas Turner Inc., Asbestos Corporation Limited, Bell Asbestos Mines Limited et Lac d'amiante du Québec Ltée, antérieurement Lake Asbestos Company Ltd. Appelantes

c.

George Ernest Hunt Intimé

et

T & N, P.L.C. et Flintkote Mines Limited Intimées

et entre

Flintkote Mines Limited, National Gypsum Co., Atlas Turner Inc., Asbestos Corporation Limited, Bell Asbestos Mines Limited et Lac d'amiante du Québec Ltée, antérieurement Lake Asbestos Company Ltd. Appelantes

e.

George Ernest Hunt Intimé

et

T & N, P.L.C. et Carey Canada Inc., antérieurement Carey-Canadian Mines Ltd. Intimées

RÉPERTORIÉ: HUNT c. CAREY CANADA INC.

g

N^{os} du greffe: 21508, 21536.

1990: 22 février; 1990: 4 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Pratique — Requête en radiation — Action intentée par une personne souffrant d'une maladie qui résulterait de l'exposition aux fibres d'amiante — Allégation de complot en vue de cacher des renseignements quant aux risques possibles pour la santé — Allégations d'autres délits énumérés — Circonstances dans lesquelles une déclaration (ou des parties de celle-ci) peut être

* Juge en chef à la date du jugement.

conspiracy should be struck out — Rules of Court [British Columbia], Rule 19(24).

Respondent Hunt, a retired electrician, brought an action alleging that he had contracted mesothelioma because of exposure to asbestos fibres over the course of his employment. The defendants had been involved in the mining of asbestos and the production and supply of a variety of asbestos products between 1940 and 1967. It was alleged that they knew from 1934 that asbestos fibres could cause disease in those exposed to the fibres. Atlas Turner, Babcock, Caposite, Holmes, Johns-Manville and T & N, P.L.C. were sued not only in negligence but also for their alleged conspiracy to withhold information about the dangers associated with asbestos which ultimately resulted in Mr. Hunt's contracting mesothelioma. Flintkote Mines Limited and T & N, P.L.C. were named as respondents to the appeal in the Court of Appeal by order of the British Columbia Court of Appeal.

Carey Canada Inc. successfully applied to have the action against it struck for want of a reasonable claim. (The action had been based solely on allegations of conspiracy.) The Court of Appeal allowed an appeal from that decision. The issues here dealt with the circumstances in which a statement of claim (or portions of it) could be struck out, and whether the allegations based on the tort of conspiracy should be struck out.

Held: The appeals should be dismissed.

The test to be applied is whether it is "plain and obvious" that the plaintiff's statement of claim discloses no reasonable claim. Only if the action is certain to fail because it contains a radical defect ranking with the others listed in Rule 19(24) should the relevant portions of a plaintiff's statement of claim be struck out under Rule 19(24)(a).

Here, it was not "plain and obvious" that the plaintiff's statement of claim failed to disclose a reasonable claim, given this Court's most recent pronouncement on the circumstances in which the law of torts will recognize such a claim of conspiracy. Nor was it plain and obvious that allowing this action to proceed would amount to an abuse of process. Whether or not there is good reason to extend the tort to the present context is for the trial judge to consider in light of the evidence.

radiée — Les allégations fondées sur le délit civil de complot devraient-elles être radiées? — Rules of Court [Colombie-Britannique], règle 19(24).

L'intimé Hunt, un électricien à la retraite, a intenté une action dans laquelle il allègue qu'il souffre de mésothéliome parce qu'il a été exposé aux fibres d'amianté au cours de son emploi. Les défenderesses ont exploité des mines d'amianté en vue de produire et de fournir une variété de produits d'amianté entre les années 1940 et 1967. Il est allégué qu'elles savaient depuis 1934 que les fibres d'amianté pouvaient causer des maladies chez ceux qui y étaient exposés. Atlas Turner, Babcock, Caposite, Holmes, Johns-Manville et T & N, P.L.C. sont non seulement poursuivies pour négligence, mais encore il est allégué qu'elles ont comploté en vue de cacher des renseignements quant aux dangers associés à l'amianté et que, par suite de ce complot, M. Hunt a souffert de mésothéliome. Par ordre de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, Flintkote Mines Limited et T & N, P.L.C. ont été ajoutées comme intimées dans l'appel en Cour d'appel.

Carey Canada Inc. a demandé avec succès que l'action intentée contre elle soit rejetée parce qu'elle ne révélait aucune demande raisonnable. (L'action n'était fondée que sur des allégations de complot.) La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté contre cette décision. En l'espèce, il s'agit de déterminer dans quelles circonstances une déclaration (ou des parties de celle-ci) peut être radiée et si les allégations fondées sur le délit civil de complot doivent être radiées.

Arrêt: Les pourvois sont rejetés.

Le critère à appliquer est de savoir s'il est «évident et manifeste» que la déclaration du demandeur ne révèle aucune demande raisonnable. Ce n'est que si l'action est vouée à l'échec parce qu'elle contient un vice fondamental qui se range parmi les autres énumérés à la règle 19(24) que les parties pertinentes de la déclaration du demandeur devraient être radiées en vertu de la règle 19(24)a.

En l'espèce, il n'est pas «évident et manifeste» que la déclaration du demandeur ne révèle pas une demande raisonnable, compte tenu de la plus récente décision de notre Cour sur les circonstances dans lesquelles le droit de la responsabilité civile reconnaîtra une telle demande fondée sur le complot. Il n'est pas non plus évident et manifeste qu'en permettant à cette action de suivre son cours, il y aurait recours abusif au tribunal. Il appartient au juge de première instance de décider, compte tenu de la preuve, s'il existe de bonnes raisons d'étendre le délit civil au présent contexte.

It is not for this Court on a motion to strike to reach a decision as to the plaintiff's chances of success. It is enough that the plaintiff has some chance of success. Whether or not a predominant purpose had been established and whether or not Quebec's *Business Concerns Records Act* limited the range of information that the defendants could produce at trial was not relevant to whether the plaintiff's statement of claim disclosed a reasonable claim. Striking out cannot be justified because a pleading reveals "an arguable, difficult or important point of law". On the contrary, it may well be critical that the action be allowed to proceed.

Alleging the tort of conspiracy is not precluded by the allegation of another tort. While it may be arguable that if one succeeds under a distinct nominate tort against an individual defendant, then an action in conspiracy should not be available against that defendant, it is far from clear that the mere fact that a plaintiff alleges that a defendant committed other torts is a bar to pleading the tort of conspiracy. Whether the plaintiff should be barred from recovery under the tort of conspiracy can only be determined when the question of whether it has established that the defendant did in fact commit the other alleged torts has been decided.

Cases Cited

Considered: *Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410; *Drummond-Jackson v. British Medical Association*, [1970] 1 All E.R. 1094; *Ross v. Scottish Union and National Insurance Co.* (1920), 47 O.L.R. 308; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Lonrho Ltd. v. Shell Petroleum Co. (No. 2)*, [1982] A.C. 173; *Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 452; **distinguished:** *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; **referred to:** *Metropolitan Bank, Ltd. v. Pooley*, [1881-85] All E.R. 949; *Republic of Peru v. Peruvian Guano Co.* (1887), 36 Ch. D. 489; *Hubbuck & Sons, Ltd. v. Wilkinson, Heywood & Clark, Ltd.*, [1899] 1 Q.B. 86; *Attorney-General of the Duchy of Lancaster v. London & North Western Railway Co.*, [1892] 3 Ch. 274; *Evans v. Barclays Bank and Galloway*, [1924] W.N. 97; *Kemsley v. Foot*, [1951] 1 T.L.R. 197; *Nagle v. Feilden*, [1966] 2 Q.B. 633; *Rex ex rel. Tolfree v. Clark*, [1943] O.R. 501; *Gilbert Surgical Supply Co. v. F. W. Horner Ltd.*, [1960] O.W.N. 289; *Minnes v. Minnes* (1962), 39 W.W.R. 112; *McNaughton and McNaughton v. Baker* (1988), 25 B.C.L.R. (2d) 17; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Dumont v. Canada (Attorney General)*, [1990] 1 S.C.R. 279; *Metall und*

Il n'appartient pas à notre Cour, suite à une requête en radiation, de rendre une décision quant aux chances de succès du demandeur. Il suffit que le demandeur ait quelque chance de succès. Les questions de savoir si un objet prédominant a été établi et si la *Loi sur les dossiers d'entreprises* du Québec restreint l'éventail des renseignements que les défenderesses peuvent produire à l'audience sont des questions qui n'ont rien à voir avec celle de savoir si la déclaration du demandeur révèle une demande raisonnable. La radiation ne saurait être justifiée parce qu'un acte de procédure révèle «une question de droit contestable, difficile ou importante». Au contraire, il peut fort bien être capital que l'action puisse suivre son cours.

L'allégation d'un délit civil de complot n'est pas interdite parce qu'on a allégué la perpétration d'un autre délit. Bien qu'il puisse être discutable que si une partie a gain de cause contre un défendeur en invoquant un délit civil spécifique distinct, une action fondée sur le complot ne devrait pas alors être recevable contre ce défendeur, il est loin d'être clair que le simple fait qu'un demandeur allègue qu'un défendeur a commis d'autres délits l'empêche d'invoquer le délit civil de complot. On peut déterminer si le demandeur devrait être privé du recours fondé sur le délit civil de complot seulement lorsque l'on a décidé s'il a établi que le défendeur a réellement commis les autres délits allégués.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410; *Drummond-Jackson v. British Medical Association*, [1970] 1 All E.R. 1094; *Ross v. Scottish Union and National Insurance Co.* (1920), 47 O.L.R. 308; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Lonrho Ltd. v. Shell Petroleum Co. (No. 2)*, [1982] A.C. 173; *Ciments Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 452; **distinction d'avec l'arrêt:** *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; **arrêts mentionnés:** *Metropolitan Bank, Ltd. v. Pooley*, [1881-85] All E.R. 949; *Republic of Peru v. Peruvian Guano Co.* (1887), 36 Ch. D. 489; *Hubbuck & Sons, Ltd. v. Wilkinson, Heywood & Clark, Ltd.*, [1899] 1 Q.B. 86; *Attorney-General of the Duchy of Lancaster v. London & North Western Railway Co.*, [1892] 3 Ch. 274; *Evans v. Barclays Bank and Galloway*, [1924] W.N. 97; *Kemsley v. Foot*, [1951] 1 T.L.R. 197; *Nagle v. Feilden*, [1966] 2 Q.B. 633; *Rex ex rel. Tolfree v. Clark*, [1943] O.R. 501; *Gilbert Surgical Supply Co. v. F. W. Horner Ltd.*, [1960] O.W.N. 289; *Minnes v. Minnes* (1962), 39 W.W.R. 112; *McNaughton and McNaughton v. Baker* (1988), 25 B.C.L.R. (2d) 17; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Dumont c. Canada (Procureur général)*, [1990] 1

Rohstoff A.G. v. Donaldson, Lufkin & Jenrette Inc., [1989] 3 W.L.R. 563; *Mogul Steamship Co. v. McGregor, Gow & Co.* (1889), 23 Q.B.D. 598.

Statutes and Regulations Cited

Business Concerns Records Act, R.S.Q. 1977, c. D-12.
Rules of Civil Procedure, O. Reg. 560/84, Rule 21.01.
Rules of Court [British Columbia], Rule 19(24).
Rules of the Supreme Court [England], R.S.C. 1883, O. 25, r. 4 [rep. & sub. R.S.C. (Revision) 1962, O. 18, r. 19].
Supreme Court of Judicature Act, 1873, (Eng.) 36 & 37 Vict., c. 66.

Authors Cited

Baker, John Hamilton. *An Introduction to English Legal History*, 2nd ed. London: Butterworths, 1979.
 Burns, Peter. "Civil Conspiracy: An Unwieldy Vessel Rides a Judicial Tempest" (1982), 16 *U.B.C. L. Rev.* 229.
 Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, vol. 2. Toronto: Carswells, 1990.
Halsbury's Laws of England, vol. 36, 4th ed. London: Butterworths, 1981.
 McLachlin, Beverly M. and James P. Taylor. *British Columbia Practice*, vol. 1, 2nd ed. Vancouver: Butterworths, 1979.
 Milsom, S. F. C. *Historical Foundations of the Common Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1981.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal reversing the judgment of Hollinrake J. dismissing the action against Carey Canada Inc. on the basis that it disclosed no reasonable claim. Appeals dismissed.

Jack Giles, Q.C., and *Robert McDonell*, for Carey Canada Inc.

D. M. M. Goldie, Q.C., for Lac d'amiante du Québec Ltée.

Marvyn Koenigsberg, for National Gypsum Co.

David Martin and *Michael P. Maryn*, for Atlas Turner Inc., Asbestos Corporation Limited and Bell Asbestos Mines Limited.

James A. Macaulay, Q.C., and *K. N. Affleck*, for T & N, P.L.C.

R.C.S. 279; *Metall und Rohstoff A.G. v. Donaldson, Lufkin & Jenrette Inc.*, [1989] 3 W.L.R. 563; *Mogul Steamship Co. v. McGregor, Gow & Co.* (1889), 23 Q.B.D. 598.

^a Lois et règlements cités

Loi sur les dossiers d'entreprises, L.R.Q. 1977, ch. D-12.
Règles de procédure civile, Règl. de l'Ont. 560/84, règle 21.01.
^b *Rules of Court* [Colombie-Britannique], règle 19(24).
Rules of the Supreme Court [Angleterre], R.S.C. 1883, ord. 25, règle 4 [abr. & rempl. R.S.C. (Révision) 1962, ord. 18, règle 19].
^c *Supreme Court of Judicature Act, 1873*, (Angl.) 36 & 37 Vict., ch. 66.

Doctrine citée

Baker, John Hamilton. *An Introduction to English Legal History*, 2nd ed. London: Butterworths, 1979.
^d Burns, Peter. «Civil Conspiracy: An Unwieldy Vessel Rides a Judicial Tempest» (1982), 16 *U.B.C. L. Rev.* 229.
 Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, vol. 2. Toronto: Carswells, 1990.
^e *Halsbury's Laws of England*, vol. 36, 4th ed., London: Butterworths, 1981.
 McLachlin, Beverly M. and James P. Taylor. *British Columbia Practice*, vol. 1, 2nd ed. Vancouver: Butterworths, 1979.
^f Milsom, S. F. C. *Historical Foundations of the Common Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1981.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a infirmé un jugement du juge Hollinrake qui avait rejeté l'action contre Carey Canada Inc. parce qu'elle ne révélait aucune demande raisonnable. Pourvois rejetés.

Jack Giles, c.r., et *Robert McDonell*, pour Carey Canada Inc.

D. M. M. Goldie, c.r., pour Lac d'amiante du Québec Ltée.

Marvyn Koenigsberg, pour National Gypsum Co.

David Martin et *Michael P. Maryn*, pour Atlas Turner Inc., Asbestos Corporation Limited et Bell Asbestos Mines Limited.

^j *James A. Macaulay, c.r.*, et *K. N. Affleck*, pour T & N, P.L.C.

Robert Ward and S. E. Fraser, for Flintkote Mines Limited.

J. J. Camp, Q.C., and P. G. Foy, for George Ernest Hunt.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—The issue raised in these appeals is whether it is open to the respondent to proceed with an action against the appellants for the tort of conspiracy. In particular, the appeals raise the question whether those portions of the respondent [Hunt's] statement of claim in which he alleges that the appellants conspired to withhold information concerning the effects of asbestos fibres disclose a reasonable claim within the meaning of Rule 19(24)(a) of the British Columbia *Rules of Court*.

1. The Facts

The respondent, George Hunt, is a retired electrician who alleges that he was exposed to asbestos fibres over the course of his employment. Mr. Hunt has brought an action against Atlas Turner Inc., Asbestos Corporation Limited, The Asbestos Institute, Babcock & Wilcox Industries Ltd., Bell Asbestos Mines Limited, Caposite Insulations Ltd., Carey Canada Inc., Flintkote Mines Limited, Holmes Insulations Ltd., Johns-Manville Amiante Canada Inc., Lac d'amiante du Québec Ltée, National Asbestos Mines Limited, The Quebec Asbestos Mining Association and T & N, P.L.C. ("the defendants").

Mr. Hunt alleges that the defendants were involved in the mining of asbestos and the production and supply of a variety of asbestos products between 1940 and 1967. He alleges that after 1934 the defendants knew that asbestos fibres could cause disease in those exposed to the fibres. In addition to suing Atlas Turner, Babcock, Caposite, Holmes, Johns-Manville and T & N in negligence, Mr. Hunt alleges that all of the defendants conspired to withhold information about the dangers associated with asbestos and that as a result of that conspiracy he contracted mesothelioma.

Robert Ward et S. E. Fraser, pour Flintkote Mines Limited.

J. J. Camp, c.r., et P. G. Foy, pour George Ernest Hunt.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WILSON—La question que soulèvent ces pourvois est de savoir si l'intimé peut intenter contre les appelantes une action pour délit civil de complot. Les pourvois soulèvent plus particulièrement la question de savoir si les parties de la déclaration de l'intimé [Hunt] dans lesquelles il allègue que les appelantes ont comploté en vue de cacher des renseignements concernant les effets des fibres d'amiante font état d'une demande raisonnable au sens de la règle 19(24)a) des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique.

1. Les faits

L'intimé, George Hunt, est un électricien à la retraite qui prétend avoir été exposé aux fibres d'amiante au cours de son emploi. M. Hunt a intenté une action contre Atlas Turner Inc., Asbestos Corporation Limited, The Asbestos Institute, Babcock & Wilcox Industries Ltd., Bell Asbestos Mines Limited, Caposite Insulations Ltd., Carey Canada Inc., Flintkote Mines Limited, Holmes Insulations Ltd., Johns-Manville Amiante Canada Inc., Lac d'amiante du Québec Ltée, National Asbestos Mines Limited, The Quebec Asbestos Mining Association et T & N, P.L.C. («les défenderesses»).

Monsieur Hunt allègue que les défenderesses exploitaient des mines d'amiante en vue de produire et de fournir une variété de produits d'amiante entre les années 1940 et 1967. Il allègue qu'après 1934 les défenderesses savaient que les fibres d'amiante pouvaient causer des maladies chez ceux qui y étaient exposés. En plus de poursuivre Atlas Turner, Babcock, Caposite, Holmes, Johns-Manville et T & N pour négligence, M. Hunt allègue que toutes les défenderesses ont comploté en vue de cacher des renseignements quant aux dangers associés à l'amiante et que, par suite de ce complot, il a souffert de mésothéliome.

The relevant portions of Mr. Hunt's statement of claim read as follows:

16. At various times, the particulars of which are well known to the defendants, including the period between 1940 and 1967, the defendants mined and processed asbestos and designed, manufactured, packaged, advertised, promoted, distributed and sold a variety of products containing asbestos fibres (the "Products"), the particulars of which are also well known to the defendants.

17. After about 1934 the defendants knew or ought to have known that the asbestos fibres contained in the Products could cause diseases, including cancer and asbestosis, in those who worked with or were otherwise exposed to those fibres.

18. After about 1934, some or all of the defendants conspired with each other with the predominant purpose of injuring the plaintiff [*sic*] and others who would be exposed to the asbestos fibres in the Products, by preventing this knowledge becoming public knowledge and, in particular, by preventing it reaching the plaintiff and others who would be exposed to the asbestos fibres in the Products.

19. Alternatively, after about 1934, some or all of the defendants conspired with each other to prevent by unlawful means this knowledge becoming public knowledge and, in particular, to prevent it reaching the plaintiff and others who would be exposed to the asbestos fibres in the Products, in circumstances where the defendants knew or ought to have known that injury to the plaintiff and others who would be exposed to the asbestos fibres in the Products would result from the defendants' acts.

20. The defendants' acts in furtherance of the conspiracy referred to in paragraphs 18 and 19 include:

- (a) fraudulently, deceitfully or negligently suppressing, distorting and misrepresenting the results of medical and scientific research on the disease-causing effects of asbestos;
- (b) fraudulently, deceitfully or negligently misrepresenting the disease-causing effects of asbestos by disseminating incorrect, incomplete, outdated, misleading and distorted information about those effects;
- (c) fraudulently, deceitfully or negligently attempting to discredit doctors and scientists who claimed that asbestos caused disease;

Les parties pertinentes de la déclaration de M. Hunt se lisent ainsi:

[TRADUCTION] 16. À diverses époques dont les détails sont bien connus des défenderesses, y compris pendant la période comprise entre 1940 et 1967, les défenderesses ont procédé à l'extraction et à la transformation de l'amiante et ont conçu, fabriqué, emballé, annoncé, promu, distribué et vendu une variété de produits contenant des fibres d'amiante (les «produits»), dont les détails sont également bien connus des défenderesses.

17. Après 1934 environ, les défenderesses savaient ou auraient dû savoir que les fibres d'amiante contenues dans les produits pouvaient causer des maladies, y compris le cancer et l'amiantose chez les travailleurs ou ceux qui étaient par ailleurs exposés à ces fibres.

18. Après 1934 environ, les défenderesses ou certaines d'entre elles ont comploté ensemble dans le but prédominant de nuire au demandeur et aux autres personnes susceptibles d'être exposées aux fibres d'amiante contenues dans les produits, en empêchant la diffusion de ces renseignements dans le public et, en particulier, auprès du demandeur et des autres personnes susceptibles d'être exposées aux fibres d'amiante contenues dans les produits.

19. Subsidiairement, après 1934 environ, les défenderesses ou certaines d'entre elles ont comploté ensemble pour empêcher, par des moyens illégaux, la diffusion de ces renseignements dans le public et, en particulier, auprès du demandeur et des autres personnes susceptibles d'être exposées aux fibres d'amiante contenues dans les produits, dans des circonstances où les défenderesses savaient ou auraient dû savoir que le préjudice causé au demandeur et aux autres personnes qui seraient exposées aux fibres d'amiante contenues dans les produits découlerait de la conduite des défenderesses.

20. La conduite des défenderesses dans le cadre du complot mentionné aux paragraphes 18 et 19 comprend les actions suivantes:

- a) avoir frauduleusement, par supercherie ou négligemment supprimé, déformé et présenté de façon inexacte les résultats des recherches médicales et scientifiques sur les effets nocifs de l'amiante sur la santé;
- b) avoir frauduleusement, par supercherie ou négligemment présenté de façon inexacte les effets nocifs de l'amiante sur la santé en diffusant des renseignements inexacts, incomplets, périmés, erronés et déformés quant à ces effets;
- c) avoir frauduleusement, par supercherie ou négligemment tenté de nuire à la réputation des médecins et des scientifiques qui prétendaient que l'amiante était à l'origine de maladies;

- (d) fraudulently, deceitfully or negligently marketing and promoting the Products without any or adequate warning of the dangers they posed to those exposed to them; and
- (e) fraudulently, deceitfully or negligently attempting to influence to their benefit government regulation of the use of asbestos and the Products.

Carey Canada Inc. brought an application before the Supreme Court of British Columbia under Rule 19(24)(a) of the British Columbia *Rules of Court* seeking to have the action against it, which was based solely on the allegations of conspiracy, dismissed on the basis that it disclosed no reasonable claim. Rule 19(24) provides:

19(24) At any stage of a proceeding the court may order to be struck out or amended the whole or any part of an endorsement, pleading, petition or other document on the ground that

- (a) it discloses no reasonable claim or defence as the case may be, or
- (b) it is unnecessary, scandalous, frivolous, or vexatious, or
- (c) it may prejudice, embarrass or delay the fair trial or hearing of the proceeding, or
- (d) it is otherwise an abuse of the process of the court,

and may grant judgment or order the proceeding to be stayed or dismissed and may order the costs of the application to be paid as between solicitor and client.

2. The Courts Below

(a) *Supreme Court of British Columbia*

Hollinrake J. accepted Carey Canada's submission that the only damage that could be the subject of a conspiracy action was "direct damage". Although counsels' memorandum summarizing Hollinrake J.'s oral reasons for judgment does not explain precisely what he understood the term "direct damage" to mean, it would appear that he meant damage suffered by a plaintiff that flows directly from acts aimed specifically at that plaintiff. Hollinrake J. stated:

- d) avoir frauduleusement, par supercherie ou négligemment mis en marché et promu les produits sans avoir avisé ou suffisamment avisé ceux qui y étaient exposés des dangers qu'ils comportaient;
- e) avoir frauduleusement, par supercherie ou négligemment tenté d'influencer à leur avantage la réglementation gouvernementale de l'usage de l'amiante et des produits.

Carey Canada Inc. a présenté une requête devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique en vertu de la règle 19(24)a) des *Rules of Court* de cette province pour que l'action intentée contre elle, qui était fondée seulement sur des allégations de complot, soit rejetée parce qu'elle ne révélait aucune demande raisonnable. La règle 19(24) prévoit:

[TRADUCTION] 19(24) À toute étape d'une procédure, la cour peut ordonner que soient radiés ou modifiés en totalité ou en partie une inscription, un acte de procédure, une requête ou autre document pour le motif

- a) qu'ils ne révèlent aucune demande ou défense raisonnable, selon le cas,
- b) qu'ils sont inutiles, scandaleux, frivoles ou vexatoires,
- c) qu'ils peuvent nuire à l'instruction équitable de la procédure, ou encore la gêner ou la retarder, ou
- d) qu'ils constituent par ailleurs un recours abusif au tribunal,

et elle peut rendre jugement ou ordonner que la procédure soit suspendue ou rejetée et peut ordonner que les dépens de la requête soient payés sur la base de procureur à client.

g 2. Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

a) *La Cour suprême de la Colombie-Britannique*

Le juge Hollinrake a retenu la prétention de Carey Canada que le seul préjudice qui pouvait faire l'objet d'une action pour complot était un [TRADUCTION] «dommage direct». Bien que, dans le mémoire des avocats, le résumé des motifs prononcés oralement par le juge Hollinrake n'explique pas précisément ce que celui-ci entendait par l'expression «dommage direct», il semblerait qu'il ait voulu parler du préjudice subi par le demandeur, qui découle directement des actes qui le visaient précisément. Le juge Hollinrake affirme:

Dealing with the issue of direct or indirect damage, in the first kind of conspiracy Estey, J. refers to the "predominant purpose" of the defendants' conduct [see: *Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 452, at p. 471]. I think this does import direct damage. The second type of conspiracy refers to conduct "directed towards the plaintiff". I think this imports direct damage. I think these conclusions are justified by what happened in *Canada Cement LaFarge Ltd.*

Hollinrake J. therefore allowed the motion and dismissed the action against Carey Canada as disclosing no reasonable claim.

(b) *British Columbia Court of Appeal*

By order of the British Columbia Court of Appeal (dated March 30, 1989), Flintkote Mines Limited and T & N, P.L.C. were named as respondents to the appeal in the Court of Appeal.

Anderson J.A. (Macfarlane and Esson J.J.A. concurring) allowed the appeal and set aside Hollinrake J.'s order. Anderson J.A. explained his reasons:

- (1) The cases relied upon by counsel for the respondent Carey Canada Inc. and the learned trial judge to the effect that there is no such tort as a conspiracy to injure by unlawful means where the damage is indirect, all relate to the area of competition in the marketplace and to labour-management disputes. They may not be applicable to the very different circumstances alleged in this case and to very different social considerations.
- (2) The arguments as to law and fact are intricate and complex and should be dealt with at trial after all the evidence is adduced. At this stage of the proceedings it is impossible to reach the conclusion that there is no cause of action in fact or law. (See *Minnes v. Minnes* (1962), 39 W.W.R. 112 at 122).

Esson J.A. (Anderson and Macfarlane J.J.A. agreeing) gave additional reasons stressing that the "language of predominant purpose and direct damage" in *Canada Cement LaFarge Ltd.* had arisen in cases that involved competition and pure economic loss. In Mr. Hunt's case, however, the context was very different. Mr. Hunt had suffered

Quant à la question du dommage direct ou indirect, dans le premier type de complot, le juge Estey parle de ce que «vise principalement» la conduite des défendeurs [voir: *Ciments Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 452, à la p. 471]. Je pense que cela signifie un dommage direct. Le deuxième type de complot parle d'une conduite «dirigée contre le demandeur». Je pense que cela signifie un dommage direct. Je pense que ces conclusions sont justifiées par ce qui s'est produit dans l'arrêt *Ciments Canada LaFarge Ltée.*

Le juge Hollinrake a donc accueilli la requête et rejeté l'action contre Carey Canada parce qu'elle ne révélait aucune demande raisonnable.

b) *La Cour d'appel de la Colombie-Britannique*

Par ordre de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (en date du 30 mars 1989), Flintkote Mines Limited et T & N, P.L.C. ont été ajoutées comme intimées dans l'appel en Cour d'appel.

Le juge Anderson (les juges Macfarlane et Esson souscrivant à ses motifs) a accueilli l'appel et annulé l'ordonnance du juge Hollinrake. Le juge Anderson justifie ses raisons de la façon suivante:

[TRADUCTION]

- (1) La jurisprudence invoquée par l'avocat de l'intimée Carey Canada Inc. et par le juge de première instance selon laquelle il n'existe aucun délit civil tel le complot de nuire par des moyens illégaux lorsque le dommage est indirect, se rapporte au domaine de la concurrence sur le marché et aux différends en matière de travail. Elle peut ne pas s'appliquer aux circonstances très différentes invoquées en l'espèce et aux considérations sociales très différentes.
- (2) Les arguments relatifs au droit et aux faits sont complexes et devraient être évalués au procès après la présentation de toute la preuve. À ce stade de la procédure, il est impossible de conclure qu'il n'y a aucune cause d'action en fait ou en droit (voir l'arrêt *Minnes v. Minnes* (1962), 39 W.W.R. 112, à la p. 122).

Le juge Esson (les juges Anderson et Macfarlane partageant son avis) a donné d'autres raisons soulignant que les [TRADUCTION] «expressions de l'objet prédominant et du dommage direct» dans l'arrêt *Ciments Canada LaFarge Ltée* s'étaient présentées dans des décisions en matière de concurrence et de perte purement économique. Cepen-

personal injury and claimed that by conspiring to suppress information the defendants had created a foreseeable risk of causing him the harm which he in fact suffered. It was not possible at this stage in the proceedings to determine that the damage was not sufficiently direct to be able to support an action rooted in the tort of conspiracy. Esson J.A. specifically declined to embark upon a detailed consideration of the law of conspiracy, noting:

It has not generally been part of our tradition and, given the complexity and novelty of some of the issues raised in this case, it would I think be particularly undesirable to render a such decisions [*sic*], as it were, in a vacuum. For those reasons, as well as the reasons given by Mr. Justice Anderson, I agree in allowing the appeal.

3. The Issues

The issues that arise in this appeal are:

1. In what circumstances may a statement of claim (or portions of it) be struck out?
2. Should Mr. Hunt's allegations based on the tort of conspiracy be struck out?

4. Analysis

(1) *In What Circumstances May a Statement of Claim be Struck Out?*

Carey Canada's motion to have the action dismissed was made pursuant to Rule 19(24)(a) of the British Columbia *Rules of Court*. This rule stipulates that a court may strike out any part of a statement of claim that "discloses no reasonable claim". The rules of practice with respect to striking out a statement of claim are similar in other provinces. In Ontario, for example, Rule 21.01 of the *Rules of Civil Procedure*, O. Reg. 560/84, states:

21.01 (1) A party may move before a judge,

dant, dans le cas de M. Hunt, le contexte était très différent. Monsieur Hunt avait subi un préjudice personnel et prétendait que le complot des défenderesses pour supprimer des renseignements avait créé un risque prévisible de causer le préjudice dont il avait réellement souffert. Il était impossible à cette étape de la procédure de déterminer que le dommage n'était pas suffisamment direct pour justifier une action fondée sur le délit civil de complot. Le juge Esson a explicitement refusé de s'engager dans un examen détaillé du droit relatif au complot, soulignant:

[TRADUCTION] Il ne fait généralement pas partie de notre tradition et, compte tenu de la complexité et de la nouveauté de certaines des questions soulevées en l'espèce, j'estime qu'il ne serait particulièrement pas souhaitable de rendre une telle décision en l'absence de contexte. Pour ces motifs, ainsi que pour ceux qu'a exposés le juge Anderson, je suis d'avis d'accueillir l'appel.

3. Les questions

Les questions que soulève ce pourvoi sont les suivantes:

1. Dans quelles circonstances une déclaration (ou des parties de celle-ci) peut-elle être radiée?
2. Les allégations de M. Hunt fondées sur le délit civil de complot devraient-elles être radiées?

4. L'analyse

(1) *Dans quelles circonstances une déclaration peut-elle être radiée?*

La requête de Carey Canada visant à obtenir le rejet de l'action a été présentée conformément à la règle 19(24)a) des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique. Cette règle prévoit qu'un tribunal peut radier en totalité ou en partie une déclaration qui ne [TRADUCTION] «révèle [...] aucune demande [...] raisonnable». Les règles de pratique en matière de radiation des déclarations sont semblables dans les autres provinces. Par exemple, en Ontario, la règle 21.01 des *Règles de procédure civile*, Règl. de l'Ont. 560/84, prévoit:

21.01 (1) Une partie peut demander à un juge, par voie de motion:

(a) for the determination, before trial, of a question of law raised by a pleading in an action where the determination of the question may dispose of all or part of the action, substantially shorten the trial or result in a substantial saving of costs; or

(b) to strike out a pleading on the ground that it discloses no reasonable cause of action or defence,

and the judge may make an order or grant judgment accordingly.

(2) No evidence is admissible on a motion,

(a) under clause (1)(a), except with leave of a judge or on consent of the parties;

(b) under clause (1)(b). [Emphasis added.]

Rule 19(24) of the British Columbia *Rules of Court* and analogous provisions in other provinces are the result of a “codification” of the court’s power under its inherent jurisdiction to stay actions that are an abuse of process or that disclose no reasonable cause of action: see McLachlin and Taylor, *British Columbia Practice* (2nd ed. 1979), vol. 1, p. 19-71. This process of codification first took place in England shortly after the *Supreme Court of Judicature Act, 1873*, (Eng.) 36 & 37 Vict., c. 66, was enacted. It is therefore of some interest to review the interpretation the courts in England have given to their rules relating to the striking out of a statement of claim.

(a) England:

In *Metropolitan Bank, Ltd. v. Pooley*, [1881-85] All E.R. 949 (H.L.), the Lord Chancellor explained at p. 951 that before the *Supreme Court of Judicature Act, 1873*, courts were prepared to stay a “manifestly vexatious suit which was plainly an abuse of the authority of the court” even although there was no written rule stating that courts could do so. The Lord Chancellor noted, at p. 951, that “The power seemed to be inherent in the jurisdiction of every court of justice to protect itself from the abuse of its procedure”. That is, it was open to courts to ensure that their process was

a) soit, qu’une question de droit soulevée par un acte de procédure dans une action soit décidée avant l’instruction, si la décision de la question est susceptible de régler la totalité ou une partie de l’action, d’abrégier considérablement l’instruction ou de réduire considérablement les dépens;

b) soit, qu’un acte de procédure soit radié parce qu’il ne révèle aucune cause d’action ou de défense fondée.

b Le juge peut rendre une ordonnance ou un jugement en conséquence.

(2) Aucune preuve n’est admissible à l’appui d’une motion:

a) présentée en application de l’alinéa (1)a), sans l’autorisation d’un juge ou le consentement des parties;

b) présentée en application de l’alinéa (1)b). [Je souligne.]

d La règle 19(24) des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique et les dispositions semblables des autres provinces résultent d’une [TRADUCTION] «codification» du pouvoir d’un tribunal en vertu de sa compétence inhérente de suspendre des actions qui constituent un abus de procédure ou qui ne révèlent aucune cause d’action raisonnable: voir McLachlin et Taylor, *British Columbia Practice* (2^e éd. 1979), vol. 1, p. 19-71. Ce processus de codification a d’abord eu lieu en Angleterre peu de temps après l’adoption de la *Supreme Court of Judicature Act, 1873*, (Angl.) 36 & 37 Vict., ch. 66. Il peut donc être intéressant d’examiner l’interprétation que les tribunaux d’Angleterre ont donnée à leurs règles en matière de radiation d’une déclaration.

a) L’Angleterre:

h Dans l’arrêt *Metropolitan Bank, Ltd. v. Pooley*, [1881-85] All E.R. 949 (H.L.), à la p. 951, le lord chancelier a expliqué qu’avant l’adoption de la *Supreme Court of Judicature Act, 1873*, les tribunaux étaient prêts à suspendre une [TRADUCTION] «poursuite manifestement vexatoire qui constituait clairement un recours abusif au tribunal» même s’il n’existait aucune règle écrite permettant aux tribunaux d’agir ainsi. Le lord chancelier a souligné, à la p. 951, que [TRADUCTION] «Ce pouvoir semblait inhérent à la compétence qu’a chaque cour de justice pour se protéger elle-même contre

not used simply to harass parties through the initiation of actions that were obviously without merit.

Before the advent of the *Supreme Court of Judicature Act, 1873* and the new *Rules of the Supreme Court* (enacted in 1883) it had been open to parties to use a “demurrer” to challenge a statement of claim. That is, it had been open to a defendant to admit all the facts that the plaintiff’s pleadings alleged and to assert that these facts were not sufficient in law to sustain the plaintiff’s case. When a demurrer was pleaded the question of law that was thereby raised was immediately set down for argument and decision: see *Halsbury’s Laws of England* (4th ed. 1981), vol. 36, para. 2, n. 7 and para. 35, n. 5; Milsom, *Historical Foundations of the Common Law* (2nd ed. 1981), at p. 72; and Baker, *An Introduction to English Legal History* (2nd ed. 1979), at p. 69. But a formal and technical practice eventually grew up around demurrer and judges were notoriously reluctant to provide definitive answers to the points of law that were thereby raised. As the Lord Chancellor explained in *Pooley*, it was eventually thought best to replace demurrers with an easier summary process for getting rid of an action that was on its face manifestly groundless. It was with this objective in mind that O. 25, r. 4 of the 1883 *Rules of the Supreme Court* came into force:

4. The court or a judge may order any pleading to be struck out, on the ground that it discloses no reasonable cause of action or answer, and in any such case or in case of the action or defence being shown by the pleadings to be frivolous or vexatious, the court or a judge may order the action to be stayed or dismissed, or judgment to be entered accordingly, as may be just.

Commenting on the relative merits of demurrers and the new rule, Chitty J. observed in *Republic of Peru v. Peruvian Guano Co.* (1887), 36 Ch. D. 489, at p. 496:

le recours abusif à ses procédures». Ce qui veut dire que les tribunaux pouvaient veiller à ce qu’on ne recoure pas à leurs procédures simplement pour harceler les parties en intentant des actions qui a étaient manifestement non fondées.

Avant l’adoption de la *Supreme Court of Judicature Act, 1873*, et des nouvelles *Rules of the Supreme Court* (adoptées en 1883), les parties b pouvaient faire valoir un [TRADUCTION] «moyen d’irrecevabilité» («demurrers») pour contester une déclaration. Ce qui veut dire qu’un défendeur pouvait reconnaître tous les faits invoqués dans les actes de procédure du demandeur et affirmer que c ces faits ne suffisaient pas en droit pour justifier l’action du demandeur. Lorsqu’un moyen d’irrecevabilité était invoqué, la question de droit ainsi soulevée faisait immédiatement l’objet d’un débat d et d’une décision: voir *Halsbury’s Laws of England* (4^e éd. 1981), vol. 36, par. 2, n. 7 et par. 35, n. 5, Milsom, *Historical Foundations of the Common Law* (2^e éd. 1981), à la p. 72, et Baker, *An Introduction to English Legal History* (2^e éd. 1979), à la p. 69. Mais le moyen d’irrecevabilité a éventuellement fait l’objet d’une pratique formelle et technique et il était notoire que les juges hésitaient à apporter des réponses définitives aux questions de droit qui étaient ainsi soulevées. Comme le f lord chancelier l’explique dans l’arrêt *Pooley*, on en est finalement venu à croire qu’il était préférable de remplacer les moyens d’irrecevabilité par une procédure sommaire plus simple pour écarter les actions qui, à première vue, étaient manifestement non fondées. C’est avec cet objectif à l’esprit g qu’on a adopté la règle 4 de l’ordonnance 25 des *Rules of the Supreme Court* de 1883:

[TRADUCTION] 4. La cour ou le juge peut ordonner la radiation de tout acte de procédure pour le motif qu’il ne révèle aucune cause d’action ou défense raisonnable et, dans un tel cas ou lorsque l’acte de procédure révèle que la cause d’action ou la défense est frivole ou vexatoire, la cour ou le juge peut ordonner que l’action soit suspendue i ou rejetée ou qu’un jugement soit rendu en conséquence, selon ce qui peut se révéler juste de faire.

Le juge Chitty, dans ses remarques sur les mérites relatifs des moyens d’irrecevabilité et de la nouvelle règle, a souligné dans l’arrêt *Republic of Peru v. Peruvian Guano Co.* (1887), 36 Ch. D. 489, à la p. 496:

Having regard to the terms of rule 4, and to the decisions on it, I think that this rule is more favourable to the pleading objected to than the old procedure by demurrer. Under the new rule the pleading will not be struck out unless it is demurrable and something worse than demurrable. If, notwithstanding defects in the pleading, which would have been fatal on a demurrer, the Court sees that a substantial case is presented the Court should, I think, decline to strike out that pleading; but when the pleading discloses a case which the Court is satisfied will not succeed, then it should strike it out and put a summary end to the litigation.

One of the most important points advanced in the early decisions dealing with O. 25, r. 4 was the proposition that the rule was derived from the courts' power to ensure both that they remained a forum in which genuine legal issues were addressed and that they did not become a vehicle for "vexatious" actions without legal merit designed solely to harass another party. In *Pooley*, *supra*, at p. 954, Lord Blackburn asserted that the new rule "considerably extends the power of the court to act in such a manner as I have stated, and enables it to stay an action on further grounds than those on which it could have been stayed at common law." Nonetheless, as Chitty J. subsequently observed in *Peruvian Guano Co.*, the rule was not intended to prevent a "substantial case" from coming forward. Its summary procedures were only to be used where it was apparent that allowing the case to go forward would amount to an abuse of the court's process.

In one of the better-known decisions concerning the circumstances in which resort should be had to the rule Lindley M.R. stated:

The second and more summary procedure is only appropriate to cases which are plain and obvious, so that any master or judge can say at once that the statement of claim as it stands is insufficient, even if proved, to entitle the plaintiff to what he asks. The use of the expression "reasonable cause of action" in rule 4 shews that the summary procedure there introduced is only intended to

[TRADUCTION] Compte tenu de la formulation de la règle 4 et des décisions rendues en vertu de celle-ci, j'estime que cette règle est plus favorable quant à l'acte de procédure auquel on s'oppose que l'ancienne procédure du moyen d'irrecevabilité (*demurrer*). En vertu de la nouvelle règle, l'acte de procédure ne sera pas radié à moins de pouvoir faire l'objet d'un moyen d'irrecevabilité ou pis encore. Si, malgré des vices à l'acte de procédure qui auraient été fatals en vertu de la procédure d'irrecevabilité, la cour croit que des questions de fond lui sont présentées, j'estime qu'elle devrait refuser de radier cet acte de procédure; mais lorsque l'acte de procédure révèle une cause d'action à l'égard de laquelle la cour est convaincue qu'elle n'a aucune chance de succès, elle devrait alors le radier et mettre sommairement fin au litige.

L'un des arguments les plus importants à avoir été invoqué dans les premières décisions portant sur la règle 4 de l'ordonnance 25 était que la règle découlait du pouvoir des cours de justice de veiller à ce qu'elles demeurent une tribune où de véritables questions de droit sont abordées et qu'on ne s'en serve pas pour présenter des actions «vexatoires» dépourvues de fondement juridique et destinées seulement à harceler une autre partie. Dans l'arrêt *Pooley*, précité, à la p. 954, lord Blackburn a affirmé que la nouvelle règle [TRADUCTION] «étend considérablement le pouvoir du tribunal d'intervenir de la manière que j'ai décrite, et lui permet de suspendre une action pour d'autres motifs que ceux pour lesquels elle aurait pu être suspendue en common law.» Néanmoins, comme l'a souligné ultérieurement le juge Chitty dans l'arrêt *Peruvian Guano Co.*, la règle n'avait pas pour but d'empêcher que des [TRADUCTION] «questions de fond» soient présentées. Ses procédures sommaires ne devaient être utilisées que s'il était manifeste que permettre la poursuite de l'instance constituerait un recours abusif au tribunal.

Dans une des décisions les plus connues au sujet des circonstances dans lesquelles il faut recourir à la règle, le maître des rôles Lindley a affirmé:

[TRADUCTION] La seconde procédure plus sommaire n'est appropriée que dans les cas évidents et manifestes, de sorte que tout maître ou juge puisse immédiatement affirmer que la déclaration, telle qu'elle se présente, est insuffisante même si on en fait la preuve pour accorder gain de cause au demandeur. L'emploi de l'expression «cause d'action [...] raisonnable» à la règle 4 indique

be had recourse to in plain and obvious cases. [Emphasis added.]

[See: *Hubbuck & Sons, Ltd. v. Wilkinson, Heywood & Clark, Ltd.*, [1899] 1 Q.B. 86 (C.A.), at p. 91.]

Lindley M.R.'s observations made clear that even if the rule expanded the court's power to stay actions, courts were to use the rule only in those exceptional instances where it was "plain and obvious" that, even if one accepted the version of the facts put forward in the statement of claim, the plaintiff's case did not disclose a reasonable cause of action. The question was not whether the plaintiff could succeed since this was a matter properly left for determination at trial. The question was simply whether the plaintiff was advancing a "reasonable" argument that could properly form the subject matter of a trial.

The Master of the Rolls had made this very point some six years earlier:

Then the Vice-Chancellor says: "The questions raised upon this application are of such importance and such difficulty that I cannot say that this pleading discloses no reasonable cause of action, or that there is anything frivolous or vexatious; therefore, I should let the parties plead in the usual way". It appears to me that this is perfectly right. To what extent is the Court to go on inquiring into difficult questions of fact or law in the exercise of the power which is given it under Order XXV., rule 4? It appears to me that the object of the rule is to stop cases which ought not to be launched—cases which are obviously frivolous or vexatious, or obviously unsustainable; and if it will take a long time, as is suggested, to satisfy the Court by historical research or otherwise that the County Palatine has no jurisdiction, I am clearly of opinion that such a motion as this ought not to be made. There may be an application in Chambers to get rid of vexatious actions; but to apply the rule to a case like this appears to me to misapply it altogether. [Emphasis added.]

[See: *Attorney-General of the Duchy of Lancaster v. London and North Western Railway Co.*, [1892] 3 Ch. 274 (C.A.), at pp. 276-77.]

qu'on ne peut avoir recours à la procédure sommaire qu'elle prévoit que dans les cas évidents et manifestes. [Je souligne.]

[Voir: *Hubbuck & Sons, Ltd. v. Wilkinson, Heywood & Clark, Ltd.*, [1899] 1 Q.B. 86 (C.A.), à la p. 91.]

Dans ses remarques, le maître des rôles Lindley a expliqué clairement que même si la règle étendait le pouvoir de la cour de suspendre des actions, les tribunaux ne devaient employer la règle que dans les cas exceptionnels où il était [TRADUCTION] «évident et manifeste» que, même si on acceptait la version des faits présentée dans la déclaration, l'action du demandeur ne révélait pas une cause d'action raisonnable. La question n'était pas de savoir si le demandeur pouvait avoir gain de cause puisqu'il s'agissait d'une question qui devait à bon droit être tranchée à l'audience. La question était simplement de savoir si le demandeur faisait valoir un argument «raisonnable» qui pouvait légitimement constituer matière à procès.

Le maître des rôles avait justement affirmé la même chose quelque six années auparavant:

[TRADUCTION] Le vice-chancelier affirme ensuite: "Les questions que soulève cette demande sont d'une telle importance et d'une telle difficulté que je ne puis affirmer que cet acte de procédure ne révèle aucune cause d'action raisonnable ou qu'il y a quelque chose de frivole ou de vexatoire; par conséquent, je vais laisser les parties plaider régulièrement". Cela me semble tout à fait juste. Dans quelle mesure est-ce que la cour doit examiner les questions de fait ou de droit difficiles dans l'exercice du pouvoir qui lui est conféré en vertu de la règle 4 de l'ordonnance XXV? Il me semble que l'objet de la règle est d'écarter les actions qui ne doivent pas être instituées—les actions qui sont manifestement frivoles ou vexatoires, ou manifestement non fondées; et si, comme on le laisse entendre, un délai important est nécessaire pour convaincre la cour par des recherches historiques ou autrement que le comté palatin n'a aucune compétence, je suis clairement d'avis qu'une telle requête ne doit pas être présentée. On peut demander au juge en chambre d'écarter les actions vexatoires; mais j'estime qu'appliquer la règle dans un cas comme celui-ci revient à mal l'appliquer. [Je souligne.]

[Voir: *Attorney-General of the Duchy of Lancaster v. London and North Western Railway Co.*, [1892] 3 Ch. 274 (C.A.), aux pp. 276 et 277.]

Thus, the fact that the plaintiff's case was a complicated one could not justify striking out the statement of claim. Complex matters that disclosed substantive questions of law were most appropriately addressed at trial where evidence concerning the facts could be led and where arguments about the merits of a plaintiff's case could be made.

The requirement that it be "plain and obvious" that some or all of the statement of claim discloses no reasonable cause of action before it can be struck out, as well as the proposition that it is singularly inappropriate to use the rule's summary procedure to prevent a party from proceeding to trial on the grounds that the action raises difficult questions, has been affirmed repeatedly in the last century: see *Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410 (C.A.); *Evans v. Barclays Bank and Galloway*, [1924] W.N. 97 (C.A.); *Kemsley v. Foot*, [1951] 1 T.L.R. 197 (C.A.); and *Nagle v. Feilden*, [1966] 2 Q.B. 633 (C.A.). Lord Justice Fletcher Moulton's observations in *Dyson*, *supra*, at pp. 418-19, are particularly instructive:

Now it is unquestionable that, both under the inherent power of the Court and also under a specific rule to that effect made under the Judicature Act, the Court has a right to stop an action at this stage if it is wantonly brought without the shadow of an excuse, so that to permit the action to go through its ordinary stages up to trial would be to allow the defendant to be vexed under the form of legal process when there could not at any stage be any doubt that the action was baseless. But from this to the summary dismissal of actions because the judge in chambers does not think they will be successful in the end lies a wide region, and the Courts have properly considered that this power of arresting an action and deciding it without trial is one to be very sparingly used, and rarely, if ever, excepting in cases where the action is an abuse of legal procedure. They have laid down again and again that this process is not intended to take the place of the old demurrer by which the defendant challenged the validity of the plaintiff's claim as a matter of law. Differences of law, just as differences of fact, are normally to be decided by trial after hearing in Court, and not to be refused a hearing in Court by an order of the judge in chambers. Nothing more clearly indicates this to be the intention of the rule than the fact that the plaintiff has no appeal as of right from the decision of the judge at chambers in the case of

Ainsi, le fait que l'action du demandeur soit complexe ne pouvait justifier la radiation de la déclaration. Les affaires complexes qui révélaient des questions juridiques de fond étaient tranchées de la façon la plus appropriée au procès où la preuve relative aux faits pouvait être présentée ainsi que des arguments sur le bien-fondé de l'action du demandeur.

L'exigence qu'il soit «évident et manifeste» que la totalité ou une partie de la déclaration ne révèle aucune cause d'action raisonnable pour qu'elle puisse être radiée ainsi que l'affirmation qu'il ne convient particulièrement pas d'utiliser la procédure sommaire de la règle pour empêcher une partie d'ester en justice parce que l'action soulève des questions difficiles a été confirmée à maintes reprises au cours du dernier siècle: voir *Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410 (C.A.), *Evans v. Barclays Bank and Galloway*, [1924] W.N. 97 (C.A.), *Kemsley v. Foot*, [1951] 1 T.L.R. 197 (C.A.), et *Nagle v. Feilden*, [1966] 2 Q.B. 633 (C.A.). Les observations du lord juge Fletcher Moulton dans l'arrêt *Dyson*, précité, aux pp. 418 et 419, sont particulièrement révélatrices:

[TRADUCTION] Il est incontestable, tant en vertu du pouvoir inhérent de la cour qu'en vertu d'une règle précise édictée en ce sens en vertu de la Judicature Act, que la cour a le droit de mettre fin à une action à cette étape si elle est présentée de façon injustifiée et sans apparence de fondement de sorte que permettre qu'elle franchisse les étapes ordinaires jusqu'au procès reviendrait à assujettir le défendeur à des vexations au moyen du processus judiciaire lorsqu'à quelque étape que ce soit il ne pouvait faire aucun doute que l'action était non fondée. Mais il y a toute une distinction entre cette décision et le rejet sommaire des actions parce que le juge en chambre ne croit pas qu'elle pourra réussir en fin de compte, et les cours ont considéré à juste titre que ce pouvoir de mettre fin à une action et de la trancher sans audition doit être utilisé très modérément et rarement, si jamais, sauf dans les cas où l'action constitue un recours abusif à la procédure judiciaire. On a répété à maintes reprises que cette procédure n'a pas pour but de remplacer l'ancien moyen d'irrecevabilité par lequel le défendeur contestait la validité en droit de l'action du demandeur. Les divergences quant au droit, tout comme les divergences quant aux faits, doivent normalement faire l'objet d'une décision au procès à la suite d'une audience devant le tribunal et non se voir privées d'une audition devant le tribunal par une ordonnance d'un

such an order as this. So far as the rules are concerned an action may be stopped by this procedure without the question of its justifiability ever being brought before a Court. To my mind it is evident that our judicial system would never permit a plaintiff to be "driven from the judgment seat" in this way without any Court having considered his right to be heard, excepting in cases where the cause of action was obviously and almost incontestably bad. [Emphasis added.]

A more recent and no less instructive discussion of these principles may be found in Lord Pearson's reasons in *Drummond-Jackson v. British Medical Association*, [1970] 1 All E.R. 1094 (C.A.). I note that in *Drummond-Jackson* the Court of Appeal dealt with the *Rules of the Supreme Court*, O. 18, r. 19 (the provision that replaced R.S.C. O. 25, r. 4 in 1962), a provision very similar to the rules that now govern the striking out of pleadings in Canada:

19. —(1) The Court may at any stage of the proceedings order to be struck out or amended any pleading or the indorsement of any writ in the action, or anything in any pleading or in the indorsement, on the ground that—

- (a) it discloses no reasonable cause of action or defence, as the case may be; or
- (b) it is scandalous, frivolous or vexatious; or
- (c) it may prejudice, embarrass or delay the fair trial of the action; or
- (d) it is otherwise an abuse of the process of the court;

and may order the action to be stayed or dismissed or judgment to be entered accordingly, as the case may be.

(2) No evidence shall be admissible on an application under paragraph (1)(a).

Responding to Lord Denning's suggestion that the potential length and complexity of a trial should be taken into account when considering whether to strike out a statement of claim, Lord Pearson (with whom Sir Gordon Willmer concurred in separate reasons) reaffirmed the proposition that Lord Justice Lindley had advanced some

juge en chambre. La preuve on ne peut plus claire de l'objet de la règle est que le demandeur ne peut interjeter appel de plein droit de la décision du juge en chambre dans le cas d'une telle ordonnance. En ce qui concerne ces règles, cette procédure permet de mettre fin à une action sans même que soit soumise à un tribunal la question de son bien-fondé. À mon avis, il est évident que notre système judiciaire ne permettrait jamais qu'un demandeur soit ainsi privé d'un jugement sans qu'une cour ait examiné son droit d'être entendu, sauf dans les cas où la cause d'action est manifestement et presque incontestablement mal fondée. [Je souligne.]

Dans les motifs qu'il a rédigés dans l'affaire *Drummond-Jackson v. British Medical Association*, [1970] 1 All E.R. 1094 (C.A.), lord Pearson nous fournit une analyse plus récente et tout aussi révélatrice de ces principes. Je note que, dans l'arrêt *Drummond-Jackson*, la Cour d'appel a examiné la règle 19 de l'ordonnance 18 des *Rules of the Supreme Court* (qui a remplacé la règle 4 de l'ordonnance 25 des R.S.C. en 1962), une disposition très semblable aux règles qui régissent maintenant la radiation des actes de procédure au Canada:

[TRADUCTION] 19. —(1) La cour peut, à toute étape d'une instance, ordonner que soient radiés ou modifiés tout acte de procédure ou l'inscription sur un bref dans l'action ou quoi que ce soit dans tout acte de procédure ou l'inscription pour le motif—

- a) qu'ils ne révèlent aucune cause d'action ou défense raisonnable, selon le cas;
- b) qu'ils sont scandaleux, frivoles ou vexatoires;
- c) qu'ils peuvent nuire à l'instruction équitable de l'action, ou encore la gêner ou la retarder; ou
- d) qu'ils constituent par ailleurs un recours abusif au tribunal;

et peut ordonner que l'action soit suspendue ou rejetée ou qu'un jugement soit rendu en conséquence, selon le cas.

(2) Aucune preuve n'est admissible à l'appui d'une requête présentée en application de l'alinéa (1)a).

Répondant à l'idée exprimée par lord Denning que la longueur et la complexité potentielles d'une instance devrait être prise en compte pour déterminer si une déclaration doit être radiée, lord Pearson (aux motifs duquel sir Gordon Willmer a souscrit dans une opinion distincte) a réaffirmé la proposition que le lord juge Lindley avait avancée

eighty years earlier in *Attorney-General of the Duchy of Lancaster*: length and complexity were not appropriate factors to consider when deciding whether a statement of claim should be struck out. Lord Pearson said at pp. 1101-02:

Over a long period of years it has been firmly established by many authorities that the power to strike out a statement of claim as disclosing no reasonable cause of action is a summary power which should be exercised only in plain and obvious cases.

In my opinion the traditional and hitherto accepted view—that the power should only be used in plain and obvious cases—is correct according to the evident intention of the rule for several reasons. First, there is in r 19 (1) (a) the expression ‘reasonable cause of action’ to which Sir Nathaniel Lindley MR called attention in *Hubbuck & Sons Ltd v. Wilkinson, Heywood and Clark Ltd*. No exact paraphrase can be given, but I think ‘reasonable cause of action’ means a cause of action with some chance of success, when (as required by r 19 (2)) only the allegations in the pleading are considered. If when those allegations are examined it is found that the alleged cause of action is certain to fail, the statement of claim should be struck out. In *Nagle v Feilden* Danckwerts LJ said:

‘The summary remedy which has been applied to this action is one which is only to be applied in plain and obvious cases, when the action is one which cannot succeed or is in some way an abuse of the process of the court’.

Salmon LJ said:

‘It is well settled that a statement of claim should not be struck out and the plaintiff driven from the judgment seat unless the case is unarguable’.

Secondly, r 19 (1) (a) takes some colour from its context in r 19 (1) (b)—‘scandalous, frivolous and vexatious’—r 19 (1) (c)—‘prejudice, embarrass or delay the fair trial of the action’—and r. 19 (1) (d)—‘otherwise an abuse of the process of the court’. The defect referred to in r 19 (1) (a) is a radical defect ranking with those referred to in the other paragraphs. Thirdly, an application for the statement of claim to be struck out under this rule is made at a very early stage of the action when there is only the statement of claim without any other pleadings and without any evidence at all. The plaintiff should not

quelque quatre-vingts ans plus tôt dans l’arrêt *Attorney-General of the Duchy of Lancaster*: la longueur et la complexité ne sont pas des facteurs qu’il convient de prendre en considération pour décider si une déclaration doit être radiée. Lord Pearson a affirmé, aux pp. 1101 et 1102:

[TRADUCTION] Depuis plusieurs années, bon nombre de précédents ont fermement établi que le pouvoir de radier une déclaration parce qu’elle ne révèle aucune cause d’action raisonnable est un pouvoir sommaire qui ne doit être exercé que dans des cas évidents et manifestes.

À mon avis, l’opinion traditionnelle suivie jusqu’à présent—que le pouvoir ne devrait être exercé que dans des cas évidents et manifestes—est juste pour plusieurs raisons compte tenu de l’objet évident de la règle. Premièrement, on relève dans la règle 19(1)a) l’expression «cause d’action . . . raisonnable» sur laquelle le maître des rôles Nathaniel Lindley a attiré notre attention dans l’arrêt *Hubbuck & Sons Ltd v. Wilkinson, Heywood and Clark Ltd*. On ne peut fournir de paraphrase exacte, mais je pense que l’expression «cause d’action . . . raisonnable» signifie une cause d’action qui a quelque chance de succès lorsque (comme l’exige la règle 19(2)) on ne considère que les allégations contenues dans les actes de procédure. Si l’examen de ces allégations révèle que la cause d’action invoquée est vouée à l’échec, la déclaration devrait être radiée. Dans l’arrêt *Nagle v. Feilden*, le lord juge Danckwerts affirme:

«Le recours sommaire entériné dans cette action ne devrait être employé que dans les cas évidents et manifestes lorsque l’action n’a aucune chance de succès ou constitue en quelque sorte un recours abusif à la cour».

Le lord juge Salmon a affirmé:

«Il est bien établi qu’une déclaration ne devrait pas être radiée et qu’un demandeur ne devrait pas être privé d’un jugement à moins que la cause ne puisse faire l’objet d’un débat».

Deuxièmement, la règle 19(1)a) acquiert un certain sens du contexte de la règle 19(1)b)—«scandaleux, frivoles et vexatoires»—de la règle 19(1)c)—«nuire à l’instruction équitable de l’action, ou encore la gêner ou la retarder»—et de la règle 19(1)d)—constituent par ailleurs un recours abusif au tribunal». Le vice dont il est question à la règle 19(1)a) est fondamental et se range parmi ceux qui sont mentionnés dans les autres alinéas. Troisièmement, une demande de radiation de la déclaration en vertu de cette règle est présentée à l’une des toutes premières étapes de l’action lorsqu’il n’existe que la

be 'driven from the judgment seat' at this very early stage unless it is quite plain that his alleged cause of action has no chance of success. [Emphasis added.]

Lord Pearson concluded at p. 1102:

That is the basis of the rule and practice on which one has to approach the question whether the plaintiff's statement of claim in the present case discloses any reasonable cause of action. It is not permissible to anticipate the defence or defences—possibly some very strong ones—which the defendants may plead and be able to prove at the trial, nor anything which the plaintiff may plead in reply and seek to rely on at the trial. [Emphasis added.]

In England, then, the test that governs an application under R.S.C. O. 18, r. 19 has always been and remains a simple one: assuming that the facts as stated in the statement of claim can be proved, is it "plain and obvious" that the plaintiff's statement of claim discloses no reasonable cause of action? Is there a defect in the statement of claim that can properly be characterized as a "radical defect" ranking with the others listed in O. 18, r. 19? If it is plain and obvious that the action is certain to fail because it contains some such radical defect, then the relevant portions of the statement of claim may properly be struck out. To allow such an action to proceed, even although it was certain to fail, would be to permit the defendant to be "vexed" and would therefore amount to the very kind of abuse of the court's process that the rule was meant to prevent. But if there is a chance that the plaintiff might succeed, then that plaintiff should not be "driven from the judgment seat". Neither the length and complexity of the issues of law and fact that might have to be addressed nor the potential for the defendant to present a strong defence should prevent a plaintiff from proceeding with his or her case. Provided that the plaintiff can present a "substantive" case, that case should be heard.

déclaration sans autre acte de procédure et sans aucun élément de preuve. Le demandeur ne devrait pas être privé d'un jugement à cette toute première étape à moins qu'il ne soit très clair que la cause d'action qu'il invoque n'a aucune chance de succès. [Je souligne.]

Lord Pearson conclut, à la p. 1102:

^b [TRADUCTION] C'est là le fondement de la règle et de la pratique qui doivent servir à déterminer si la déclaration du demandeur en l'espèce révèle une cause d'action raisonnable. Il n'est pas permis d'anticiper la défense ou les défenses—il peut en exister de très bien fondées—^c que les défendeurs peuvent faire valoir et être en mesure d'établir au procès, ni quoi que ce soit que le demandeur peut invoquer en réponse et chercher à faire valoir au procès. [Je souligne.]

^d

Ainsi, en Angleterre, le critère qui régit une requête présentée en vertu de la règle 19 de l'ordonnance 18 des R.S.C. a toujours été simple et le demeure: en supposant que les faits exposés dans la déclaration peuvent être prouvés, est-il «évident et manifeste» que la déclaration du demandeur ne révèle aucune cause d'action raisonnable? La déclaration est-elle entachée d'un vice que l'on peut correctement qualifier de [TRADUCTION] «vice fondamental» qui se range parmi les autres énumérés à la règle 19 de l'ordonnance 18? S'il est évident et manifeste que l'action est vouée à l'échec parce qu'elle contient un tel vice fondamental, il convient alors de radier les parties pertinentes de la déclaration. Permettre que cette action suive son cours, même si elle est vouée à l'échec, l'échec, reviendrait à assujettir le défendeur à des ^h «vexations» et constituerait dès lors un recours abusif au tribunal du genre même de celui que la règle visait à prévenir. Mais si le demandeur a une chance de réussir, il ne devrait pas alors être [TRADUCTION] «privé d'un jugement». Ni la longueur ni la complexité des questions de droit et de fait qu'il pourrait être nécessaire d'examiner, ni la possibilité que le défendeur présente une défense bien fondée ne devrait empêcher un demandeur de ^j poursuivre son action. Pourvu que le demandeur puisse présenter des questions «de fond», cette affaire devrait être entendue.

(b) Canada(i) *Ontario and British Columbia Courts of Appeal*

In Canada, provincial courts of appeal have long had to grapple with the very same issues concerning the rules with respect to statements of claim that courts in England have dealt with for over a century. As noted earlier, the rules of practice in this country are to a large extent modelled on England's rules of practice. It comes as no surprise, therefore, that the test Canadian courts of appeal have adopted is in essence the same one that the courts in England favour.

Ontario

In Ontario, for example, the Court of Appeal dealt with Rule 124 (the predecessor to Rule 21.01) in *Ross v. Scottish Union and National Insurance Co.* (1920), 47 O.L.R. 308 (C.A.). The rule followed closely the wording of England's R.S.C. 1883, O. 25, r. 4 and read as follows:

124. A judge may order any pleading to be struck out on the ground that it discloses no reasonable cause of action or answer, and in any such case, or in case of the action or defence being shown to be frivolous or vexatious, may order the action to be stayed or dismissed, or judgment to be entered accordingly.

In *Ross*, Magee J.A. embraced the "plain and obvious" test developed in England, stating at p. 316:

That inherent jurisdiction is partly embodied in our Rule 124, which allows pleadings to be struck out if disclosing no reasonable cause of action or defence, and thereby, in such case, or if the action or defence is shewn to be vexatious or frivolous, the action may be stayed or dismissed or judgment be entered accordingly. The Rule has only been acted upon in plain and obvious cases, and it should only be so when the Court is satisfied that the case is one beyond doubt, and that there is no reasonable cause of action or defence. [Emphasis added.]

Magee J.A. went on to note at p. 317:

To justify the use of Rule 124, a statement of claim should not be merely demurrable, but it should be

b) Le Canada(i) *Les cours d'appel de l'Ontario et de la Colombie-Britannique*

^a Au Canada, les cours d'appel provinciales ont eu à débattre pendant longtemps les mêmes questions concernant les règles applicables aux déclarations, dont ont été saisis les tribunaux d'Angleterre pendant plus d'un siècle. Comme je l'ai déjà souligné, ^b les règles de pratique de notre pays s'inspirent en grande partie des règles de pratique de l'Angleterre. Il n'y a donc rien de surprenant à ce que le critère adopté par les cours d'appel canadiennes ^c soit essentiellement le même que celui favorisé par les tribunaux anglais.

L'Ontario

^d Par exemple, en Ontario, la Cour d'appel a examiné la règle 124 (qui a précédé la règle 21.01) dans l'arrêt *Ross v. Scottish Union and National Insurance Co.* (1920), 47 O.L.R. 308 (C.A.). La règle suivait de près la formulation de la règle 4 de l'ordonnance 25 des R.S.C. de 1883 de l'Angleterre et se lisait comme suit: ^e

[TRADUCTION] 124. Un juge peut ordonner la radiation de tout acte de procédure pour le motif qu'il ne révèle aucune cause d'action ou défense raisonnable et, dans un tel cas ou lorsqu'il se révèle que la cause d'action ou la défense est frivole ou vexatoire, il peut ordonner que l'action soit suspendue ou rejetée ou qu'un jugement soit rendu en conséquence. ^f

^g Dans l'arrêt *Ross*, le juge Magee a fait sien le critère de «évident et manifeste» élaboré en Angleterre, affirmant à la p. 316:

[TRADUCTION] Cette compétence inhérente se retrouve en partie dans notre règle 124 qui permet la radiation d'un acte de procédure qui ne révèle aucune cause d'action ou défense raisonnable et qui permet donc, dans un tel cas, ou lorsqu'il se révèle que la cause d'action ou la défense est vexatoire ou frivole, que l'action soit suspendue ou rejetée ou qu'un jugement soit rendu en conséquence. La règle n'a été utilisée que dans les cas évidents et manifestes, et il ne devrait en être ainsi que lorsque la cour est convaincue qu'il s'agit d'un cas qui ne soulève aucun doute et qu'il n'y a aucune cause d'action ou défense raisonnable. [Je souligne.] ⁱ

^j Le juge Magee a poursuivi, à la p. 317:

[TRADUCTION] Pour justifier le recours à la règle 124, une déclaration ne devrait pas simplement pouvoir faire

manifest that it is something worse, so that it will not be curable by amendment: *Dadswell v. Jacobs* (1887), 34 Ch. D. 278, 281; *Republic of Peru v. Peruvian Guano Co.* (1887), 36 Ch. D. 489; and it is not sufficient that the plaintiff is not likely to succeed at the trial: *Boaler v. Holder* (1886), 54 L.T.R. 298.

At an early date, then, the Ontario Court of Appeal had modelled its approach to Rule 124 on the approach that had been consistently favoured in England. And over time the Ontario Court of Appeal has gone on to show the same concern that statements of claim not be struck out in anything other than the clearest of cases. As Laidlaw J.A. put it in *Rex ex rel. Tolfree v. Clark*, [1943] O.R. 501 (C.A.), at p. 515:

The power to strike out proceedings should be exercised with great care and reluctance. Proceedings should not be arrested and a claim for relief determined without trial, except in cases where the Court is well satisfied that a continuation of them would be an abuse of procedure: *Evans v. Barclay's Bank et al.*, [1924] W.N. 97. But if it be made clear to the Court that an action is frivolous or vexatious, or that no reasonable cause of action is disclosed, it would be improper to permit the proceedings to be maintained.

More recently, in *Gilbert Surgical Supply Co. v. F. W. Horner Ltd.*, [1960] O.W.N. 289 (C.A.), at pp. 289-90, Aylesworth J.A. observed that the fact that an action might be novel was no justification for striking out a statement of claim. The court would still have to conclude that "the plaintiff's action could not possibly succeed or that clearly and beyond all doubt, no reasonable cause of action had been shown".

Thus, the Ontario Court of Appeal has firmly embraced the "plain and obvious" test and has made clear that it too is of the view that the test is rooted in the need for courts to ensure that their process is not abused. The fact that the case the plaintiff wishes to present may involve complex issues of fact and law or may raise a novel legal proposition should not prevent a plaintiff from proceeding with his action.

l'objet d'un moyen d'irrecevabilité, mais il devrait être manifeste que la situation est pire au point de ne pouvoir être corrigée par une modification: *Dadswell v. Jacobs* (1887), 34 Ch. D. 278, p. 281, *Republic of Peru v. Peruvian Guano Co.* (1887), 36 Ch. D. 489; et il ne suffit pas que l'action du demandeur n'ait vraisemblablement aucune chance de réussir: *Boaler v. Holder* (1886), 54 L.T.R. 298.

Ainsi, très tôt, la Cour d'appel de l'Ontario a fondé son interprétation de la règle 124 sur celle que les tribunaux avaient toujours favorisée en Angleterre. Avec le temps, la Cour d'appel de l'Ontario a manifesté le même souci que les déclarations ne soient radiées que dans les cas les plus clairs. Comme le juge Laidlaw l'explique dans l'arrêt *Rex ex rel. Tolfree v. Clark*, [1943] O.R. 501 (C.A.), à la p. 515:

[TRADUCTION] C'est avec beaucoup de prudence et d'hésitation que le pouvoir de radier des procédures devrait être exercé. Les procédures ne devraient pas être arrêtées et les demandes de redressement décidées sans procès, sauf dans les cas où la cour est convaincue que leur poursuite constituerait un abus de procédure: *Evans v. Barclay's Bank et al.*, [1924] W.N. 97. Mais si l'on démontre clairement à la cour qu'une action est frivole ou vexatoire, ou qu'elle ne révèle aucune cause d'action raisonnable, il ne conviendrait pas de permettre que les procédures se poursuivent.

Plus récemment, dans l'arrêt *Gilbert Surgical Supply Co. v. F. W. Horner Ltd.*, [1960] O.W.N. 289 (C.A.), aux pp. 289 et 290, le juge Aylesworth a fait remarquer que le fait qu'une action puisse être inédite ne justifie pas la radiation d'une déclaration. La cour devrait quand même conclure que [TRADUCTION] «l'action de la demanderesse n'avait aucune chance d'être accueillie ou qu'il était manifeste et hors de tout doute qu'aucune cause d'action raisonnable n'avait été établie».

Ainsi, la Cour d'appel de l'Ontario a fermement retenu le critère des cas «évidents et manifestes» et affirmé clairement qu'elle aussi est d'avis que le critère découle de la nécessité pour les tribunaux de veiller à ce qu'on ne recoure pas à eux de façon abusive. Le fait que la preuve que le demandeur veut présenter puisse comporter des questions complexes de fait et de droit ou qu'elle puisse soulever une nouvelle formulation du droit ne devrait pas l'empêcher de poursuivre son action.

British Columbia

In British Columbia the Court of Appeal has approached the matter in a similar way. The predecessor to the rule that Carey Canada invokes in this appeal was worded in exactly the same way as England's R.S.C. 1883, O. 25, r. 4. Not surprisingly the British Columbia Court of Appeal's treatment of that rule has been similar to that taken in England and Ontario. For example, in *Minnes v. Minnes* (1962), 39 W.W.R. 112 (B.C.C.A.), Tysoe J.A. observed at p. 122:

In my respectful view it is only in plain and obvious cases that recourse should be had to the summary process under O. 25, R. 4, and the power given by the Rule should be exercised only where the case is absolutely beyond doubt. So long as the statement of claim, as it stands or as it may be amended, discloses some question fit to be tried by a judge or jury, the mere fact that the case is weak or not likely to succeed is no ground for striking it out. If the action involves investigation of serious questions of law or questions of general importance, or if facts are to be known before rights are definitely decided, the Rule ought not to be applied. [Emphasis added.]

For his part Norris J.A. noted at p. 116 (agreeing with Tysoe J.A.):

I might add that upon the motion, with respect, it was not for the learned trial judge as it is not for this court to consider the issues between the parties as they would be considered on trial. All that was required of the plaintiff on the motion was that she should show that on the statement of claim, accepting the allegations therein made as true, there was disclosed from that pleading with such amendments as might reasonably be made, a proper case to be tried. [Emphasis added.]

The law as stated in *Minnes v. Minnes* was recently reaffirmed in *McNaughton and McNaughton v. Baker* (1988), 25 B.C.L.R. (2d) 17 (C.A.), at p. 23, *per* McLachlin J.A. Similarly, Anderson and Esson J.J.A. relied on *Minnes v. Minnes* in this appeal.

Once again then the "plain and obvious" test has been firmly embraced. The British Columbia

La Colombie-Britannique

En Colombie-Britannique, la Cour d'appel a abordé la question d'une façon similaire. La règle qui a précédé celle qu'invoque Carey Canada en l'espèce était formulée exactement de la même façon que la règle 4 de l'ordonnance 25 des R.S.C. de 1883 de l'Angleterre. Il n'est pas étonnant que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ait interprété cette règle de la même façon que l'Angleterre et l'Ontario. Par exemple, dans l'arrêt *Minnes v. Minnes* (1962), 39 W.W.R. 112 (C.A.C.-B.), le juge Tysoe fait remarquer, à la p. 122:

[TRADUCTION] À mon avis, ce n'est que dans les cas évidents et manifestes que l'on devrait recourir à la procédure sommaire de la règle 4 de l'ordonnance 25 et le pouvoir conféré par la règle ne devrait être exercé que si le cas est absolument au-delà de tout doute. Dans la mesure où la déclaration, telle qu'elle existe ou telle qu'elle peut être modifiée, révèle l'existence d'une question susceptible d'instruction par un juge ou un jury, le simple fait que la cause soit faible ou ait peu de chance de réussir ne justifie pas de la radier. Si l'action comporte l'examen de questions de droit sérieuses ou de questions d'importance générale, ou si les faits doivent être connus avant de se prononcer définitivement sur les droits, la règle ne doit pas être appliquée. [Je souligne.]

De son côté, le juge Norris souligne, à la p. 116 (partageant l'opinion du juge Tysoe):

[TRADUCTION] En toute déférence, je pourrais ajouter que, suite à la requête, il n'appartenait pas au juge de première instance, comme il ne nous appartient pas de le faire, d'examiner les questions que soulèvent les parties comme elles le seraient au procès. À l'étape de la requête, il suffisait que la demanderesse établisse que la déclaration, en tenant pour avérées les allégations qu'elle contenait, révélait, avec les modifications que l'on pourrait raisonnablement apporter, une véritable question à trancher. [Je souligne.]

Le juge McLachlin de la Cour d'appel a récemment confirmé dans l'arrêt *McNaughton and McNaughton v. Baker* (1988), 25 B.C.L.R. (2d) 17 (C.A.), à la p. 23, la règle de droit formulée dans l'arrêt *Minnes v. Minnes*. De même, les juges Anderson et Esson se sont appuyés sur l'arrêt *Minnes v. Minnes* dans le présent pourvoi.

Encore une fois, le critère des cas «évidents et manifestes» a clairement été retenu. La Cour d'ap-

Court of Appeal has confirmed that the summary proceedings available under the rule in question do not afford an appropriate forum in which to engage in a detailed examination of the strengths and weaknesses of the plaintiff's case. The sole question is whether, assuming that all the facts the plaintiff alleges are true, the plaintiff can present a question "fit to be tried". The complexity or novelty of the question that the plaintiff wishes to bring to trial should not act as a bar to that trial taking place.

(ii) *Supreme Court of Canada*

While this Court has had a somewhat limited opportunity to consider how the rules regarding the striking out of a statement of claim are to be applied, it has nonetheless consistently upheld the "plain and obvious" test. Justice Estey, speaking for the Court in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735, stated at p. 740:

As I have said, all the facts pleaded in the statement of claim must be deemed to have been proven. On a motion such as this a court should, of course, dismiss the action or strike out any claim made by the plaintiff only in plain and obvious cases and where the court is satisfied that "the case is beyond doubt": *Ross v. Scottish Union and National Insurance Co.*

I had occasion to affirm this proposition in *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441. At pages 486-87 I provided the following summary of the law in this area (with which the rest of the Court concurred):

The law then would appear to be clear. The facts pleaded are to be taken as proved. When so taken, the question is do they disclose a reasonable cause of action, i.e. a cause of action "with some chance of success" (*Drummond-Jackson v. British Medical Association*, [1970] 1 All E.R. 1094) or, as Le Dain J. put it in *Dowson v. Government of Canada* (1981), 37 N.R. 127 (F.C.A.), at p. 138, is it "plain and obvious that the action cannot succeed?"

And at p. 477 I observed:

It would seem then that as a general principle the Courts will be hesitant to strike out a statement of claim as disclosing no reasonable cause of action. The fact that

pel de la Colombie-Britannique a confirmé que la procédure sommaire à laquelle il est possible de recourir en vertu de la règle en question n'établit pas une tribune où il convient d'examiner en détail les points forts et les points faibles de l'action du demandeur. La seule question est de savoir si, en tenant pour avérés tous les faits allégués par le demandeur, celui-ci peut présenter une question «susceptible d'instruction». La complexité ou la nouveauté de la question que le demandeur veut faire trancher au procès ne devrait pas constituer un empêchement à la tenue du procès.

(ii) *La Cour suprême du Canada*

Bien que notre Cour n'ait eu que peu d'occasions d'examiner l'application des règles concernant la radiation d'une déclaration, elle a toutefois toujours confirmé le critère des cas «évidents et manifestes». Le juge Estey, s'exprimant au nom de la Cour dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735, affirme, à la p. 740:

Comme je l'ai dit, il faut tenir tous les faits allégués dans la déclaration pour avérés. Sur une requête comme celle-ci, un tribunal doit rejeter l'action ou radier une déclaration du demandeur seulement dans les cas évidents et lorsqu'il est convaincu qu'il s'agit d'un cas «au-delà de tout doute»: *Ross v. Scottish Union and National Insurance Co.*

J'ai eu l'occasion de confirmer cette affirmation dans l'arrêt *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441. Aux pages 486 et 487, j'ai présenté le résumé suivant du droit dans ce domaine (auquel les autres membres de la Cour ont souscrit):

Le droit donc paraît clair. Les faits articulés doivent être considérés comme démontrés. Alors, la question est de savoir s'ils révèlent une cause raisonnable d'action, c.-à-d. une cause d'action «qui a quelques chances de succès» (*Drummond-Jackson v. British Medical Association*, [1970] 1 All E.R. 1094) ou, comme dit le juge Le Dain dans l'arrêt *Dowson c. Gouvernement du Canada* (1981), 37 N.R. 127 (C.A.F.), à la p. 138, est-il «évident et manifeste que l'action ne saurait aboutir»?

Et, à la p. 477, j'ai fait remarquer:

Il semble donc qu'en règle générale les tribunaux hésitent à radier une déclaration pour le motif qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action. La nécessité

reaching a conclusion on this preliminary issue requires lengthy argument will not be determinative of the matter nor will the novelty of the cause of action militate against the plaintiffs. [Emphasis added.]

Most recently, in *Dumont v. Canada (Attorney General)*, [1990] 1 S.C.R. 279, I made clear at p. 280 that it was my view that the test set out in *Inuit Tapirisat* was the correct test. The test remained whether the outcome of the case was “plain and obvious” or “beyond reasonable doubt”.

Thus, the test in Canada governing the application of provisions like Rule 19(24)(a) of the British Columbia *Rules of Court* is the same as the one that governs an application under R.S.C. O. 18, r. 19: assuming that the facts as stated in the statement of claim can be proved, is it “plain and obvious” that the plaintiff’s statement of claim discloses no reasonable cause of action? As in England, if there is a chance that the plaintiff might succeed, then the plaintiff should not be “driven from the judgment seat”. Neither the length and complexity of the issues, the novelty of the cause of action, nor the potential for the defendant to present a strong defence should prevent the plaintiff from proceeding with his or her case. Only if the action is certain to fail because it contains a radical defect ranking with the others listed in Rule 19(24) of the British Columbia *Rules of Court* should the relevant portions of a plaintiff’s statement of claim be struck out under Rule 19(24)(a).

The question therefore to which we must now turn in this appeal is whether it is “plain and obvious” that the plaintiff’s claims in the tort of conspiracy disclose no reasonable cause of action or whether the plaintiff has presented a case that is “fit to be tried”, even although it may call for a complex or novel application of the tort of conspiracy.

(2) *Should Mr. Hunt’s Allegations Based on the Tort of Conspiracy Be Struck From his Statement of Claim?*

In the last decade the tort of conspiracy has received a considerable amount of attention. In

d’un débat pour arriver à une conclusion sur ce point préliminaire n’est pas un élément décisif et la nouveauté de la cause d’action ne joue pas contre les demandeurs. [Je souligne.]

Plus récemment, dans l’arrêt *Dumont c. Canada (Procureur général)*, [1990] 1 R.C.S. 279, j’ai expliqué clairement, à la p. 280, que j’estimais que le critère formulé dans l’arrêt *Inuit Tapirisat* était le bon critère. Le critère est toujours de savoir si l’issue de l’affaire est «évidente et manifeste» ou «au-delà de tout doute raisonnable».

Ainsi, au Canada, le critère régissant l’application de dispositions comme la règle 19(24)a des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique est le même que celui régissant une requête présentée en vertu de la règle 19 de l’ordonnance 18 des R.S.C.: dans l’hypothèse où les faits mentionnés dans la déclaration peuvent être prouvés, est-il «évident et manifeste» que la déclaration du demandeur ne révèle aucune cause d’action raisonnable? Comme en Angleterre, s’il y a une chance que le demandeur ait gain de cause, alors il ne devrait pas être «privé d’un jugement». La longueur et la complexité des questions, la nouveauté de la cause d’action ou la possibilité que les défendeurs présentent une défense solide ne devraient pas empêcher le demandeur d’intenter son action. Ce n’est que si l’action est vouée à l’échec parce qu’elle contient un vice fondamental qui se range parmi les autres énumérés à la règle 19(24) des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique que les parties pertinentes de la déclaration du demandeur devraient être radiées en application de la règle 19(24)a.

La question qu’il nous faut maintenant trancher en l’espèce est de savoir s’il est «évident et manifeste» que les prétentions du demandeur en ce qui concerne le délit civil de complot ne révèlent aucune cause d’action raisonnable ou si le demandeur a présenté une question «susceptible d’instruction», même si elle peut exiger une application complexe ou nouvelle du délit civil de complot.

(2) *Les allégations de M. Hunt fondées sur le délit civil de complot devraient-elles être radiées de sa déclaration?*

Au cours de la dernière décennie, le délit civil de complot a fait l’objet de plusieurs décisions. Par

England, for example, both the House of Lords and the Court of Appeal have recently had occasion to review the tort in some detail. These decisions have made clear that the tort of conspiracy may apply in at least two situations: (i) where the defendants agree to use lawful means to harm the plaintiff and (ii) where the defendants use unlawful means to harm the plaintiff. The law with respect to the first situation is not in doubt:

If A and B agree to commit acts which would be lawful if done by either of them alone but which are done in combination and cause damage to C, no tortious conspiracy actionable at the suit of C exists unless the predominant purpose of A and B in making the agreement and carrying out the acts which cause the damage is to injure C and not to protect the lawful commercial interests of A and B. This proposition is established by five decisions at the highest level: *Mogul Steamship Co. Ltd. v. McGregor, Gow & Co.* [1892] A.C. 25; *Quinn v. Leathem*, [1901] A.C. 495; *Sorrell v. Smith*, [1925] A.C. 700; *Crofter Hand Woven Harris Tweed Co. Ltd. v. Veitch*, [1942] A.C. 435 and *Lonrho Ltd. v. Shell Petroleum Co. Ltd. (No. 2)*, [1982] A.C. 173. [See: *Metall und Rohstoff A.G. v. Donaldson, Lufkin & Jenrette Inc.*, [1989] 3 W.L.R. 563, at p. 593, per Slade L.J.] [Emphasis added.]

Courts in England have, however, encountered greater difficulty in stating with precision the applicable principles governing situations in which unlawful means are employed. In particular, they have struggled to decide whether the plaintiff must establish, not just that the defendants used means that were unlawful and resulted in harm to the plaintiff, but also that the defendants actually intended to harm the plaintiff.

In *Lonrho Ltd. v. Shell Petroleum Co. (No. 2)*, [1982] A.C. 173, the House of Lords dealt with a consultative case stated by arbitrators in which it was asked to consider whether the tort of conspiracy could be extended to embrace a situation where the agreement in question resulted in a contravention of penal law (unlawful means) but did not include an intention to injure the plaintiff.

exemple, en Angleterre, tant la Chambre des lords que la Cour d'appel ont eu récemment l'occasion d'examiner de façon quelque peu détaillée le délit en question. Ces arrêts ont établi clairement que le délit civil de complot peut s'appliquer à tout le moins dans deux situations: (i) lorsque les défendeurs conviennent de recourir à des moyens légaux pour causer un préjudice au demandeur et (ii) lorsque les défendeurs recourent à des moyens illégaux pour causer un préjudice au demandeur. En ce qui concerne la première situation, le droit est clair:

[TRADUCTION] Si A et B conviennent d'accomplir des actes qui seraient légaux s'ils étaient accomplis par l'un d'entre eux seulement mais qu'ils accomplissent ensemble et causent un préjudice à C, celui-ci ne peut intenter une action fondée sur le délit civil de complot à moins que l'objet prédominant visé par A et B en concluant leur entente et en accomplissant les actes qui causent le préjudice soit de nuire à C et non de protéger les intérêts commerciaux légitimes de A et B. Cette affirmation est confirmée par cinq arrêts rendus par les plus hautes instances: *Mogul Steamship Co. Ltd. v. McGregor, Gow & Co.*, [1892] A.C. 25; *Quinn v. Leathem*, [1901] A.C. 495; *Sorrell v. Smith*, [1925] A.C. 700; *Crofter Hand Woven Harris Tweed Co. Ltd. v. Veitch*, [1942] A.C. 435, et *Lonrho Ltd. v. Shell Petroleum Co. Ltd. (No. 2)*, [1982] A.C. 173. [Voir: *Metall und Rohstoff A.G. v. Donaldson, Lufkin & Jenrette Inc.*, [1989] 3 W.L.R. 563, à la p. 593, le lord juge Slade]. [Je souligne.]

En Angleterre, les tribunaux ont cependant éprouvé plus de difficultés à formuler avec précision les principes applicables qui régissent les situations dans lesquelles des moyens illégaux sont utilisés. En particulier, ils ont eu beaucoup de mal à décider si le demandeur devait établir non seulement que les défendeurs ont utilisé des moyens illégaux qui ont causé un préjudice au demandeur, mais également si les défendeurs avaient réellement eu l'intention de causer un préjudice au demandeur.

Dans l'arrêt *Lonrho Ltd. v. Shell Petroleum Co. (No. 2)*, [1982] A.C. 173, la Chambre des lords était saisie d'un déféré consultatif formulé par des arbitres dans lequel on demandait d'examiner la possibilité d'étendre la portée du délit civil de complot pour comprendre une situation où la convention en question avait donné lieu à une violation du droit pénal (moyens illégaux), mais n'avait

In the process of deciding whether the tort should be so extended Lord Diplock noted at pp. 188-89:

My Lords, conspiracy as a criminal offence has a long history. It consists of "the agreement of two or more persons to effect any unlawful purpose, whether as their ultimate aim, or only as a means to it, and the crime is complete if there is such agreement, even though nothing is done in pursuance of it." I cite from Viscount Simon L.C.'s now classic speech in *Crofter Hand Woven Harris Tweed Co. Ltd. v. Veitch*, [1942] A.C. 435, 439. Regarded as a civil tort, however, conspiracy is a highly anomalous cause of action. The gist of the cause of action is damage to the plaintiff; so long as it remains unexecuted the agreement which alone constitutes the crime of conspiracy, causes no damage; it is only acts done in execution of the agreement that are capable of doing that. So the tort, unlike the crime, consists not of agreement but of concerted action taken pursuant to agreement.

Lord Diplock went on to observe that he was of the view that the rationale that had apparently fuelled the development of the tort in the late nineteenth and early twentieth centuries, namely that "a combination may make oppressive or dangerous that which if proceeded only from a single person would be otherwise" (see: *Mogul Steamship Co. v. McGregor, Gow & Co.* (1889), 23 Q.B.D. 598, at p. 616, *per* Bowen L.J.) was somewhat anachronistic in light of modern commercial developments. Nevertheless he did not feel that this meant that the tort could now be dispensed with. He said at p. 189:

But to suggest today that acts done by one street-corner grocer in concert with a second are more oppressive and dangerous to a competitor than the same acts done by a string of supermarkets under a single ownership or that a multinational conglomerate such as Lonrho or oil company such as Shell or B.P. does not exercise greater economic power than any combination of small businesses, is to shut one's eyes to what has been happening in the business and industrial world since the turn of the century and, in particular, since the end of World War II. The civil tort of conspiracy to injure the plaintiff's commercial interests where that is the predominant purpose of the agreement between the defendants and of the acts done in execution of it which caused damage to

comporté aucune intention de nuire au demandeur. En décidant si la portée du délit devait être ainsi étendue, lord Diplock souligne, aux pp. 188 et 189:

[TRADUCTION] Vos Seigneuries, le complot comme infraction criminelle existe depuis longtemps. Il s'agit «d'une convention entre deux ou plusieurs personnes visant une fin illégale, soit comme but ultime ou seulement comme moyen de le réaliser, et le crime est complet dès qu'il y a convention, même si rien n'est accompli pour y donner suite.» Je reproduis les propos maintenant classiques du lord chancelier, le vicomte Simon, dans l'arrêt *Crofter Hand Woven Harris Tweed Co. Ltd. v. Veitch*, [1942] A.C. 435, p. 439. Vu comme un délit civil, cependant, le complot est une cause d'action très exceptionnelle. Elle est fondée sur un préjudice causé au demandeur; tant que la convention, qui à elle seule constitue le crime de complot, n'est pas exécutée, il n'en résulte aucun préjudice; seuls peuvent avoir cet effet les actes accomplis en exécution de la convention. Donc le délit civil, à la différence du crime, consiste non pas en la convention, mais en l'action concertée entreprise pour l'exécuter.

Lord Diplock a poursuivi en soulignant qu'il était d'avis que la justification rationnelle manifestement à l'origine de l'apparition du délit à la fin du dix-neuvième et au début du vingtième siècles, c'est-à-dire [TRADUCTION] «une combinaison qui peut rendre oppressif ou dangereux ce qui ne le serait pas si cela provenait d'une seule personne» (voir: *Mogul Steamship Co. v. McGregor, Gow & Co.* (1889), 23 Q.B.D. 598, à la p. 616, le lord juge Bowen) constituait en quelque sorte un anachronisme compte tenu de l'évolution moderne du commerce. Quoi qu'il en soit, il n'était pas d'avis que cela signifiait que le délit devait maintenant être écarté. Il affirme, à la p. 189:

[TRADUCTION] Mais dire aujourd'hui que les actes accomplis par un épicier du coin de concert avec un autre épicier sont plus oppressifs et dangereux pour un concurrent que les mêmes actes accomplis par une chaîne de supermarchés appartenant à un seul propriétaire ou qu'un conglomérat multinational comme Lonrho ou une compagnie pétrolière comme Shell ou B.P. n'exerce pas un pouvoir économique plus grand que toute combinaison de petites entreprises, revient à se fermer les yeux sur ce qui s'est passé dans le monde commercial et industriel depuis le début du siècle et, en particulier, depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale. Selon moi, cette Chambre doit reconnaître le délit civil de complot en vue de nuire aux intérêts commer-

the plaintiff, must I think be accepted by this House as too well-established to be discarded however anomalous it may seem today. It was applied by this House 80 years ago in *Quinn v. Leatham*, [1901] A.C. 495, and accepted as good law in the *Crofter* case [1942] A.C. 435, where it was made clear that injury to the plaintiff and not the self-interest of the defendants must be the predominant purpose of the agreement in execution of which the damage-causing acts were done.

Having set out this groundwork and having thereby confirmed that the tort of conspiracy was applicable in circumstances where the defendants entered into an agreement the predominant purpose of which was to injure the plaintiff, Lord Diplock turned to the question whether the tort should be extended beyond these confines. He concluded at p. 189:

This House, in my view, has an unfettered choice whether to confine the civil action of conspiracy to the narrow field to which alone it has an established claim or whether to extend this already anomalous tort beyond those narrow limits that are all that common sense and the application of the legal logic of the decided cases require.

My Lords, my choice is unhesitatingly the same as that of Parker J. and all three members of the Court of Appeal. I am against extending the scope of the civil tort of conspiracy beyond acts done in execution of an agreement entered into by two or more persons for the purpose not of protecting their own interests but of injuring the interests of the plaintiff.

Lord Diplock's observations made clear that in order to succeed with the tort of conspiracy in England a plaintiff would have to demonstrate that the purpose for which parties acted in accordance with their agreement was to harm the plaintiff. The English Court of Appeal has recently had an opportunity to consider Lord Diplock's judgment in *Lonrho* (see: *Metall und Rohstoff A.G. v. Donaldson, Lufkin & Jenrette Inc.*, *supra*) and has confirmed at p. 604 that "the House plainly intended the presence of a predominant intention to injure to be the touchstone of an actionable conspiracy". The Court of Appeal continued:

ciaux du demandeur lorsque tel est l'objet prédominant de la convention entre les défendeurs et des actes accomplis en exécution de cette convention qui ont causé un préjudice au demandeur, car il s'agit d'un délit civil trop bien établi pour être écarté, quelque exceptionnel qu'il puisse paraître aujourd'hui. Cette Chambre l'a appliqué il y a 80 ans dans l'arrêt *Quinn v. Leatham*, [1901] A.C. 495, et a confirmé sa validité en droit dans l'arrêt *Crofter*, [1942] A.C. 435, où l'on a signalé clairement que l'accord en exécution duquel les actes dommageables ont été accomplis doit avoir pour objet prédominant de causer un préjudice au demandeur et non pas simplement de servir les intérêts personnels des défendeurs.

Après avoir établi ces paramètres et ainsi confirmé que le délit civil de complot s'appliquait dans des circonstances où les défendeurs ont conclu une entente dont l'objet prédominant était de nuire au demandeur, lord Diplock s'est demandé si la portée du délit devait être étendue au-delà de ces limites. Il conclut, à la p. 189:

[TRADUCTION] À mon avis, cette Chambre a l'embarras du choix; elle peut confiner l'action civile en matière de complot dans le domaine restreint où elle est reconnue ou elle peut étendre ce délit, déjà perçu comme une anomalie, au-delà de ces limites étroites qui correspondent à tout ce que le sens commun et l'application de la logique juridique de la jurisprudence exigent.

Vos Seigneuries, je me range sans hésitation à l'avis du juge Parker et des trois membres de la Cour d'appel. Je m'oppose à ce que le délit civil de complot soit étendu au-delà des actes accomplis en exécution d'une convention conclue par au moins deux personnes, non pas pour protéger leurs propres intérêts, mais dans la seule intention de nuire à ceux du demandeur.

Les observations de lord Diplock établissent clairement que, pour avoir gain de cause dans une action fondée sur le délit civil de complot en Angleterre, un demandeur doit démontrer que l'objet pour lequel les parties ont agi conformément à leur entente était de nuire au demandeur. La Cour d'appel de l'Angleterre a récemment eu l'occasion d'examiner la décision de lord Diplock dans l'arrêt *Lonrho* (voir: *Metall und Rohstoff A.G. v. Donaldson, Lufkin & Jenrette Inc.*, précité) et a confirmé, à la p. 604, que [TRADUCTION] «la Chambre a clairement voulu que la présence d'une intention prédominante de nuire constitue la pierre angulaire d'un complot donnant droit à une action». La Cour d'appel poursuit:

Where the predominant intention to injure is absent but the defendants pursuant to agreement commit torts against the plaintiff, the House held, we conclude, that common sense and the legal logic of the decided cases are satisfied if the plaintiff is denied a remedy in conspiracy and left to sue on the substantive torts.

Thus, regardless of whether the alleged conspirators used lawful or unlawful means, the law in England required the plaintiff to establish that the defendants entered into the agreement with the predominant purpose of injuring the plaintiff.

Although Canadian jurisprudence has taken note of the developments in England, the law governing the tort of conspiracy in Canada is not in all respects the same as the law set out in *Lonrho*. Indeed, this Court had occasion to consider both the tort of conspiracy and Lord Diplock's observations in *Lonrho* in *Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 452. Justice Estey stated at p. 468:

The question which must now be considered is whether the scope of the tort of conspiracy in this country extends beyond situations in which the defendants' predominant purpose is to cause injury to the plaintiff, and includes cases in which this intention to injure is absent but the conduct of the defendants is by itself unlawful, and in fact causes damage to the plaintiff.

This passage made clear that this Court agreed with the House of Lords that where a plaintiff alleges that the defendants entered into an agreement whose predominant purpose was to injure the plaintiff and where the plaintiff alleges that he or she has in fact suffered damage as a result of the agreement, then regardless of the lawfulness of the means that the defendants are alleged to have used to implement the agreement the plaintiff will have made out a cognizable claim in the tort of conspiracy.

But what of situations in which the plaintiff alleges that there was an agreement that involved the use of unlawful means and that resulted in the plaintiff's suffering damage? Must the plaintiff also establish that the predominant purpose of the

[TRADUCTION] Lorsque l'intention prédominante de nuire est absente, mais que les défendeurs, conformément à la convention intervenue, commettent des délits contre le demandeur, la Chambre a jugé, concluons-nous, que le sens commun et la logique juridique de la jurisprudence sont respectés si on prive le demandeur d'un redressement en matière de complot et qu'on le laisse intenter une action relativement aux délits matériels précis.

Ainsi, sans égard à la question de savoir si les auteurs présumés du complot ont utilisé des moyens légaux ou illégaux, le droit en Angleterre exige que le demandeur établisse que les défendeurs ont conclu une entente dont l'objet prédominant était de nuire au demandeur.

Bien que la jurisprudence canadienne ait tenu compte de l'évolution en Angleterre, la règle applicable au délit civil de complot au Canada n'est pas en tous points identique à celle formulée dans l'arrêt *Lonrho*. En effet, notre Cour a eu l'occasion d'examiner, dans l'arrêt *Ciments Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 452, tant le délit civil de complot que les observations de lord Diplock dans l'arrêt *Lonrho*. Le juge Estey affirme, à la p. 468:

La question qui se pose maintenant est de savoir si, au Canada, le délit civil de complot s'étend au-delà des situations où le but prédominant des défendeurs est de nuire au demandeur et s'il englobe les cas où cette intention de nuire est absente, quoique la conduite du défendeur soit en elle-même illégale et porte en fait préjudice au demandeur.

Cet extrait illustre clairement que notre Cour partage l'avis de la Chambre des lords que lorsqu'un demandeur prétend que les défendeurs ont conclu une entente dont l'objet prédominant était de nuire au demandeur et lorsque le demandeur allègue qu'il a, dans les faits, subi un préjudice par suite de l'entente, alors, sans égard à la légalité des moyens que les défendeurs auraient utilisés pour exécuter l'entente, le demandeur aura fait la preuve qu'il a un recours recevable pour délit civil de complot.

Mais qu'en est-il lorsque le demandeur allègue qu'il y avait une entente qui comportait le recours à des moyens illégaux et qui a eu pour effet de causer un préjudice au demandeur? Le demandeur doit-il également établir que l'objet prédominant

agreement was to injure him or her? It is in answering this question that Estey J. chose to follow a somewhat different path from Lord Diplock. Estey J. was of the view that it was not appropriate to go as far as the House of Lords had gone in precluding the action. He said at pp. 471-72:

Although the law concerning the scope of the tort of conspiracy is far from clear, I am of the opinion that whereas the law of tort does not permit an action against an individual defendant who has caused injury to the plaintiff, the law of torts does recognize a claim against them in combination as the tort of conspiracy if:

- (1) whether the means used by the defendants are lawful or unlawful, the predominant purpose of the defendants' conduct is to cause injury to the plaintiff; or,
- (2) where the conduct of the defendants is unlawful, the conduct is directed towards the plaintiff (alone or together with others), and the defendants should know in the circumstances that injury to the plaintiff is likely to and does result.

In situation (2) it is not necessary that the predominant purpose of the defendants' conduct be to cause injury to the plaintiff but, in the prevailing circumstances, it must be a constructive intent derived from the fact that the defendants should have known that injury to the plaintiff would ensue. In both situations, however, there must be actual damage suffered by the plaintiff. [Emphasis added.]

Estey J.'s summary of the law in Canada suggests that in cases falling into the second category it may not be necessary to prove actual intent. As Fridman has noted in *The Law of Torts in Canada*, vol. 2, at p. 265:

The difference between the English and Canadian formulations of the tort of conspiracy lies in the way the intent of the defendants is expressed. The language of Lord Diplock seems to indicate that the necessary intent should be actual. That of Estey J. suggests that it may be possible for a court to infer an intent to injure from the circumstances even if the defendants deny they acted with any such intent.

Fridman goes on to observe at pp. 265-66

de l'entente était de lui nuire? C'est en répondant à cette question que le juge Estey a choisi de suivre une voie quelque peu différente de celle de lord Diplock. Le juge Estey était d'avis qu'il n'était pas approprié d'aller aussi loin que la Chambre des lords qui avait interdit l'action. Il affirme, aux pp. 471 et 472:

Bien que le droit soit loin d'être clair sur l'étendue du délit civil de complot, je suis d'avis qu'en matière de responsabilité délictuelle, on ne peut poursuivre un défendeur seul qui a causé préjudice à un demandeur, mais que, lorsqu'il y a au moins deux défendeurs qui ont agi de concert, il est possible d'exercer contre eux un recours délictuel pour complot, si:

- (1) indépendamment du caractère légal ou illégal des moyens employés, la conduite des défendeurs vise principalement à causer un préjudice au demandeur; ou
- (2) lorsqu'il s'agit d'une conduite illégale, elle est dirigée contre le demandeur seul ou contre lui et d'autres personnes en même temps et que les défendeurs eussent dû savoir dans les circonstances que le préjudice subi par le demandeur était une conséquence probable.

Dans le second cas, il n'est pas nécessaire que l'objet prédominant de la conduite des défendeurs soit de nuire au demandeur, mais il doit y avoir dans les circonstances une intention implicite découlant du fait que les défendeurs auraient dû savoir que le demandeur en subirait un préjudice. Dans l'un et l'autre cas, cependant, le demandeur doit subir un préjudice réel. [Je souligne.]

Selon le résumé du droit au Canada que fait le juge Estey, il se peut que, dans les cas relevant de la deuxième catégorie, il ne soit pas nécessaire d'établir une intention réelle. Comme Fridman le souligne dans son ouvrage *The Law of Torts in Canada*, vol. 2, à la p. 265:

[TRADUCTION] La différence entre les formulations anglaise et canadienne du délit civil de complot réside dans la façon dont l'intention des défendeurs est décrite. Le langage utilisé par lord Diplock semble indiquer que l'intention nécessaire devrait être réelle. Celui du juge Estey laisse entendre qu'un tribunal peut conclure à l'existence d'une intention de nuire à partir des circonstances même si les défendeurs nient qu'ils ont agi dans cette intention.

Fridman poursuit en soulignant, aux pp. 265 et 266:

In modern Canada, therefore, conspiracy as a tort comprehends three distinct situations. In the first place there will be an actionable conspiracy if two or more persons agree and combine to act unlawfully with the predominating purpose of injuring the plaintiff. Second, there will be an actionable conspiracy if the defendants combine to act lawfully with the predominating purpose of injuring the plaintiff. Third, an actionable conspiracy will exist if defendants combine to act unlawfully, their conduct is directed towards the plaintiff (or the plaintiff and others), and the likelihood of injury to the plaintiff is known to the defendants or should have been known to them in the circumstances.

In my view, this passage provides a useful summary of the current state of the law in Canada with respect to the tort of conspiracy. Whether it is "good law", it seems to me, it is not for the Court to consider in this proceeding where the issue is simply whether the plaintiff's pleadings disclose a reasonable cause of action. I agree completely with *Esson J.A.* that it is not appropriate at this stage to engage in a detailed analysis of the strengths and weaknesses of Canadian law on the tort of conspiracy.

I note that in this appeal Mr. Hunt was clearly fully aware of *Estey J.*'s observation in *Canada Cement LaFarge Ltd.* when he prepared paragraphs 18 and 19 of his statement of claim. Paragraph 18 of his statement of claim follows faithfully the first proposition that *Estey J.* put forward at p. 471, alleging that some or all of the defendants "conspired with each other with the predominant purpose of injuring" Mr. Hunt. Paragraph 19 of the statement of claim presents an alternative argument that is faithful to the wording of *Estey J.*'s second proposition, alleging that "some or all of the defendants conspired with each other to prevent by unlawful means this knowledge becoming public knowledge and, in particular, to prevent it reaching the plaintiff and others who would be exposed to the asbestos fibres in the Products, in circumstances where the defendants knew or ought to have known that injury to the plaintiff" would result. If there is a defect in Mr. Hunt's statement of claim, it is certainly not that paragraphs 18 or 19 fail to follow the language of this Court's most

[TRADUCTION] De nos jours, au Canada, le complot en tant que délit civil vise donc trois situations distinctes. Premièrement, il y aura complot donnant droit à une action si au moins deux personnes s'entendent et s'associent pour agir illégalement dans le but prédominant de nuire au demandeur. Deuxièmement, il y aura complot donnant droit à une action si les défendeurs s'associent pour agir légalement dans le but prédominant de nuire au demandeur. Troisièmement, il y aura complot donnant droit à une action si les défendeurs s'associent pour agir illégalement, si leur conduite vise le demandeur (ou le demandeur et d'autres personnes) et si les défendeurs savaient ou auraient dû savoir dans les circonstances que le demandeur risquait d'en subir un préjudice.

À mon avis, cet extrait présente un résumé utile de l'état actuel du droit au Canada en ce qui concerne le délit civil de complot. J'estime qu'il n'appartient pas à la Cour d'examiner en l'espèce si c'est du «droit valable» lorsque la question est simplement de savoir si les actes de procédure du demandeur révèlent une cause d'action raisonnable. Je suis tout à fait d'accord avec le juge *Esson* qu'il n'est pas approprié à cette étape d'entreprendre une analyse détaillée des points forts et des points faibles du droit canadien en matière de délit civil de complot.

Je remarque qu'il ne fait pas de doute, en l'espèce, que M. Hunt était tout à fait conscient des observations du juge *Estey* dans l'arrêt *Ciments Canada LaFarge Ltée* lorsqu'il a rédigé les paragraphes 18 et 19 de sa déclaration. Au paragraphe 18 de sa déclaration, il reproduit fidèlement la première proposition formulée par le juge *Estey* à la p. 471, alléguant que les défenderesses ou certaines d'entre elles [TRADUCTION] «ont comploté ensemble dans le but prédominant de nuire» à M. Hunt. Au paragraphe 19 de sa déclaration, il présente un argument subsidiaire qui est conforme à la formulation de la deuxième proposition du juge *Estey*, alléguant que [TRADUCTION] «les défenderesses ou certaines d'entre elles ont comploté ensemble pour empêcher, par des moyens illégaux, la diffusion de ces renseignements dans le public et, en particulier, auprès du demandeur et des autres personnes susceptibles d'être exposées aux fibres d'amiante contenues dans les produits, dans des circonstances où les défenderesses savaient ou auraient dû savoir» que le demandeur

recent pronouncement on the conditions that must be met in order to ground a claim in the tort of conspiracy. In other words, given this Court's most recent pronouncement on the circumstances in which the law of torts will recognize such a claim, it is not "plain and obvious" that the plaintiff's statement of claim fails to disclose a reasonable claim.

The defendants contend, however, that this Court's recent pronouncements, as well as those of courts in England, make clear that the tort of conspiracy cannot be invoked outside a commercial law context and that it certainly cannot be invoked in personal injury litigation. They point out that in *Lonrho, supra*, at p. 189, Lord Diplock was not prepared to extend the tort to cover the facts of the case before him. They emphasize that Estey J. displayed a measure of sympathy for Lord Diplock's reluctance to extend the scope of the tort when he stated at p. 473 of *Canada Cement LaFarge Ltd.*:

The tort of conspiracy to injure, even without the extension to include a conspiracy to perform unlawful acts where there is a constructive intent to injure, has been the target of much criticism throughout the common law world. It is indeed a commercial anachronism as so aptly illustrated by Lord Diplock in *Lonrho, supra*, at pp. 188-89. In fact, the action may have lost much of its usefulness in our commercial world, and survives in our law as an anomaly. Whether that be so or not, it is now too late in the day to uproot the tort of conspiracy to injure from the common law world. No doubt the reaction of the courts in the future will be to restrict its application for the very reasons that some now advocate its demise.

Finally, the defendants point to my observations in *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, where I had occasion to consider whether the tort of conspiracy might be extended to cover a case in which

en subirait un préjudice. Si la déclaration de M. Hunt comporte un vice, ce n'est certainement pas parce que les paragraphes 18 ou 19 ne sont pas conformes aux termes utilisés par notre Cour dans sa plus récente décision sur les conditions à respecter pour justifier une demande en matière de délit civil de complot. En d'autres termes, compte tenu de la plus récente décision de notre Cour sur les circonstances dans lesquelles le droit en matière de responsabilité civile reconnaîtra une telle demande, il n'est pas «évident et manifeste» que la déclaration du demandeur ne révèle pas une demande raisonnable.

Les défenderesses prétendent cependant que les récentes décisions de notre Cour ainsi que celles des tribunaux d'Angleterre établissent clairement que le délit civil de complot ne peut être invoqué en dehors du contexte du droit commercial et qu'il ne peut certainement pas être invoqué dans un litige en matière de lésions corporelles. Elles soulignent que, dans l'arrêt *Lonrho*, précité, à la p. 189, lord Diplock n'était pas disposé à étendre la portée du délit aux faits de l'affaire qui lui était présentée. Elles soulignent que le juge Estey a fait preuve d'une certaine sympathie à l'égard de l'hésitation de lord Diplock d'étendre la portée du délit lorsqu'il a affirmé, à la p. 473 de l'arrêt *Ciments Canada LaFarge Ltée*:

Le délit civil de complot en vue de nuire, même s'il n'est pas étendu de manière à comprendre un complot en vue d'accomplir des actes illégaux lorsqu'il y a une intention implicite de causer un préjudice, a été la cible de nombreuses critiques partout dans le monde de la *common law*. Comme l'indique si bien lord Diplock dans l'arrêt *Lonrho*, précité, aux pp. 188 et 189, il s'agit réellement d'un anachronisme commercial. En fait, il est possible que dans le contexte commercial actuel cette action ait perdu en grande partie son utilité et qu'elle survive comme une anomalie dans notre droit. Quoi qu'il en soit, il est maintenant trop tard pour déraciner de la *common law* le délit civil de complot en vue de nuire. Sans aucun doute, les cours tenteront dans l'avenir, pour les mêmes motifs que certains invoquent actuellement à l'appui de sa suppression, de limiter l'application de ce délit civil.

Enfin, les défenderesses font état de mes observations dans l'arrêt *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, où j'ai eu l'occasion d'examiner si le délit civil de complot pouvait s'appliquer à un cas

a father was suing his former wife for denying him access to his children. Although I was in dissent in the final result, the Court agreed with my observations about the tort of conspiracy (see *La Forest J.* at p. 109). The defendants place a good deal of weight on my suggestion, at p. 124, that “the criticisms which have been levelled at the tort give good reason to pause before extending it beyond the commercial context”. I concluded that even although the tort could in theory be extended to the facts of *Frame*, it was not desirable to extend the tort to the custody and access context.

Not surprisingly, the defendants contend that it would be equally inappropriate to extend the tort of conspiracy to cover the facts of this case. The difficulty I have, however, is that in this appeal we are asked to consider whether the allegations of conspiracy should be struck from the plaintiff’s statement of claim, not whether the plaintiff will be successful in convincing a court that the tort of conspiracy should extend to cover the facts of this case. In other words, the question before us is simply whether it is “plain and obvious” that the statement of claim contains a radical defect.

Is it plain and obvious that allowing this action to proceed amounts to an abuse of process? I do not think so. While there has clearly been judicial reluctance to extend the scope of the tort beyond the commercial context, I do not think this Court has ever suggested that the tort could not have application in other contexts. While *Estey J.* expressed the view in *Canada Cement LaFarge Ltd.*, *supra*, at p. 473, that the action had lost much of its usefulness, and while I noted in *Frame v. Smith*, *supra*, at pp. 124-25, that some have even suggested that consideration should be given to abolishing the tort entirely (see: Burns, “Civil Conspiracy: An Unwieldy Vessel Rides a Judicial Tempest” (1982), 16 *U.B.C. L. Rev.* 229, at p. 254), we both affirmed the ongoing existence of the tort at the date of these judgments. In my view, it would be highly inappropriate for this Court to deny a litigant who is capable of fitting his allegations into *Estey J.*’s two-pronged summary of the law on civil conspiracy the opportunity

où le père intentait une action contre son ex-épouse parce qu’elle l’empêchait de voir ses enfants. Bien que je sois dissidente quant au résultat final, la Cour a fait siennes mes remarques quant au délit civil de complot (voir le juge *La Forest*, à la p. 109). Les défenderesses accordent beaucoup d’importance à mon idée, à la p. 124, que «les critiques à l’égard de ce délit constituent un bon motif pour qu’on hésite à l’étendre au-delà du contexte commercial». J’ai conclu que même si le délit pouvait en théorie être étendu aux faits de l’arrêt *Frame*, il n’était pas souhaitable de l’étendre au contexte de la garde des enfants et du droit de visite.

Il n’est pas étonnant que les défenderesses prétendent qu’il serait tout aussi inadéquat d’étendre l’application du délit civil de complot aux faits de la présente affaire. La difficulté que j’éprouve cependant, c’est qu’on nous demande en l’espèce d’examiner si les allégations de complot devraient être radiées de la déclaration du demandeur et non pas si le demandeur réussira à convaincre un tribunal que l’application du délit civil de complot devrait être étendue aux faits de l’espèce. En d’autres mots, la question qu’on nous pose est simplement de savoir s’il est «évident et manifeste» que la déclaration contient un vice fondamental.

Est-il évident et manifeste qu’en permettant à cette action de suivre son cours, il y a recours abusif au tribunal? Je ne le pense pas. Bien que les tribunaux aient clairement hésité à étendre la portée du délit au-delà du contexte commercial, je ne crois pas que notre Cour ait jamais laissé entendre que le délit ne pouvait pas s’appliquer dans d’autres contextes. Bien que le juge *Estey* ait exprimé l’avis dans l’arrêt *Ciments Canada LaFarge Ltée*, précité, à la p. 473, que l’action avait en grande partie perdu son utilité, et que j’aie souligné, dans l’arrêt *Frame c. Smith*, précité, aux pp. 124 et 125, que certains avaient même proposé qu’on examine la possibilité de l’abolir complètement (voir: Burns, «Civil Conspiracy: An Unwieldy Vessel Rides a Judicial Tempest» (1982), 16 *U.B.C. L. Rev.* 229, à la p. 254), nous avons tous les deux affirmé que ce délit existait toujours à la date de ces jugements. À mon avis, il ne serait pas du tout approprié que notre Cour prive une partie, capable de formuler ses allégations de manière

to persuade a court that the facts are as alleged and that the tort of conspiracy should be held to apply on these facts. While courts should pause before extending the tort beyond its existing confines, careful consideration might conceivably lead to the conclusion that the tort has a useful role to play in new contexts.

I note that in *Frame v. Smith, supra*, at p. 125, I was not prepared to extend the tort of conspiracy to the custody and access context both because such an extension was not in the best interests of children and because such an extension would not have been consistent with the rationale that underlies the tort of conspiracy: "namely that the tort be available where the fact of combination creates an evil which does not exist in the absence of combination". But in the appeal now before us it seems to me much less obvious that a similar conclusion would necessarily be reached. If the facts as alleged by the plaintiff are true, and for the purposes of this appeal we must assume that they are, then it may well be that an agreement between corporations to withhold information about a toxic product might give rise to harm of a magnitude that could not have arisen from the decision of just one company to withhold such information. There may, accordingly, be good reason to extend the tort to this context. However, this is precisely the kind of question that it is for the trial judge to consider in light of the evidence. It is not for this Court on a motion to strike out portions of a statement of claim to reach a decision one way or the other as to the plaintiff's chances of success. As the law that spawned the "plain and obvious" test makes clear, it is enough that the plaintiff has some chance of success.

The issues that will arise at the trial of the plaintiff's action in conspiracy will unquestionably be difficult. The plaintiff may have to make complex submissions about whether the evidence

qu'elles respectent les deux critères du résumé que fait le juge Estey du droit en matière de délit civil de complot, de l'occasion de convaincre un tribunal que les faits allégués sont exacts et qu'il y a lieu de conclure que le délit civil de complot s'applique à ceux-ci. Même si les tribunaux devraient hésiter à étendre le délit au-delà de ses limites existantes, il se pourrait bien qu'un examen minutieux conduise à la conclusion que ce délit civil a un rôle utile à jouer dans de nouveaux contextes.

Je souligne que, dans l'arrêt *Frame c. Smith*, précité, à la p. 125, je n'étais pas prête à étendre le délit civil de complot au contexte de la garde des enfants et du droit de visite à la fois parce que cette extension n'était pas dans les meilleurs intérêts des enfants et parce que cette extension n'aurait pas été conforme au raisonnement qui soutient le délit civil de complot: «savoir que le délit doit exister lorsque la combinaison crée un préjudice qui n'existe pas en l'absence de combinaison». Mais dans le présent pourvoi, j'estime qu'il est loin d'être aussi évident qu'on parviendrait nécessairement à une conclusion similaire. Si les faits allégués par le demandeur sont exacts, et pour les fins de ce pourvoi nous devons présumer qu'ils le sont, il se peut alors fort bien qu'une entente entre des sociétés pour retenir des renseignements au sujet d'un produit toxique puisse engendrer un préjudice qui n'aurait pas pu prendre une telle ampleur si une seule société avait décidé de retenir ces renseignements. Par conséquent, il peut y avoir de bonnes raisons d'étendre le délit civil à ce contexte. Cependant, c'est précisément le genre de question qu'il appartient au juge de première instance d'examiner en fonction de la preuve. Il n'appartient pas à notre Cour, suite à une requête en radiation de certaines parties d'une déclaration de rendre une décision dans un sens ou dans l'autre quant aux chances de succès du demandeur. Comme le droit à l'origine du critère des cas «évidents et manifestes» l'établit clairement, il suffit que le demandeur ait quelque chance de succès.

Il est certain que les questions qui seront soulevées à l'audition de l'action du demandeur en matière de complot seront difficiles. Le demandeur devra peut-être présenter des arguments complexes

establishes that the defendants conspired either with a view to causing him harm or in circumstances where they should have known that their actions would cause him harm. He may well have to make novel arguments concerning whether it is enough that the defendants knew or ought to have known that a class of which the plaintiff was a member would suffer harm. The trial judge might conclude, as some of the defendants have submitted, that the plaintiff should have sued the defendants as joint tortfeasors rather than alleging the tort of conspiracy. But this Court's statements in *Inuit Tapirisat of Canada* and *Operation Dismantle Inc.*, as well as decisions such as *Dyson* and *Drummond-Jackson*, make clear that none of these considerations may be taken into account on an application brought under Rule 19(24) of the *British Columbia Rules of Court*.

In my view, Anderson and Esson J.J.A. were entirely correct in suggesting that it should be left to the trial judge to ascertain whether the plaintiff can establish that the predominant purpose of the alleged conspiracy was to injure the plaintiff. It seems to me that they were also correct in suggesting that it should be left to the trial judge to consider the merits of any arguments that may be advanced to the effect that the "predominant purpose" test should be modified in the context of this case. Similarly, it seems to me that the argument that some of the defendants advanced, to the effect that Quebec's *Business Concerns Records Act*, R.S.Q. 1977, c. D-12, might limit the range of information that the defendants could produce at trial, is a matter that is not relevant to the question whether the plaintiff's statement of claim discloses a reasonable claim.

The fact that a pleading reveals "an arguable, difficult or important point of law" cannot justify striking out part of the statement of claim. Indeed, I would go so far as to suggest that where a statement of claim reveals a difficult and important point of law, it may well be critical that the action be allowed to proceed. Only in this way can

pour établir que la preuve démontre que les défenderesses ont conspiré en vue de lui causer un préjudice ou dans des circonstances où elles auraient dû savoir que leurs actions lui causeraient un préjudice. Il se peut fort bien qu'il ait à présenter des arguments inédits pour déterminer s'il est suffisant que les défenderesses aient su ou eussent dû savoir que le groupe dont faisait partie l'appelant subirait un préjudice. Comme certaines des défenderesses l'ont prétendu, le juge de première instance pourrait peut-être conclure que le demandeur aurait dû poursuivre les défenderesses comme coauteurs des délits plutôt que d'alléguer le délit civil de complot. Mais les affirmations de notre Cour dans les arrêts *Inuit Tapirisat of Canada* et *Operation Dismantle Inc.*, ainsi que des arrêts comme *Dyson* et *Drummond-Jackson*, établissent clairement qu'aucun de ces facteurs ne peut être pris en considération dans une demande présentée en vertu de la règle 19(24) des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique.

À mon avis, les juges Anderson et Esson avaient tout à fait raison de dire qu'il devrait revenir au juge de première instance de déterminer si le demandeur peut établir que l'objet prédominant du complot allégué était de nuire au demandeur. Il me semble qu'ils avaient également raison de dire qu'il devrait appartenir au juge de première instance d'examiner le bien-fondé des arguments qui peuvent être présentés pour établir que le critère de «l'objet prédominant» devrait être modifié dans le contexte de cette affaire. De même, il me semble que l'argument invoqué par certaines des défenderesses, selon lequel il se pourrait que la *Loi sur les dossiers d'entreprises* du Québec, L.R.Q. 1977, ch. D-12, restreigne l'éventail des renseignements que les défenderesses pourraient produire à l'audience, est une question qui n'a rien à voir avec celle de savoir si la déclaration du demandeur révèle une demande raisonnable.

Ce n'est pas parce qu'un acte de procédure révèle [TRADUCTION] «une question de droit contestable, difficile ou importante» que l'on peut radier certaines parties de la déclaration. Certes, j'irais jusqu'à dire que, lorsqu'une déclaration révèle une question de droit difficile et importante, il peut fort bien être capital que l'action puisse

we be sure that the common law in general, and the law of torts in particular, will continue to evolve to meet the legal challenges that arise in our modern industrial society.

Finally, the defendants also submit that a cause of action in conspiracy is not available when a plaintiff has available another cause of action. Since the plaintiff has alleged in paragraph 20 of his statement of claim that the defendants engaged in various tortious acts, the defendants contend that it is not open to the plaintiff to proceed with his claim in conspiracy.

In my view, there are at least two problems with this submission. First, while it may be arguable that if one succeeds under a distinct nominate tort against an individual defendant, then an action in conspiracy should not be available against that defendant, it is far from clear that the mere fact that a plaintiff alleges that a defendant committed other torts is a bar to pleading the tort of conspiracy. It seems to me that one can only determine whether the plaintiff should be barred from recovery under the tort of conspiracy once one ascertains whether he has established that the defendant did in fact commit the other alleged torts. And while on a motion to strike we are required to assume that the facts as pleaded are true, I do not think that it is open to us to assume that the plaintiff will necessarily succeed in persuading the court that these facts establish the commission of the other alleged nominate torts. Thus, even if one were to accept the appellants' (defendants) submission that "upon proof of the commission of the tortious acts alleged" in paragraph 20 of the plaintiff's statement of claim "the conspiracy merges with the tort", one simply could not decide whether this "merger" had taken place without first deciding whether the plaintiff had proved that the other tortious acts had been committed.

This brings me to the second difficulty I have with the defendants' submission. It seems to me totally inappropriate on a motion to strike out a

suivre son cours. Ce n'est que de cette façon que nous pouvons nous assurer que la common law en général, et le droit en matière de responsabilité civile en particulier, vont continuer à évoluer pour répondre aux contestations judiciaires qui se présentent dans notre société industrielle moderne.

Enfin, les défenderesses prétendent également qu'une cause d'action en matière de complot ne peut être invoquée lorsqu'un demandeur dispose d'une autre cause d'action. Puisque le demandeur a allégué au paragraphe 20 de sa déclaration que les défenderesses ont commis divers délits, les défenderesses prétendent que le demandeur ne peut fonder sa demande sur le complot.

À mon avis, cet argument présente au moins deux problèmes. Premièrement, bien qu'il puisse être discutable que si une partie a gain de cause contre un défendeur en invoquant un délit civil spécifique distinct, une action fondée sur le complot ne devrait pas alors être recevable contre ce défendeur, il est loin d'être clair que le simple fait qu'un demandeur allègue qu'un défendeur a commis d'autres délits l'empêche d'invoquer le délit civil de complot. Il me semble que l'on peut déterminer si le demandeur devrait être privé du recours fondé sur le délit civil de complot seulement lorsqu'on a décidé s'il a établi que le défendeur a réellement commis les autres délits allégués. Et bien qu'en présence d'une requête en radiation nous soyons tenus de présumer que les faits allégués sont exacts, je ne crois pas que nous puissions supposer que le demandeur réussira nécessairement à convaincre le tribunal que ces faits établissent la perpétration des autres délits distincts qu'il allègue. Ainsi, même si l'on acceptait la prétention des appelantes (défenderesses) que, [TRADUCTION] «dès qu'il y a une preuve de la perpétration des autres délits allégués» au paragraphe 20 de la déclaration du demandeur, [TRADUCTION] «le complot se confond avec le délit», on ne pourrait tout simplement pas déterminer si cette [TRADUCTION] «fusion» a eu lieu sans décider d'abord si le demandeur a établi la perpétration des autres délits civils.

Cela m'amène à examiner la seconde difficulté que soulève dans mon esprit l'argument des défenderesses. J'estime qu'en présence d'une requête en

statement of claim to get into the question whether the plaintiff's allegations concerning other nominate torts will be successful. This a matter that should be considered at trial where evidence with respect to the other torts can be led and where a fully informed decision about the applicability of the tort of conspiracy can be made in light of that evidence and the submissions of counsel. If the plaintiff is successful with respect to the other nominate torts, then the trial judge can consider the defendants' arguments about the unavailability of the tort of conspiracy. If the plaintiff is unsuccessful with respect to the other nominate torts, then the trial judge can consider whether he might still succeed in conspiracy. Regardless of the outcome, it seems to me inappropriate at this stage in the proceedings to reach a conclusion about the validity of the defendants' claims about merger. I believe that this matter is also properly left for the consideration of the trial judge.

In the result the appellants have not demonstrated that those portions of the respondent's statement of claim which allege the tort of conspiracy fail to disclose a reasonable claim. They should not therefore be struck out under Rule 19(24)(a) of the British Columbia *Rules of Court*.

5. Disposition

The appeals should be dismissed with costs.

Appeals dismissed with costs.

Solicitors for Carey Canada Inc.: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for Lac d'amiante du Québec Ltée: Davis & Co., Vancouver.

Solicitors for National Gypsum Co.: Koenigsberg & Russell, Vancouver.

Solicitors for Atlas Turner Inc., Asbestos Corporation Limited and Bell Asbestos Mines Limited: Douglas, Symes & Brissenden, Vancouver.

radiation d'une déclaration il est tout à fait inopportun de se demander si les allégations du demandeur concernant les autres délits civils spécifiques mentionnés seront couronnées de succès. Il s'agit d'une question qui devrait être examinée au procès où une preuve quant aux autres délits peut être apportée et où une décision totalement éclairée concernant l'applicabilité du délit civil de complot peut être prise en fonction de cette preuve et des arguments des avocats. Si le demandeur réussit à faire la preuve des autres délits mentionnés, le juge de première instance peut alors examiner les arguments des défenderesses quant à l'impossibilité de faire valoir le délit civil de complot. Si le demandeur ne réussit pas à faire la preuve des autres délits, le juge de première instance peut alors examiner s'il pourrait quand même avoir gain de cause en faisant valoir le délit civil de complot. Sans égard à l'issue de l'affaire, il ne m'apparaît pas approprié à cette étape des procédures de tirer une conclusion quant à la validité des prétentions des défenderesses au sujet de la fusion. J'estime qu'il s'agit d'une question qu'il appartient encore au juge de première instance d'examiner.

En conséquence, les appelantes n'ont pas démontré que les parties de la déclaration de l'intimé où le délit civil de complot est allégué ne révèlent pas une demande raisonnable. Ces parties de la déclaration ne devraient donc pas être radiées en application de la règle 19(24)a) des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique.

5. Le dispositif

Je suis d'avis de rejeter les pourvois avec dépens.

Pourvois rejetés avec dépens.

Procureurs de Carey Canada Inc.: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs de Lac d'amiante du Québec Ltée: Davis & Co., Vancouver.

Procureurs de National Gypsum Co.: Koenigsberg & Russell, Vancouver.

Procureurs d'Atlas Turner Inc., Asbestos Corporation Limited and Bell Asbestos Mines Limited: Douglas, Symes & Brissenden, Vancouver.

Solicitors for T & N, P.L.C.: Macaulay & Company, Vancouver.

Solicitors for Flintkote Mines Limited: Edwards, Kenny & Bray, Vancouver.

Solicitors for George Ernest Hunt: Ladner Downs, Vancouver.

Procureurs de T & N, P.L.C.: Macaulay & Company, Vancouver.

Procureurs de Flintkote Mines Limited: Edwards, Kenny & Bray, Vancouver.

Procureurs de George Ernest Hunt: Ladner Downs, Vancouver.



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 7, 1990 Vol. 2

7^e cahier, 1990 Vol. 2

Cited as [1990] 2 S.C.R. 995-1184

Renvoi [1990] 2 R.C.S. 995-1184

NOTICE

Volume 2 of the Supreme Court Reports [1990]
will contain nine parts.

February 1991

AVIS

Le deuxième volume du Recueil des arrêts de la
Cour suprême [1990] comprend neuf cahiers.

Février 1991

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

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI
Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1990.

CONTENTS

Caisse populaire des Deux Rives v. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu 995

Insurance — Fire insurance — Nature and effect of hypothecary clause — Intentional fault of insured — Insurance policy purchased by hypothecary debtor — Debtor deliberately burning insured property — Whether intentional fault of debtor can be invoked against hypothecary creditor — Legality of hypothecary clause — Civil Code of Lower Canada, art. 2563.

Danson v. Ontario (Attorney General) 1086

Constitutional law — Charter of Rights — Charter litigation — Factual basis — Proceedings brought by way of application to enforce Charter rights — Application not supported by facts — Whether or not Charter action can be brought absent factual basis — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 15 — Constitution Act, 1867, s. 92(14) — Constitution Act, 1982, s. 52 — Rules of Civil Procedure, Rules 14.05(3)(h), 15.02(1), (3), 37.03(6), 57.07.

Courts — Jurisdiction — Mootness — Courts below considering issue in absence of factual situation — Fresh evidence adduced in Supreme Court of Canada — Whether the legal issue considered by the courts below rendered moot by the appellant's introduction of fresh evidence here.

Continued on next page

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

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseur
RICHARD BERBERI
Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1990.

SOMMAIRE

Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris 1029

Assurance — Assurance-incendie — Nature et effet de la clause hypothécaire — Fausses représentations du débiteur hypothécaire lors de la souscription de la police d'assurance — La nullité ab initio de la police d'assurance est-elle opposable aux créanciers hypothécaires?

Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu 995

Assurances — Assurance-incendie — Nature et effet de la clause hypothécaire — Faute intentionnelle de l'assuré — Police d'assurance souscrite par le débiteur hypothécaire — Débiteur incendiant volontairement l'immeuble assuré — La faute intentionnelle du débiteur est-elle opposable au créancier hypothécaire? — Légalité de la clause hypothécaire — Code civil du Bas-Canada, art. 2563.

Danson c. Ontario (Procureur général) 1086

Droit constitutionnel — Charte des droits — Litige fondé sur la Charte — Contexte factuel — Procédure intentée par requête en exécution de droits reconnus par la Charte — Absence de faits à l'appui de la requête — Une action en vertu de la Charte peut-elle être intentée sans contexte factuel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 15 — Loi constitutionnelle

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Civil procedure — Commencement of proceedings — Application challenging constitutionality of Rules permitting assessment of costs against solicitors — Application made absent factual basis — Whether or not application can be brought absent factual basis — Rules of Civil Procedure, Rules 14.05(3)(h), 15.02(1), (3), 37.03(6), 57.07.

Lanificio Fratelli Bettazzi S.N.C. v. Tissus Ranchar Inc. 1109

Sale of goods — Action for goods sold and delivered — Court of Appeal reversing trial judgment ordering payment of balance of account — Appeal allowed and trial judgment restored.

National Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris 1029

Insurance — Fire insurance — Nature and effect of hypothecary (mortgage) clause — Misrepresentations by hypothecary debtor when insurance policy purchased — Whether nullity ab initio of insurance policy can be invoked against hypothecary creditors.

R. v. Drolet 1107

Criminal law — Impaired driving — Care or control of a motor vehicle — Whether the offence of having care or control of a motor vehicle with a blood alcohol level of over .08 is included in the offence of driving a motor vehicle with a blood alcohol level of over .08.

R. v. Huang 1105

Criminal law — Corroboration — Evidence — Sexual assault causing bodily harm — Complainant a minor — Note written by complainant 45 minutes after incident not part of *res gestae* and therefore inadmissible — Other evidence of sufficient confirmatory weight, including emotional state following assault — Conviction affirmed.

R. v. Paquette 1103

Constitutional law — Language rights — Alberta courts — Federal offence — Whether accused has a right to use the French language in proceedings before the Alberta courts — The North-West Territories Act, R.S.C. 1886, c. 50, s. 110.

Criminal law — Procedure — Language rights — Alberta courts — Possession of a narcotic for the purpose of trafficking — Whether accused has a right to use the French language in proceedings before the Alberta courts — The North-West Territories Act, R.S.C. 1886, c. 50, s. 110.

R. v. Shupe 1108

Criminal law — Stay of proceedings — Allegation that Charter right to fair trial infringed — Accused unable to communicate with court and incapable of understanding charge — Stay granted but set aside on appeal — Appellant unable to show trial judge not appropriate forum for application.

R. v. Thompson 1111

Criminal law — Interception of private communications — Validity of authorization — Sufficiency of description —

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de 1867, art. 92(14) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Règles de procédure civile, règles 14.05(3)h), 15.02(1), (3), 37.03(6), 57.07.

Tribunaux — Compétence — Caractère théorique — Examen de la question par les tribunaux d'instance inférieure en l'absence de contexte factuel — Nouveaux éléments de preuve présentés à la Cour suprême du Canada — La question juridique examinée par les tribunaux d'instance inférieure est-elle devenue théorique parce que l'appelant a produit de nouveaux éléments de preuve?

Procédure civile — Introduction de l'instance — Requête contestant la constitutionnalité de règles autorisant la condamnation de procureurs aux dépens — Requête présentée en l'absence de contexte factuel — Une requête peut-elle être présentée en l'absence de contexte factuel? — Règles de procédure civile, règles 14.05(3)h), 15.02(1), (3), 37.03(6), 57.07.

Lanificio Fratelli Bettazzi S.N.C. c. Tissus Ranchar Inc. 1109

Vente de marchandises — Action relative à des marchandises vendues et livrées — Infirmité par la Cour d'appel du jugement ordonnant le paiement du solde d'un compte — Pourvoi accueilli et jugement de première instance rétabli.

R. c. Drolet 1107

Droit criminel — Conduite avec facultés affaiblies — Garde et contrôle d'un véhicule à moteur — L'infraction d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors que le taux d'alcoolémie dépasse .08 est-elle comprise dans celle d'avoir conduit un tel véhicule avec un taux d'alcoolémie supérieur à .08?

R. c. Huang 1105

Droit criminel — Corroboration — Preuve — Agression sexuelle causant des lésions corporelles — La plaignante est une personne mineure — La note rédigée par la plaignante 45 minutes après l'incident ne fait pas partie de la *res gestae* et est donc inadmissible — Valeur confirmative suffisante d'autres éléments de preuve, dont l'état émotionnel qui a suivi l'agression — Déclaration de culpabilité confirmée.

R. c. Paquette 1103

Droit constitutionnel — Droits linguistiques — Tribunaux de l'Alberta — Infraction fédérale — L'accusé a-t-il le droit d'utiliser le français dans les procédures devant les tribunaux de l'Alberta? — Acte des territoires du Nord-Ouest, S.R.C. 1886, ch. 50, art. 110.

Droit criminel — Procédure — Droits linguistiques — Tribunaux de l'Alberta — Possession d'un stupéfiant pour en faire le trafic — L'accusé a-t-il le droit d'utiliser le français dans les procédures devant les tribunaux de l'Alberta? — Acte des territoires du Nord-Ouest, S.R.C. 1886, ch. 50, art. 110.

R. c. Shupe 1108

Droit criminel — Suspension des procédures — Allégation d'atteinte au droit à un procès équitable reconnu par la Charte — Incapacité de l'accusé de communiquer avec la cour et de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Places of interception: public pay phones and residential premises — Authorizations permitting private communications to be intercepted at all places resorted to by named persons within the province — Whether authorizations valid — Whether public pay telephones should be specifically mentioned on face of authorizations — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.12(1)(e), 178.13(2)(c), 178.16(1).

Criminal law — Interception of private communications — Validity of authorization — Renewal or new authorization — Police obtaining new authorization prior to expiration of original authorization — New authorization including new parties and locations for surveillance — Whether appropriate to seek new authorization rather than renewal — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part IV.1.

Criminal law — Interception of private communications — Admissibility of evidence — Proof of resorting to a place — Authorizations permitting private communications to be intercepted at all places resorted to by named persons within the province — Whether intercepted private communication in itself can afford evidence that a person resorted to "a place" — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part IV.1.

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Interception of private communications — Authorizations permitting private communications to be intercepted at all places resorted to by named persons within the province — Surreptitious entry into residential premises to install intercepting devices — Intercepting devices installed on public pay telephones — No conditions included in authorizations to protect public interest — Whether authorizations violate s. 8 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether communications intercepted under authorizations should be excluded pursuant to s. 24(2) of the Charter — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part IV.1.

R. v. Tremblay 1106

Criminal law — Charge to jury — First degree murder — Pre-meditation — Whether trial judge misdirected jury.

SOMMAIRE (Fin)

comprendre l'accusation portée — Suspension accordée mais annulée en appel — Incapacité de l'appelant de démontrer que le juge du procès ne constituait pas le tribunal compétent pour entendre la requête.

R. c. Thompson 1111

Droit criminel — Interception de communications privées — Validité de l'autorisation — Caractère suffisant de la description — Lieux d'interception: téléphones publics et lieux résidentiels — Autorisations d'intercepter des communications privées à tout endroit de la province fréquenté par des personnes nommées — Les autorisations sont-elles valides? — Les autorisations devraient-elles mentionner expressément les téléphones publics? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 178.12(1)e), 178.13(2)c), 178.16(1).

Droit criminel — Interception de communications privées — Validité de l'autorisation — Renouvellement ou nouvelle autorisation — Obtention par la police d'une nouvelle autorisation avant l'expiration de l'autorisation initiale — Nouvelle autorisation visant de nouvelles personnes et de nouveaux lieux de surveillance — Convient-il de demander une nouvelle autorisation au lieu d'un renouvellement? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, partie IV.1.

Droit criminel — Interception de communications privées — Admissibilité de la preuve — Preuve de la fréquentation d'un lieu — Autorisations d'intercepter des communications privées à tout endroit de la province fréquenté par des personnes nommées — La communication privée interceptée peut-elle en soi fournir la preuve que la personne a fréquenté «un lieu»? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, partie IV.1.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Interception de communications privées — Autorisations d'intercepter des communications privées à tout endroit de la province fréquenté par des personnes nommées — Entrée clandestine dans des lieux résidentiels pour y installer des dispositifs d'interception — Dispositifs d'interception installés dans des téléphones publics — Omission d'inclure dans les autorisations des conditions visant à protéger l'intérêt public — Les autorisations violent-elles l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, les communications interceptées en vertu de ces autorisations doivent-elles être écartées en vertu de l'art. 24(2) de la Charte? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, partie IV.1.

R. c. Tremblay 1106

Droit criminel — Exposé au jury — Meurtre au premier degré — Préméditation — Le juge du procès a-t-il donné des directives erronées?

Le Groupe Estrie-Richelieu, Compagnie d'assurance, in continuance of suit from Vallée du Richelieu, Compagnie mutuelle d'assurance de dommages *Appellant*

v.

Caisse populaire des Deux Rives *Respondent*

INDEXED AS: CAISSE POPULAIRE DES DEUX RIVES v. SOCIÉTÉ MUTUELLE D'ASSURANCE CONTRE L'INCENDIE DE LA VALLÉE DU RICHELIEU

File No.: 21205.

1990: March 20; 1990: October 4.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Insurance — Fire insurance — Nature and effect of hypothecary clause — Intentional fault of insured — Insurance policy purchased by hypothecary debtor — Debtor deliberately burning insured property — Whether intentional fault of debtor can be invoked against hypothecary creditor — Legality of hypothecary clause — Civil Code of Lower Canada, art. 2563.

A farmer obtained a loan from respondent Caisse and hypothecated his property to secure its repayment. The deed of loan provided that the debtor undertook to insure the hypothecated property in respondent's favour, and in fulfilment of this obligation the debtor purchased an insurance policy with appellant. The standard hypothecary clause included in the policy provided that, in the event of loss, the indemnity was payable to respondent and that the acts, neglect, omissions or misrepresentations of owners of the insured property could not be invoked against hypothecary creditors. The insured property was subsequently burnt by the intentional fault of the debtor and appellant, relying on art. 2563 *C.C.L.C.*, refused to indemnify respondent. This article of public order provides that an insurer "is not liable, notwithstanding any agreement to the contrary, for prejudice arising from the insured's intentional fault". In response to this refusal, respondent brought an action against appellant in the Superior Court. The court allowed the action and its judgment was affirmed by the Court of Appeal. This appeal is to determine whether the intentional fault of a hypothecary debtor can be invoked against his hypothecary creditor under an insurance contract containing a hypothecary clause.

Le Groupe Estrie-Richelieu, Compagnie d'assurance, en reprise d'instance de la Vallée du Richelieu, Compagnie mutuelle d'assurance de dommages *Appelante*

c.

Caisse populaire des Deux Rives *Intimée*

RÉPERTORIÉ: CAISSE POPULAIRE DES DEUX RIVES c.

b SOCIÉTÉ MUTUELLE D'ASSURANCE CONTRE L'INCENDIE DE LA VALLÉE DU RICHELIEU

N° du greffe: 21205.

1990: 20 mars; 1990: 4 octobre.

c

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

d

Assurances — Assurance-incendie — Nature et effet de la clause hypothécaire — Faute intentionnelle de l'assuré — Police d'assurance souscrite par le débiteur hypothécaire — Débiteur incendiant volontairement l'immeuble assuré — La faute intentionnelle du débiteur est-elle opposable au créancier hypothécaire? — Légalité de la clause hypothécaire — Code civil du Bas-Canada, art. 2563.

Un producteur agricole a obtenu un prêt de la Caisse intimée et a hypothéqué son immeuble pour en garantir le remboursement. L'acte de prêt prévoit que le débiteur s'engage à assurer le bien hypothéqué au bénéfice de l'intimée et c'est en exécution de cette obligation que le débiteur a souscrit une police d'assurance auprès de l'appelante. La clause hypothécaire type incluse dans la police stipule que l'indemnité, en cas de sinistre, est payable à l'intimée et que les actes, négligences ou déclarations des propriétaires des biens assurés ne sont pas opposables aux créanciers hypothécaires. Les biens assurés ont par la suite été incendiés par la faute intentionnelle du débiteur et l'appelante, invoquant l'art. 2563 *C.c.B.-C.*, a refusé d'indemniser l'intimée. Cet article d'ordre public dispose qu'un assureur «ne répond pas, nonobstant toute convention contraire, du préjudice provenant d'une faute intentionnelle de l'assuré». Devant ce refus, l'intimée a intenté une action contre l'appelante en Cour supérieure. La cour a accueilli l'action et son jugement a été confirmé par la Cour d'appel. Le présent pourvoi vise à déterminer si la faute intentionnelle d'un débiteur hypothécaire peut être opposée à son créancier hypothécaire aux termes d'un contrat d'assurance contenant une clause hypothécaire.

Held: The appeal should be dismissed.

The insurance clause in the hypothecary loan contract contains all the elements of a contract of mandate, under which the hypothecary debtor has undertaken to keep the property subject to the hypothec insured. In accordance with that mandate, the hypothecary debtor took out an insurance policy containing a hypothecary clause. The wording of this clause indicates the existence of a second insurance contract between the hypothecary creditor and the insurer, a contract separate from the one purchased by the hypothecary debtor personally. Since the hypothecary creditor and not the debtor is the insured under this second insurance contract, indemnification of the hypothecary creditor for the loss caused by its debtor's intentional fault is not contrary to the prohibition of public order contained in art. 2563 C.C.L.C. Fault by the hypothecary debtor must be treated as fault by a third party.

Cases Cited

Referred to: *Madill v. Lirette*, [1987] R.J.Q. 993; *Guerin v. Manchester Fire Assurance Co.* (1898), 29 S.C.R. 139; *Syndicate Ins. Co. v. Bohn*, 65 F. 165 (1894); *Hallé v. Canadian Indemnity Co.*, [1937] S.C.R. 368; *Aetna Insurance Co. v. Kennedy*, 301 U.S. 389 (1937); *Federal National Mortgage Association v. Prudential Property and Casualty Insurance Co.*, 517 So.2d 201 (1987); *Liverpool and London and Globe Insurance Co. v. Agricultural Savings and Loan Co.* (1903), 33 S.C.R. 94, rev'g (1901), 3 O.L.R. 127; *London and Midland General Insurance Co. v. Bonser*, [1973] S.C.R. 10; *Hastings v. Westchester Fire Ins. Co.*, 73 N.Y. 141 (1878); *London Loan and Savings Co. of Canada v. Union Insurance Co. of Canton Ltd.* (1925), 56 O.L.R. 590, aff'd (1925), 57 O.L.R. 651; *Royal Insurance Co. of Canada v. Trans Canada Credit Corp.* (1983), 1 C.C.L.I. 300; *Royal Bank of Canada v. Red River Valley Mutual Insurance Co.*, [1986] 5 W.W.R. 236; *National Bank of Canada v. Co-Operators General Insurance Co.* (1988), 90 A.R. 295; *Commerce & Industry Insurance Co. v. West End Investment Co.*, [1977] 2 S.C.R. 1036; Agen, December 8, 1964, *Parfait v. Assurances générales et Nationale incendie* (1965), 36 *Rev. gén. ass. terr.* 333; Cass. civ., February 28, 1939, *La Confiance v. Le Phénix* (1939), 10 *Rev. gén. ass. terr.* 469; Cass. civ., December 4, 1946, *Consorts Poudex v. Cie d'assurance La France*, D.1947.25.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Lower Canada, arts. 13, 17(24), 984, 1173, 1174, 1701, 1702, 2468 [repl. 1974, c. 70, s. 2], 2499 [repl. *idem*], 2500 [repl. *idem*; am. 1979, c. 33,

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La clause d'assurance du contrat de prêt hypothécaire comporte tous les éléments d'un contrat de mandat, en vertu duquel le débiteur hypothécaire s'engage à maintenir assurés les biens sur lesquels porte l'hypothèque. En conformité avec ce mandat, le débiteur hypothécaire a souscrit une police d'assurance contenant une clause hypothécaire. Le texte de cette clause constate l'existence d'un second contrat d'assurance entre le créancier hypothécaire et l'assureur, contrat distinct de celui souscrit par le débiteur hypothécaire personnellement. Puisque, dans le cadre de ce second contrat d'assurance, le créancier et non le débiteur hypothécaire est l'assuré, l'indemnisation du créancier hypothécaire pour le préjudice causé par la faute intentionnelle de son débiteur ne va pas à l'encontre de la prohibition d'ordre public contenue à l'art. 2563 C.c.B.-C. La faute du débiteur hypothécaire doit être considérée comme la faute d'un tiers.

d Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Madill c. Lirette*, [1987] R.J.Q. 993; *Guerin v. Manchester Fire Assurance Co.* (1898), 29 R.C.S. 139; *Syndicate Ins. Co. v. Bohn*, 65 F. 165 (1894); *Hallé v. Canadian Indemnity Co.*, [1937] R.C.S. 368; *Aetna Insurance Co. v. Kennedy*, 301 U.S. 389 (1937); *Federal National Mortgage Association v. Prudential Property and Casualty Insurance Co.*, 517 So.2d 201 (1987); *Liverpool and London and Globe Insurance Co. v. Agricultural Savings and Loan Co.* (1903), 33 R.C.S. 94, inf. (1901), 3 O.L.R. 127; *London and Midland General Insurance Co. c. Bonser*, [1973] R.C.S. 10; *Hastings v. Westchester Fire Ins. Co.*, 73 N.Y. 141 (1878); *London Loan and Savings Co. of Canada v. Union Insurance Co. of Canton Ltd.* (1925), 56 O.L.R. 590, conf. par (1925), 57 O.L.R. 651; *Royal Insurance Co. of Canada v. Trans Canada Credit Corp.* (1983), 1 C.C.L.I. 300; *Royal Bank of Canada v. Red River Valley Mutual Insurance Co.*, [1986] 5 W.W.R. 236; *National Bank of Canada v. Co-Operators General Insurance Co.* (1988), 90 A.R. 295; *Commerce & Industry Insurance Co. c. West End Investment Co.*, [1977] 2 R.C.S. 1036; Agen, 8 décembre 1964, *Parfait c. Assurances générales et Nationale incendie* (1965), 36 *Rev. gén. ass. terr.* 333; Cass. civ., 28 février 1939, *La Confiance c. Le Phénix* (1939), 10 *Rev. gén. ass. terr.* 469; Cass. civ., 4 décembre 1946, *Consorts Poudex c. Cie d'assurance La France*, D.1947.25.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas-Canada, art. 13, 17(24), 984, 1173, 1174, 1701, 1702, 2468 [rempl. 1974, ch. 70, art. 2], 2499 [rempl. *idem*], 2500 [rempl. *idem*; mod. 1979,

- s. 47], 2563 [repl. 1974, c. 70, s. 2], 2572 [repl. *idem*], 2573 [repl. *idem*], 2578 (former), 2582 [repl. 1974, c. 70, s. 2], 2586 [repl. *idem*].
Insurance Act, R.S.Q. 1964, c. 295, s. 238.
Loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance, J.O., July 18, 1930, ss. 12, 37.
- ch. 33, art. 47], 2563 [repl. 1974, ch. 70, art. 2], 2572 [repl. *idem*], 2573 [repl. *idem*], 2578 (ancien), 2582 [repl. 1974, ch. 70, art. 2], 2586 [repl. *idem*].
Loi des assurances, S.R.Q. 1964, ch. 295, art. 238.
Loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance, J.O., 18 juillet 1930, art. 12, 37.

Authors Cited

- American Jurisprudence*, vol. 43, 2nd ed. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1982.
- Appleman, John Alan and Jean Appleman. *Insurance Law and Practice*, rev. vol. 5A. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1970.
- Bergeron, Jean-Guy. "L'opposabilité des exceptions à différents intéressés dans un contrat d'assurance" (1987), 47 *R. du B.* 933.
- Bigot, Jean. "Assurances de responsabilité: les limites du risque assurable" (1978), 49 *Rev. gén. ass. terr.* 169.
- Civil Code of Lower Canada: Sixth and Seventh Reports and Supplementary Report*. Québec: George E. Desbarats, 1865.
- Comerford Jr., W. Thompson. "When Is Money Paid the Mortgagee Recoverable?—Is the Counterclaim Compulsory?" (1986), 22 *Tort & Ins. L.J.* 113.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1984.
- Couch, George J. *Cyclopedia of Insurance Law*, vol. 10A, 2nd ed. By Ronald A. Anderson. Revised volume by Mark S. Rhodes. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1982.
- Dwyer, James R. and Carey S. Barney. "Analysis of Standard Mortgage Clause and Selected Provisions of the New York Standard Fire Policy" (1984), 19 *Forum* 639.
- Encyclopédie juridique Dalloz: Répertoire de droit civil*, t. I, 2^e éd., "Assurances terrestres" par Georges Durry.
- Fabien, Claude. "Les règles du mandat". Dans *Répertoire de droit: Mandat*. Montréal: Chambre des notaires du Québec, 1982.
- Faribault, Bernard. "Du papillon à la chrysalide ou l'étrange métamorphose de l'assurance de responsabilité" (1987), 55 *Assurances* 300.
- Lambert-Faivre, Yvonne. *Droit des assurances*, 6^e éd. Paris: Dalloz, 1988.
- Ledru-Rollin. "Coup d'œil sur les praticiens, les arrêtistes et la jurisprudence". Dans *Journal du Palais*, t. 1, 3^e éd. Par Ledru-Rollin. Paris: F.-F. Patris, 1842.
- Louisiana Civil Law Treatise*, vol. 15. By William Shelby McKenzie and H. Alston Johnson. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.

Doctrine citée

- American Jurisprudence*, vol. 43, 2nd ed. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1982.
- Appleman, John Alan and Jean Appleman. *Insurance Law and Practice*, rev. vol. 5A. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1970.
- Bergeron, Jean-Guy. "L'opposabilité des exceptions à différents intéressés dans un contrat d'assurance" (1987), 47 *R. du B.* 933.
- Bigot, Jean. "Assurances de responsabilité: les limites du risque assurable" (1978), 49 *Rev. gén. ass. terr.* 169.
- Code civil du Bas Canada: Sixième et Septième Rapports et Rapport Supplémentaire*. Québec: George E. Desbarats, 1865.
- Comerford Jr., W. Thompson. "When Is Money Paid the Mortgagee Recoverable?—Is the Counterclaim Compulsory?" (1986), 22 *Tort & Ins. L.J.* 113.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1982.
- Couch, George J. *Cyclopedia of Insurance Law*, vol. 10A, 2nd ed. By Ronald A. Anderson. Revised volume by Mark S. Rhodes. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1982.
- Dwyer, James R. and Carey S. Barney. "Analysis of Standard Mortgage Clause and Selected Provisions of the New York Standard Fire Policy" (1984), 19 *Forum* 639.
- Encyclopédie juridique Dalloz: Répertoire de droit civil*, t. I, 2^e éd., "Assurances terrestres" par Georges Durry.
- Fabien, Claude. "Les règles du mandat". Dans *Répertoire de droit: Mandat*. Montréal: Chambre des notaires du Québec, 1982.
- Faribault, Bernard. "Du papillon à la chrysalide ou l'étrange métamorphose de l'assurance de responsabilité" (1987), 55 *Assurances* 300.
- Lambert-Faivre, Yvonne. *Droit des assurances*, 6^e éd. Paris: Dalloz, 1988.
- Ledru-Rollin. "Coup d'œil sur les praticiens, les arrêtistes et la jurisprudence". Dans *Journal du Palais*, t. 1, 3^e éd. Par Ledru-Rollin. Paris: F.-F. Patris, 1842.
- Louisiana Civil Law Treatise*, vol. 15. By William Shelby McKenzie and H. Alston Johnson. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.
- Picard, Maurice et André Besson. *Les assurances terrestres*, t. I, 5^e éd. Par André Besson. Paris: L.G.D.J., 1982.

Picard, Maurice et André Besson. *Les assurances terrestres*, t. I, 5^e éd. Par André Besson. Paris: L.G.D.J., 1982.

Picard, Maurice et André Besson. *Traité général des assurances terrestres en droit français*, t. 2. Paris: L.G.D.J., 1940.

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 15, n° 82, le 19 novembre 1974, p. 2873.

Québec. Ministère des Institutions financières, Compagnies et Coopératives. Service des assurances. *Rapport Faribault*, 1957-60.

Sicot, Lucien et Henri Margeat. *Précis de la loi sur le contrat d'assurance*, 4^e éd. Paris: L.G.D.J., 1962.

Simard Jr., François-Xavier. «La faute intentionnelle de l'assuré et la clause de garantie hypothécaire» (1987), 21 *R.J.T.* 335.

Sumien, Paul. *Traité théorique et pratique des assurances terrestres des opérations de capitalisation, d'épargne et de crédit différé*, 7^e éd. Paris: Dalloz, 1957.

Thisdale, Louise. «Quelques innovations législatives en assurance de dommages», [1978] *C.P. du N.* 1.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1988] R.J.Q. 2355, [1988] R.D.I. 556, 18 Q.A.C. 44, affirming a judgment of the Superior Court, [1984] C.S. 1180. Appeal dismissed.

François-Xavier Simard, Jr. and André Desgagné, for the appellant.

Louis Gagné, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—This appeal concerns the appellant insurer and the respondent hypothecary creditor of the purchaser of an insurance policy. The issue is whether the intentional fault of a hypothecary debtor can be invoked against his hypothecary creditor under an insurance contract containing a hypothecary clause.

Facts

The relevant facts are not in dispute and may be summarized as follows:

As security for a loan obtained from the respondent by one Leclerc, a hypothec was placed on certain immovable property. One of the conditions of the deed of loan was that the hypothecary debtor undertake to insure this property. In

Picard, Maurice et André Besson. *Traité général des assurances terrestres en droit français*, t. 2. Paris: L.G.D.J., 1940.

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 15, n° 82, le 19 novembre 1974, p. 2873.

^a Québec. Ministère des Institutions financières, Compagnies et Coopératives. Service des assurances. *Rapport Faribault*, 1957-60.

Sicot, Lucien et Henri Margeat. *Précis de la loi sur le contrat d'assurance*, 4^e éd. Paris: L.G.D.J., 1962.

^b Simard Jr., François-Xavier. «La faute intentionnelle de l'assuré et la clause de garantie hypothécaire» (1987), 21 *R.J.T.* 335.

Sumien, Paul. *Traité théorique et pratique des assurances terrestres des opérations de capitalisation, d'épargne et de crédit différé*, 7^e éd. Paris: Dalloz, 1957.

Thisdale, Louise. «Quelques innovations législatives en assurance de dommages», [1978] *C.P. du N.* 1.

^d

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1988] R.J.Q. 2355, [1988] R.D.I. 556, 18 Q.A.C. 44, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1984] C.S. 1180. Pourvoi rejeté.

François-Xavier Simard, Jr. et André Desgagné, pour l'appelante.

^f

Louis Gagné, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

^g

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Ce pourvoi met en cause un assureur, l'appelante, et le créancier hypothécaire du souscripteur de la police d'assurance, l'intimée. Il s'agit de déterminer si la faute intentionnelle d'un débiteur hypothécaire peut être opposée à son créancier hypothécaire aux termes d'un contrat d'assurance contenant une clause hypothécaire.

^h

Faits

ⁱ

Les faits ici pertinents n'ont pas été contestés et ils se résument à ceci:

^j

À titre de garantie d'un prêt effectué par un dénommé Leclerc auprès de l'intimée, divers biens immobiliers furent grevés d'une hypothèque. L'une des conditions de l'acte de prêt prévoyait que le débiteur hypothécaire s'engageait à assurer ces

accordance with this clause, the latter purchased an insurance contract with the appellant. The immovable property insured by the appellant was subsequently burned by the intentional fault of Leclerc, its owner. The insurance contract provided that in the event of loss the indemnity was payable to the respondent, under the hypothecary clause. It was a standard form providing that the acts, neglect, omissions or misrepresentations of owners or occupants of the insured property could not be invoked against hypothecary creditors. The respondent brought an action against the appellant, claiming from it \$112,359.50, the amount which it alleged was owed to it on the date of the fire. The Quebec Superior Court ordered the appellant to pay the respondent \$62,726.50 with interest and costs, in view of the value of the insured property and the limit of the insurance contract. This judgment was affirmed in all respects by the Quebec Court of Appeal.

Judgments

Superior Court, [1984] C.S. 1180

As the issue raised by the action was whether the insured's intentional fault could be invoked against the hypothecary creditor, Biron J. noted the difficulty arising from the presence of a hypothecary clause in view of the public order provisions of the *Civil Code of Lower Canada*, following the 1974 amendments (at p. 1182):

[TRANSLATION] There can be no dispute that it [intentional fault of the insured] can be invoked against an ordinary hypothecary creditor who does not have the benefit of the standard hypothecary clause. The question becomes more difficult when, as here, under a clause contained in the policy the insurer has waived the right to rely on the acts of the insured against the hypothecary creditor. The difficulty arises from the second paragraph of art. 2563 of the *Civil Code*, which provides that the insurer is not liable, notwithstanding any agreement to the contrary, for prejudice arising from the insured's intentional fault, and from art. 2500 of the *Civil Code*, which declares any stipulation which derogates from the "prescriptions of . . . the second paragraph of article 2563" C.C. to be without effect.

The court was of the view that the standard hypothecary clause is an integral part of daily practice in insurance matters, and that the inter-

biens. En conformité avec cette clause, ce dernier souscrit un contrat d'assurance auprès de l'appelante. Par la suite, les biens immobiliers assurés par l'appelante furent incendiés par la faute intentionnelle de Leclerc, leur propriétaire. Il est stipulé au contrat d'assurance que l'indemnité, en cas de sinistre, est payable à l'intimée, aux termes de la clause hypothécaire. Il s'agit de la formule type, qui prévoit que ne sont pas opposables aux créanciers hypothécaires les actes, négligences ou déclarations des propriétaires, locataires ou occupants des biens assurés. L'intimée a intenté une poursuite contre l'appelante, lui réclamant 112 359,50 \$, montant qu'elle alléguait lui être dû à la date de l'incendie. La Cour supérieure du Québec a condamné l'appelante à payer à l'intimée la somme de 62 726,50 \$ avec les intérêts et les dépens, vu la valeur des biens assurés et la limite du contrat d'assurance. Ce jugement fut confirmé en tous points par la Cour d'appel du Québec.

Jugements

Cour supérieure, [1984] C.S. 1180

La question soulevée par le recours étant l'opposabilité au créancier hypothécaire de la faute intentionnelle de l'assuré, le juge Biron souligne la difficulté que pose la présence d'une clause hypothécaire face aux dispositions d'ordre public du *Code civil du Bas-Canada*, suite aux modifications de 1974 (à la p. 1182):

Il n'est pas contestable qu'elle [la faute intentionnelle de l'assuré] est opposable au simple créancier hypothécaire qui ne bénéficie pas de la clause hypothécaire type. La question devient plus difficile lorsque, comme ici, en vertu d'une clause contenue dans la police, l'assureur a renoncé à invoquer les actes de l'assuré vis-à-vis le créancier hypothécaire. La difficulté provient du deuxième alinéa de l'art. 2563 du *Code civil*, qui décrète que l'assureur ne répond pas, nonobstant toute convention contraire, du préjudice provenant d'une faute intentionnelle de l'assuré, et de l'art. 2500 du *Code civil*, qui déclare sans effet toute stipulation qui déroge aux «prescriptions . . . du deuxième alinéa de l'article 2563» C.C.

Considérant que la clause hypothécaire type fait partie intégrante de la pratique journalière dans le domaine des assurances, et que l'interprétation qui

pretation it has always been given by the Quebec courts cannot be set aside without clear wording, and accordingly concluded that arts. 2563 and 2500 *C.C.L.C.* have not changed the state of the law with respect to the intentional fault of the insured, since they make no specific provision to that effect. Even before the 1974 amendments to the *Civil Code of Lower Canada*, intentional fault by the insured could be invoked against him by the insurer under the provisions of the *Insurance Act*, R.S.Q. 1964, c. 295.

The trial judge stated that in his opinion an insurance policy containing a hypothecary clause of the type used in the case at bar sets forth two contracts: one between the purchaser and the insurer, the other between the insurer and the hypothecary creditor. The latter contract is entered into by the hypothecary debtor as a mandatary of his hypothecary creditor. The judge said (at p. 1188):

[TRANSLATION] The Court concludes that the [insurance policy] sets forth a valid insurance contract between the insurer and the Caisse populaire des Deux-Rives, as there was consent by both parties, that of the Caisse being given by its mandatary, as to the subject-matter of the contract, namely a guarantee against the risk of fire affecting certain property, and consideration, namely for the insurer, the premium paid and for the insured the guarantee against the risk of fire provided by the insurer.

If there is thus an insurance contract between the Caisse populaire des Deux-Rives and [the appellant], in this second contract, it is the Caisse which is the insured and not Leclerc.

In the circumstances the fire did not result from the intentional fault of the insured, the Caisse, and as a consequence [the appellant] cannot rely on art. 2563 C.C. to deny liability for the loss to the latter.

The Court accordingly arrives at the same conclusion as if two separate insurance policies had been issued: one in which the insured was the owner of the property and the other in which it was the hypothecary creditor.

On the question of the amount of the indemnity owed to the hypothecary creditor by the insurer, the trial judge noted that the immovable property was hypothecated for an amount well above its insured value, but that clearly the indemnity could

lui a toujours été donnée par la jurisprudence du Québec ne saurait être mise de côté sans un texte clair, la cour en conclut que les art. 2563 et 2500 *C.c.B.-C.* n'ont pas changé l'état du droit quant à la faute intentionnelle de l'assuré, puisqu'ils ne sont pas spécifiques à cet effet. Avant même les modifications au *Code civil du Bas-Canada* en 1974, la faute intentionnelle de l'assuré pouvait en effet être opposée à ce dernier par l'assureur en vertu des dispositions de la *Loi des assurances*, S.R.Q. 1964, ch. 295.

Le premier juge se déclare d'avis qu'une police d'assurance qui contient une clause hypothécaire du genre de celle utilisée en l'espèce constate deux contrats: l'un entre le souscripteur et l'assureur, l'autre entre l'assureur et le créancier hypothécaire. Ce dernier contrat est souscrit par le débiteur hypothécaire en tant que mandataire de son créancier hypothécaire. Selon le juge (à la p. 1188):

La Cour conclut que la [police d'assurance] constate un contrat d'assurance valide entre l'assureur et la Caisse populaire des Deux-Rives, car il y eu consentement des deux parties, celui de la Caisse étant exprimé par son mandataire, sur l'objet du contrat, à savoir la garantie contre le risque d'incendie de certains biens, et une cause, à savoir, pour l'assureur, la prime payée, et pour l'assuré, la garantie contre le risque d'incendie fournie par l'assureur.

Si donc il y a un contrat d'assurance entre la Caisse populaire des Deux-Rives et [l'appelante], relativement à ce deuxième contrat, c'est la Caisse qui est l'assuré (*sic*) et non pas Leclerc.

Dans les circonstances, l'incendie n'a pas résulté de la faute intentionnelle de l'assuré qui est la Caisse et, en conséquence, [l'appelante] ne peut invoquer l'article 2563 C.C. pour refuser de répondre de la perte vis-à-vis cette dernière.

La Cour en arrive donc à la même conclusion que si deux polices d'assurance distinctes avaient été émises: l'une dont l'assuré aurait été le propriétaire des biens et l'autre dont c'eût été le créancier hypothécaire.

En ce qui a trait au montant de l'indemnité due par l'assureur au créancier hypothécaire, le premier juge constate que les immeubles étaient hypothéqués pour une somme bien supérieure à leur valeur assurée, mais qu'évidemment l'indemnité ne

not exceed the insurance limit or the amount of damage caused to the burned property, if below the insurance limit. He accordingly allowed the respondent's action for a total of \$62,726.50.

Court of Appeal, [1988] R.J.Q. 2355 (Tyndale and Gendreau JJ.A. and Chevalier J. (*ad hoc*))

Chevalier J. (ad hoc)

Chevalier J., who wrote the main opinion for the court, in which his colleagues concurred with certain qualifications, adopted the Superior Court's analysis regarding the effect of the introduction of art. 2563 *C.C.L.C.* and arrived at a similar result, that it had not altered the state of the law on whether the intentional fault of the insured could be set up against him. Former art. 2578 *C.C.L.C.* and s. 238 of the *Insurance Act* prohibited indemnification for damage caused by the intentional fault of the insured.

Referring to the sources of the present art. 2563 *C.C.L.C.*, namely French civil law, he noted that Quebec insurance law is the product of an intermingling of French law and North American practice, and so there could be no question of blindly following the principles of either one. In his opinion, a choice had to be made between two characterizations of an insurance policy, as a stipulation for a third party in favour of the hypothecary creditor or as an independent second insurance contract between the hypothecary creditor and the insurer. The court adopted the second solution, for four separate reasons:

1. The text of art. 2468 *C.C.L.C.*, which defines a contract of insurance, is not in any way incompatible with the existence of a separate second contract;

2. The general scheme of the *Civil Code of Lower Canada* and insurance law is not disrupted if the hypothecary creditor, as an insured, benefits from the fault of his debtor: though it is contrary to public policy for the insured to benefit from his own fault, it is quite acceptable for a third party to do so;

saurait excéder la limite d'assurance ou le montant du dommage causé aux biens incendiés s'il est inférieur à la limite d'assurance. Il accueille donc le recours de l'intimée pour une somme totale de
a 62 726,50 \$.

Cour d'appel, [1988] R.J.Q. 2355 (les juges Tyndale, Gendreau et Chevalier (*ad hoc*))

b *Le juge Chevalier (ad hoc)*

Le juge Chevalier, qui écrit les motifs principaux de la cour auxquels se rallient ses collègues tout en apportant certaines précisions, reprend l'analyse de la Cour supérieure quant à l'effet de l'introduction de l'art. 2563 *C.c.B.-C.* pour en arriver à un résultat similaire, soit qu'elle n'a pas changé l'état du droit quant à l'opposabilité à l'assuré de sa faute intentionnelle. En effet, les art. 2578 *C.c.B.-C.* (ancien) et 238 de la *Loi des assurances* interdisaient que soit indemnisé le dommage causé par la faute intentionnelle de l'assuré.

Se référant aux sources de l'art. 2563 *C.c.B.-C.* tel qu'il existe aujourd'hui, soit le droit civil français, il souligne que le droit des assurances au Québec résulte d'un métissage entre le droit français et la pratique nord-américaine, et donc qu'il ne saurait être question de s'en rapporter aveuglément aux principes de l'un ou l'autre. Selon lui, il y a lieu de faire un choix entre deux qualifications de la police d'assurance, soit une stipulation pour autrui en faveur du créancier hypothécaire, soit un second contrat d'assurance indépendant liant le créancier hypothécaire et l'assureur. Pour quatre motifs distincts, la cour adopte la seconde solution:

1. Le texte de l'art. 2468 *C.c.B.-C.*, qui définit le contrat d'assurance, n'est aucunement incompatible avec l'existence d'un second contrat distinct.

2. L'économie générale du *Code civil du Bas-Canada* et du droit des assurances n'est pas heurtée si le créancier hypothécaire, à titre d'assuré, bénéficie de la faute de son débiteur. Bien qu'il soit en effet contraire aux bonnes mœurs que l'assuré bénéficie de sa propre faute, il est tout à fait acceptable qu'un tiers le puisse.

3. Under arts. 2468 and 2563 *C.C.L.C.*, the policyholder is not necessarily the insured, who himself will not necessarily be the purchaser, but may simply be the holder of an insurable interest; the policyholder may accordingly purchase a policy evidencing two insurance contracts with two separate insured parties;

4. The wording of the hypothecary guarantee suggests the creation of a separate insurance contract rather than the mere stipulation for a third party, in view of the mutual rights and obligations it contains between the insurer and the hypothecary creditor.

Moving on to an analysis of Quebec decisions on point, the judge cited at pp. 2364-65 the following passage from the reasons of Vallerand J.A., dissenting but not on this point, in *Madill v. Lirette*, [1987] R.J.Q. 993, at p. 1006:

[TRANSLATION] I do not think anyone will dispute that the hypothecary creditor may, by a separate policy, insure his debt and insure it against any intentional fault, whether by the owner or a third party. No one will argue either that in such a case it is not possible to invoke against someone who is unquestionably an insured, but not the person who committed the intentional fault, such intentional fault committed by another insured covered by another policy. This means that regardless of the public order prohibition in art. 2563 the hypothecary creditor can legitimately shield his interest from the owner's intentional fault and thus, by a circuitous manoeuvre, defeat a provision of public order. That being the case, the outcome can hardly be different depending on whether he is insured in the same policy or in a separate policy. There is absolutely no authority for such a conclusion apart from a finicky interpretation and application of art. 2563.

Finally, Chevalier J. concluded this lengthy analysis as follows (at pp. 2365-66):

[TRANSLATION] In discussing scholarly analysis, the trial judge cited three writers, two of whom were of the opinion that the owner's intentional fault could not be invoked against the hypothecary creditor, while the third "tended", to use the term from the judgment *a quo*, to the contrary view . . . I readily recognize that there is no unanimity among those who have examined in depth a matter which is likely to arise again frequently in our courts of law.

3. Selon les art. 2468 et 2563 *C.c.B.-C.*, le preneur d'une police n'est pas nécessairement l'assuré, qui ne sera lui-même pas nécessairement le souscripteur mais seulement le détenteur d'un intérêt d'assurance. Le preneur peut donc souscrire une police constatant deux contrats d'assurance ayant deux assurés distincts.

4. Les termes de la garantie hypothécaire participent plus de la création d'un contrat d'assurance distinct que d'une simple stipulation pour autrui, vu les droits et obligations synallagmatiques y prévus entre l'assureur et le créancier hypothécaire.

Procédant ensuite à une analyse de la jurisprudence québécoise sur la question, le juge cite aux pp. 2364 et 2365 ce passage des motifs du juge Vallerand, dissident, mais non contredit sur ce point, dans l'arrêt *Madill c. Lirette*, [1987] R.J.Q. 993, à la p. 1006 de cet arrêt:

Nul ne contestera, je pense, que le créancier hypothécaire puisse, par une police distincte, assurer sa créance et l'assurer contre toute faute intentionnelle fût-elle celle du propriétaire ou d'un tiers. Nul ne soutiendra non plus qu'en pareil cas on ne puisse opposer à celui qui est incontestablement un assuré mais non pas celui qui a commis la faute intentionnelle, cette même faute intentionnelle d'un autre assuré couvert par une autre police. C'est donc dire que, nonobstant l'interdit d'ordre public de l'article 2563, le créancier hypothécaire peut légitimement mettre son intérêt à l'abri de la faute intentionnelle du propriétaire et ainsi par ce qui serait une pirouette faire échec à une disposition d'ordre public. Cela étant, j'aurais peine à croire qu'il connaisse un sort différent selon qu'il est assuré dans la même police ou dans une police distincte. Rien mais rien du tout, sinon une interprétation et une application tatillonnes de l'article 2563, ne l'autoriserait.

Le juge Chevalier conclut finalement suite à cette longue analyse (aux pp. 2365 et 2366):

Quant à la doctrine, le juge de première instance a cité trois auteurs, dont deux opinent en faveur de l'impossibilité de la faute intentionnelle du propriétaire au créancier hypothécaire, le troisième «penchant», selon l'expression utilisée dans le jugement *a quo*, pour la thèse contraire [. . .] Je reconnais volontiers que l'unanimité est loin d'être faite chez ceux qui se sont livrés à une étude en profondeur du sujet, dont la problématique qu'il comporte risque de resurgir fréquemment devant nos cours de justice.

For these reasons, I consider that the judgment *a quo* is well founded and I would dismiss the appeal with costs.

Gendreau J.A.

Gendreau J.A. added certain qualifications, in particular regarding *Madill v. Lirette, supra*, where he was among those hearing the case (at pp. 2356-57):

[TRANSLATION] My colleague very properly observed that the majority in *Madill* did not reject the argument that the insurance policy "(...) as it contains a hypothecary guarantee clause, may actually be two policies, one in which the insured is the beneficiary and the other in which the hypothecary creditor is the beneficiary" [Bisson J.A., at p. 1003] . . .

Like my colleague, for the reasons given by him and in particular the fact that the insurer has separately and formally undertaken an obligation to the hypothecary creditor, I would give full effect to the hypothecary guarantee clause in the insurance contract, subject to the reservation already mentioned of the formation of a contract between the policyholder and the insurer.

Analysis

In matters of insurance, as in other areas of the civil law, the principle of freedom of contract applies, and in general therefore it is for the parties to an insurance contract to define the limits of the risk covered and the conditions under which the indemnity is payable. However, this freedom of contract is not unlimited and will be subject to the public order provisions of the *Civil Code of Lower Canada*.

Bearing in mind this general principle, a two-step approach should be adopted in analyzing the problem raised in this appeal, namely the examination of first the insurance contract, and second its compliance with the public order provisions of the *Civil Code of Lower Canada*, and in particular art. 2563.

1. *Preliminary Observations*

Before proceeding with the analysis as such, some general observations should be made regarding the supplementary sources of law in Quebec

Pour ces motifs, j'opine que le jugement *a quo* est bien fondé et je propose le rejet de l'appel avec dépens.

Le juge Gendreau

Le juge Gendreau apporte certaines précisions, en particulier en ce qui a trait à l'arrêt *Madill c. Lirette*, précité, où il faisait partie du banc (aux pp. 2356 et 2357):

Très à propos, mon collègue rappelle que l'opinion majoritaire dans l'affaire *Madill* n'avait pas rejeté la thèse que la police d'assurance «(...) comportant une clause de garantie hypothécaire (puisse constituer) en réalité deux polices, (l')une dans laquelle l'assuré est le bénéficiaire, et l'autre dans laquelle le créancier hypothécaire est le bénéficiaire» [le juge Bisson, à la p. 1003]

Avec mon collègue, pour les motifs qu'il précise et en particulier celui qui veut que l'assureur s'est distinctement et formellement engagé envers le créancier hypothécaire, je donnerais plein effet à la clause de garantie hypothécaire du contrat d'assurance, sous la réserve déjà exprimée de la formation du contrat entre le preneur et l'assureur.

Analyse

En matière d'assurance tout comme dans les autres domaines du droit civil, le principe de la liberté contractuelle règne, et il revient donc, règle générale, aux parties à un contrat d'assurance de définir les limites du risque couvert ainsi que les conditions d'exigibilité de l'indemnité. Cette liberté de contracter n'est cependant pas illimitée et elle sera sujette aux dispositions d'ordre public du *Code civil du Bas-Canada*.

Gardant à l'esprit ce principe général, il convient d'adopter une approche en deux étapes dans l'analyse du problème soulevé par le présent pourvoi, soit l'examen, dans un premier temps, du contrat d'assurance, et, dans un second temps, de sa conformité avec les dispositions d'ordre public du *Code civil du Bas-Canada* et de l'art. 2563 en particulier.

1. *Remarques préliminaires*

Avant de passer à l'analyse proprement dite, il y a lieu de faire quelques remarques d'ordre plus général concernant les sources de droit supplétif

insurance law, especially as the parties raised this point both in their oral argument and in their factums, one pointing to the French origin of art. 2563 *C.C.L.C.* and the other to the American origin of the hypothecary clause in question.

In the past, writers and courts have tended to look to foreign insurance law for answers to questions for which Quebec civil law did not seem to provide a solution. This broader view of the sources of law is partly a result of the nature of insurance law, which the codifiers noted in their Seventh Report, is a body of fundamental rules found in several countries:

Indeed, notwithstanding the difficulty arising from certain questions, most of the great fundamental rules are well settled, and they are nearly uniform in all commercial states. The chief embarrassment therefore felt in dealing with the subject, lies, not in the statement of principles, but in the task of arrangement, and in that of selection amid conflicting opinions in matters of detail.

(Civil Code of Lower Canada: Sixth and Seventh Reports and Supplementary Report (1865), at p. 240.)

However, this apparent similarity of the fundamental rules should not cause us to forget that the courts have a duty to ensure that insurance law develops in a manner consistent with the rest of Quebec civil law, of which it forms a part. Accordingly, while the judgments of foreign jurisdictions, in particular Britain, the United States and France, may be of interest when the law there is based on similar principles, the fact remains that Quebec civil law is rooted in concepts peculiar to it, and while it may be necessary to refer to foreign law in some cases, the courts should only adopt what is consistent with the general scheme of Quebec law.

However, the development of insurance law must necessarily take place within its own particular socio-economic context, namely North American insurance practice. In this regard Faribault notes ("Du papillon à la chrysalide ou l'étrange

dans le domaine du droit des assurances du Québec, d'autant plus que les parties en ont fait état tant dans leurs plaidoiries orales que dans leurs mémoires, l'un soulignant l'origine française de l'art. 2563 *C.c.B.-C.* et l'autre, l'origine américaine de la clause hypothécaire en question.

Les auteurs et la jurisprudence ont, par le passé, eu une certaine tendance à puiser dans le droit étranger des assurances des réponses aux questions auxquelles le droit civil du Québec ne semblait pas apporter de solution. Cette vision élargie des sources de droit découle en fait partiellement de la nature du droit des assurances, que les codificateurs soulignent dans leur septième rapport comme étant un ensemble de règles fondamentales communes à plusieurs pays:

De fait, nonobstant les difficultés qui ont surgi sur certaines questions, la plupart des règles fondamentales sont bien arrêtées et elles sont presque uniformes dans tous les états commerçants. La principale difficulté à éprouver, en traitant de ce sujet, consiste donc non dans l'énonciation de ces règles mais dans leur disposition, et dans le choix à faire entre des opinions contradictoires sur des points de détail.

(Code civil du Bas Canada: Sixième et Septième Rapports et Rapport Supplémentaire (1865), à la p. 241.)

Cette similarité apparente des règles fondamentales ne doit cependant pas nous faire oublier que les tribunaux se doivent d'assurer au droit des assurances un développement qui reste compatible avec l'ensemble du droit civil québécois, dans lequel il s'insère. Ainsi, si les arrêts de juridictions étrangères, nommément l'Angleterre, les États-Unis et la France, peuvent avoir un certain intérêt lorsque le droit y est fondé sur des principes similaires, il n'en reste pas moins que le droit civil québécois a ses racines dans des préceptes qui lui sont propres et, s'il peut être nécessaire de recourir au droit étranger dans certains cas, on ne saurait y puiser que ce qui s'harmonise avec son économie générale.

Le développement du droit des assurances doit toutefois nécessairement s'inscrire dans le contexte socio-économique qui lui est propre, soit la pratique nord-américaine du droit des assurances. M^e Faribault note à cet égard («Du papillon à la

métamorphose de l'assurance de responsabilité" (1987), 55 *Assurances* 300, at p. 308):

[TRANSLATION] Without arguing for the introduction into our law of North American solutions to insurance problems, it is worth bearing in mind that our legislature has drawn inspiration from the "genius of the French language" and "North American practice" in the matter, so that Quebec insurers may develop a competitive industry in the North American context.

In short, as Ledru-Rollin writes, the problem is [TRANSLATION] "[t]o narrow if possible the connection between theory and practice, two sides of an indivisible entity, the law" ("Coup d'œil sur les praticiens, les arrêtistes et la jurisprudence", *Journal du Palais* (3rd ed. 1842), vol. 1, at p. xix).

2. Interpretation of the Hypothecary Clause

The appellant and the respondent put forward two different interpretations of the hypothecary clause. In the appellant's submission, the hypothecary clause is part of the insurance contract purchased by the hypothecary creditor's debtor. The clause is thus a stipulation for a third party of the right to the insurance indemnity, under which all defenses the insurer can invoke against the hypothecary debtor may be set up against the hypothecary creditor. In the respondent's submission, the hypothecary clause is actually a second contract between the insurer and the hypothecary creditor, a contract which is separate and apart from that purchased by the hypothecary debtor. This second contract would then have been purchased from the insurer by the hypothecary debtor as mandatary for his hypothecary creditor. It follows, the respondent argues, that the completely independent contractual link means that the fault of the hypothecary debtor cannot be invoked against his creditor. I am of the view, for the reasons which follow, that we have to recognize that the latter interpretation more adequately reflects the intent expressed by the parties to the insurance contract and is consistent with the general scheme of insurance law as it is practised in North America, as well as being in keeping with the rules of Quebec civil law as a whole.

chrysalide ou l'étrange métamorphose de l'assurance de responsabilité" (1987), 55 *Assurances* 300, à la p. 308):

^a Sans prôner l'implantation, dans notre droit, des solutions nord-américaines en matière d'assurance, il est bon de garder en mémoire que notre législateur s'est inspiré du «génie de la langue française» et de la «pratique nord-américaine» en la matière, pour permettre aux assureurs québécois d'évoluer de façon concurrentielle dans le contexte nord-américain.

^b Il s'agit somme toute, comme l'écrit Ledru-Rollin, de «[r]endre plus étroite, s'il était possible, l'union de la théorie et de la pratique, ces deux faces d'une figure indivisible, le droit» («Coup d'œil sur les praticiens, les arrêtistes et la jurisprudence», *Journal du Palais* (3^e éd. 1842), t. 1, à la p. xix).

^d 2. Interprétation de la clause hypothécaire

^e L'appelante et l'intimée proposent deux interprétations divergentes de la clause hypothécaire. Selon l'appelante, la clause hypothécaire s'inscrit à l'intérieur du contrat d'assurance souscrit par le débiteur du créancier hypothécaire. La clause constituerait une stipulation pour autrui du droit à l'indemnité d'assurance, en vertu de laquelle sont opposables au créancier hypothécaire toutes les défenses que l'assureur pourrait opposer au débiteur hypothécaire. Selon l'intimée, la clause hypothécaire constate plutôt un second contrat entre l'assureur et le créancier hypothécaire, contrat distinct de celui souscrit par le débiteur hypothécaire. Ce second contrat aurait été souscrit auprès de l'assureur par le débiteur hypothécaire à titre de mandataire de son créancier hypothécaire. Il s'ensuit, soutient l'intimée, que le lien contractuel totalement indépendant rend inopposables au créancier hypothécaire les fautes de son débiteur. Pour les motifs qui suivent, il faut, je crois, reconnaître que cette dernière interprétation traduit plus adéquatement l'intention exprimée par les parties au contrat d'assurance et s'harmonise avec l'économie générale du droit des assurances tel qu'il se pratique dans le contexte nord-américain, tout en s'insérant parfaitement dans l'ensemble des règles propres au droit civil québécois.

A. The Insurance Clause: A Contract of Mandate

Under the loan contract made between the respondent and Leclerc, the latter undertook to maintain insurance on the property which was the subject of the collateral guarantee, consisting primarily of a hypothec on his property. The insurance clause in the contract reads as follows:

[TRANSLATION] 9—INSURANCE

For the duration of this loan the borrower undertakes to insure the hypothecated buildings against loss and damage resulting from fire and the other risks mentioned in the supplementary coverage rider, to the satisfaction of the Office and for the benefit of the lender, and to transfer to the latter and deliver to him without delay all policies or certificates of insurance issued to this effect and receipts certifying renewal fifteen (15) days before each policy or certificate expires.

In the event that the borrower does not perform the foregoing obligations, the lender may have the said buildings insured to its satisfaction and at the borrower's expense. Any premiums paid by the lender for this purpose shall be immediately payable, without prejudice to its right to add it to its next semi-annual instalment.

Notwithstanding the second paragraph, in the event of default by the borrower, the Office may to its satisfaction and at the request of the lender cause the said property to be insured at the borrower's expense. Any premiums paid by the Office for this purpose shall be payable by the lender and, after payment of the premium to the Office, the lender may forthwith claim reimbursement, without prejudice to its right to add the premium to the next semi-annual instalment.

In the event of loss the lender shall collect the indemnity directly from the insurers up to the amount of what is owed to it, such indemnity being deposited with the lender, which with the permission of the Office shall be entitled to allocate it in whole or in part either in accordance with s. 33 of the regulations or to the payment, in whole or in part, of the cost of rebuilding or repairing the hypothecated buildings, without in the latter case the privileges, hypothecs or other rights of the lender being reduced or affected in any way as a consequence of receipt of the indemnity.

The borrower shall report any loss to the lender and the Office forthwith and shall not undertake any

A. La clause d'assurance: un contrat de mandat

En vertu du contrat de prêt intervenu entre l'intimée et le dénommé Leclerc, celui-ci s'engageait à maintenir assurés les biens faisant l'objet de la garantie consentie accessoirement, qui consiste d'abord et avant tout en une hypothèque sur sa propriété. La clause d'assurance du contrat se lit comme suit:

9—ASSURANCES

Pendant la durée du présent prêt, l'emprunteur s'oblige à maintenir assurés les bâtiments hypothéqués contre la perte et les dommages résultant de l'incendie et des autres risques prévus à l'avenant de couverture supplémentaire, à la satisfaction de l'Office et au bénéfice du prêteur, à transporter à ce dernier et à lui remettre sans délai toutes les polices ou les certificats d'assurances émis à cet effet et les reçus en attestant le renouvellement quinze (15) jours avant l'échéance de chaque police ou certificat.

Faute par l'emprunteur de remplir les obligations ci-dessus, le prêteur pourra faire assurer lesdits bâtiments à sa satisfaction et aux frais de l'emprunteur. Toute prime payée par le prêteur à cette fin sera immédiatement exigible, sans préjudice de son droit de l'ajouter au prochain versement semi-annuel.

Nonobstant le deuxième alinéa, en cas de défaut de l'emprunteur, l'Office pourra à sa satisfaction et à la demande du prêteur, faire assurer lesdits biens aux frais de l'emprunteur. Toute prime payée par l'Office à cette fin sera exigible du prêteur et ce dernier, après paiement de la prime à l'Office, pourra en exiger immédiatement le remboursement par l'emprunteur, sans préjudice de son droit de l'ajouter au prochain versement semi-annuel.

En cas de sinistre, le prêteur touchera l'indemnité directement des assureurs jusqu'à concurrence de ce qui lui sera dû, cette indemnité étant constituée en dépôt entre les mains du prêteur qui, avec l'autorisation de l'Office, aura le droit de l'affecter en tout ou en partie, soit conformément à l'article 33 du Règlement, soit au paiement, en tout ou en partie, du coût de la reconstruction ou de la réparation des bâtiments hypothéqués, sans que, dans ce dernier cas, les privilèges, hypothèques ou autres droits en faveur du prêteur ne soient diminués ou affectés en aucune manière du fait de la réception de l'indemnité.

L'emprunteur rapportera sans délai tout sinistre au prêteur et à l'Office et il ne pourra procéder à aucune

rebuilding or repair of destroyed or damaged buildings without the prior written consent of the lender and the Office. [Emphasis added.]

The reference to the "Office" in this clause is to the Office du crédit agricole du Québec, and the "regulations" mentioned are, under clause 3 of the hypothecary loan deed, the regulations respecting the *Farm Credit Act*, R.S.Q. 1964, c. 108.

Mandate is governed by Title Eight of the *Civil Code of Lower Canada*, "Of Mandate", which contains *inter alia* its definition in art. 1701:

1701. Mandate is a contract by which a person, called the mandator, commits a lawful business to the management of another, called the mandatary, who by his acceptance obliges himself to perform it.

The acceptance may be implied from the acts of the mandatary, and in some cases from his silence.

The substantive and formal requirements of a mandate are minimal. Where there are two adults capable of consenting who agree that one of them, the mandatary, shall perform a legal act with a third party on the mandator's behalf, it can be concluded that there is an implied contract of mandate. As Professor Fabien observes, [TRANSLATION] "The keynote in the contract of mandate is freedom: freedom of use, freedom of stipulation and freedom of form" ("Les règles du mandat", in *R.D.—Mandat—Doctrine—Document 1*, at p. 103, No. 64). Further, unless there is an agreement or usage to the contrary, mandate will be presumed to be gratuitous (art. 1702 *C.C.L.C.*).

On reviewing the insurance clause cited above, we find that it is an undertaking between two different persons with capacity to contract. One party, the borrower, undertakes to perform a legal act, a contract of insurance, with a separate third party, the insurer. This legal act is to be performed by the borrower [TRANSLATION] "for the benefit of the lender" (first paragraph of the insurance clause), so that it is clear that it is the lender's interests which the insurance contract is designed to protect, and therefore that the borrower must act as a representative of the latter's interests. We thus have the basic elements of the contract of mandate, complemented by other elements of the

reconstruction ou réparation des bâtiments détruits ou endommagés sans le consentement préalable écrit du prêteur et de l'Office. [Je souligne.]

La référence à l'«Office» dans cette clause vise l'Office du crédit agricole du Québec, alors que le «Règlement» y mentionné est, selon la clause 3 de l'acte de prêt hypothécaire, le Règlement concernant la *Loi du crédit agricole*, S.R.Q. 1964, ch. 108.

Le mandat est régi par le Titre Huitième du *Code civil du Bas-Canada*, «Du Mandat», où l'on retrouve entre autres sa définition à l'art. 1701:

1701. Le mandat est un contrat par lequel une personne, qu'on appelle le mandant, confie la gestion d'une affaire licite à une autre personne qu'on appelle mandataire, et qui, par le fait de son acceptation, s'oblige à l'exécuter.

L'acceptation peut s'inférer des actes du mandataire, et même de son silence en certains cas.

Les exigences de fond et de forme du mandat sont minimales. En présence de deux adultes en état de consentir, qui s'entendent pour que l'un d'eux, le mandataire, accomplisse une acte juridique licite avec un tiers au nom du mandant, on peut conclure à la présence d'un contrat de mandat implicite. Comme le souligne le professeur Fabien, «Le contrat de mandat se forme sous le signe de la liberté: liberté d'utilisation, liberté de stipulation et liberté de forme» («Les règles du mandat», dans *R.D.—Mandat—Doctrine—Document 1*, à la p. 103, n° 64). De plus, à moins d'indication ou d'usage contraire, le mandat sera présumé être fait à titre gratuit (art. 1702 *C.c.B.-C.*).

À l'examen de la clause d'assurance citée plus haut, on constate qu'il s'agit d'un engagement entre deux personnes capables distinctes, selon lequel l'une, l'emprunteur, s'engage à accomplir un acte juridique, un contrat d'assurance, avec un tiers distinct, l'assureur. Cet acte juridique doit être fait par l'emprunteur «au bénéfice du prêteur» (premier alinéa de la clause d'assurance), de sorte qu'il ressort clairement que ce sont les intérêts du prêteur que le contrat d'assurance vise à protéger, et donc que l'emprunteur doit agir à titre de représentant des intérêts de ce dernier. Nous sommes ainsi en présence des éléments de base du contrat de mandat, complétés par d'autres élé-

hypothecary clause, providing in detail for certain aspects of the performance of the mandate: first, the insurance clause imposes two specific additional obligations on the borrower, that of informing the lender and the Office promptly of any loss, an obligation that would have little meaning if the borrower has a unilateral obligation to insure himself personally, and that of delivering the policies and renewals to the hypothecary creditor without delay, which once again seems entirely consistent with a contract of mandate. Finally, the insurance clause provides a penalty for non-performance of the mandate, namely the purchase of an insurance policy by the lender or the Office at the borrower's expense: Bergeron, "L'opposabilité des exceptions à différents intéressés dans un contrat d'assurance" (1987), 47 *R. du B.* 933, at p. 982.

Though the insurance clause provides the basis for a mandate, it does not by itself establish that the latter exists. The borrower could comply with it by means other than a hypothecary clause, which, as it contains a separate contract between the insurer and the hypothecary creditor, implies or presupposes the latter's consent and thus a mandate to conclude this separate contract given to the borrower by the lender. It does not necessarily follow, however, that the hypothecary clause contains a contract of insurance between the hypothecary creditor and the insurer. The hypothecary debtor must still have purchased this insurance in accordance with his mandate, that is, by means of a separate insurance contract in which he was acting only as a representative of the hypothecary creditor.

B. The Hypothecary Clause: A Separate Insurance Contract

The hypothecary clause in the insurance policy obtained by the hypothecary debtor, and in which the respondent contended there was a second insurance contract, repeats the standard formula approved by the Insurance Bureau of Canada and used in a great many insurance policies both in Quebec and in other Canadian provinces. This clause reads as follows:

ments de la clause hypothécaire, prévoyant dans le détail certains aspects de la réalisation de ce mandat: d'abord, la clause d'assurance impose deux obligations supplémentaires particulières à l'emprunteur, soit celle de signaler promptement tout sinistre au prêteur et à l'Office, une obligation qui s'explique mal dans le cadre d'une obligation unilatérale de l'emprunteur de s'assurer personnellement, et celle de remettre sans délai les polices et ses renouvellements au créancier hypothécaire, ce qui paraît encore une fois tout à fait compatible avec un contrat de mandat. La clause d'assurance prévoit enfin la sanction de l'inaccomplissement du mandat, soit la souscription par le prêteur ou l'Office d'une police d'assurance, aux frais de l'emprunteur: Bergeron, «L'opposabilité des exceptions à différents intéressés dans un contrat d'assurance» (1987), 47 *R. du B.* 933, à la p. 982.

Si la clause d'assurance donne ouverture à un mandat, elle n'établit cependant pas à elle seule l'existence de celui-ci. L'emprunteur pourrait en effet s'y conformer par d'autres moyens que par une clause hypothécaire qui elle, comprenant un contrat distinct entre l'assureur et le créancier hypothécaire, implique ou présuppose le consentement de ce dernier et donc un mandat de former ce contrat distinct donné à l'emprunteur par le prêteur. Il n'en découle pas cependant nécessairement que la clause hypothécaire consigne un contrat d'assurance entre le créancier hypothécaire et l'assureur. Encore faut-il que le débiteur hypothécaire ait souscrit cette assurance en conformité avec son mandat, c.-à-d. au moyen d'un contrat d'assurance distinct où il n'agissait qu'à titre de représentant du créancier hypothécaire.

B. La clause hypothécaire: un contrat d'assurance distinct

La clause hypothécaire incluse dans la police d'assurance souscrite par le débiteur hypothécaire, et dans laquelle, selon l'intimée, on retrouve un second contrat d'assurance, est la formulation standard approuvée par le Bureau d'assurance du Canada, utilisée dans un très grand nombre de polices d'assurance tant au Québec que dans les autres provinces canadiennes. Cette clause se lit comme suit:

[TRANSLATION]

8. STANDARD MORTGAGE CLAUSE (approved by The Insurance Bureau of Canada)**(a) Breach of conditions by mortgagor, owner or occupant**

It is hereby provided and agreed that:

This insurance and every documented renewal thereof—AS TO THE INTEREST OF THE MORTGAGEE ONLY THEREIN—is and shall be in force notwithstanding any act, neglect, omission or misrepresentation attributable to the mortgagor, owner or occupant of the property insured, transfer of interest, any vacancy or non-occupancy, or the aggravation of the declared risks.

PROVIDED ALWAYS that the Mortgagee shall notify forthwith the Insurer of any vacancy or non-occupancy extending beyond thirty (30) consecutive days, or of any transfer of interest or increased hazard THAT SHALL COME TO HIS KNOWLEDGE, and that every increase of hazard (not permitted by the policy) shall be paid for by the Mortgagee—on reasonable demand—from the date such hazard existed, according to the established scale of rates for the acceptance of such increased hazard, during the continuance of this insurance.

(b) Right of subrogation

Whenever the Insurer pays the Mortgagee any loss award under this policy and claims that—as to the Mortgagor or Owner—no liability therefor existed, it shall be legally subrogated to all rights of the Mortgagee against the Insured, but any subrogation shall be limited to the amount of such loss payment and shall be subordinate and subject to the basic right of the Mortgagee to recover the full amount of its mortgage equity in priority to the Insurer, or the Insurer may at its option pay the Mortgagee all amounts due or to become due under the Mortgage or on the security thereof, and shall thereupon receive a full assignment and transfer of the mortgage together with all securities held as collateral to the mortgage debt.

(c) Other insurance

If there be other valid and collectible insurance upon the property with loss payable to the Mortgagee—at law or in equity—then any amount payable thereunder shall be taken into account in determining the amount payable to the Mortgagee.

(d) Who may give proof of loss

The Mortgagee may give notice of loss or deliver the required Proof of Loss under the policy upon becoming aware of the loss.

8. GARANTIE HYPOTHÉCAIRE (Formule approuvée par le Bureau d'Assurance du Canada)**a) Violations de contrat**

Ne sont pas opposables aux créanciers hypothécaires les actes, négligences ou déclarations des propriétaires, locataires ou occupants des biens assurés, les transferts d'intérêts, la vacance, l'inoccupation, non plus que les aggravations des risques déclarés.

Les créanciers hypothécaires sont tenus d'aviser l'Assureur, dès qu'ils sont au courant de toute inoccupation ou vacance de plus de trente (30) jours consécutifs, de tous changements dans les droits de propriété ou de toute aggravation du risque, à charge pour eux d'acquitter, sur demande raisonnable, les surprimes résultant des aggravations des risques assurés par le présent contrat et cela au tarif établi à cet égard et pour la durée du contrat à compter des aggravations.

b) Subrogation

Lorsque l'Assureur a versé des indemnités aux créanciers hypothécaires, il est subrogé dans les droits de ces derniers contre les débiteurs ou propriétaires auxquels il se croit justifié d'opposer un motif de non-garantie. Cette clause cesse de s'appliquer à la date d'expiration de la police. Toutefois les créanciers hypothécaires n'en demeurent pas moins en droit de recouvrer le solde de leurs créances avant que la subrogation ci-dessus ne puisse être exercée. L'Assureur se réserve le droit d'acquitter les créances intégralement; il a alors droit au transfert de celles-ci et de toutes leurs garanties.

c) Pluralité d'assurances

Si d'autres assurances sont, à quelque titre que ce soit, acquises aux créanciers hypothécaires, les indemnités qu'ils peuvent en recevoir doivent être prises en ligne de compte pour la détermination des sommes qui leur sont payables.

d) Avis de sinistre

Les créanciers hypothécaires peuvent, dès qu'ils sont au courant du sinistre, présenter les déclarations de sinistre et formules de demandes d'indemnité exigées par le contrat.

(e) Termination

The term of this Mortgage Clause coincides with the term of the policy;

PROVIDED ALWAYS that the Insurer reserves the right to cancel the policy, but agrees that the Insurer will neither terminate nor alter the policy to the prejudice of the Mortgagee without 15 days' notice to the Mortgagee by registered letter.

(f) Foreclosure

Should title or ownership to said property become vested in the Mortgagee and/or assigns as owner or purchaser under foreclosure or otherwise, this insurance shall continue until expiry or cancellation for the benefit of the said Mortgagee and/or assigns.

SUBJECT TO THE TERMS OF THIS MORTGAGE CLAUSE (and these shall supersede any policy provisions in conflict therewith BUT ONLY AS TO THE INTEREST OF THE MORTGAGEE), loss under this policy is made payable to the Mortgagee and/or assigns. [Emphasis added.]

This clause is derived from the standard or "New York Union" mortgage clause, which appeared in the State of New York around the mid-1870s: *Guerin v. Manchester Fire Assurance Co.* (1898), 29 S.C.R. 139, at p. 162, per Gwynne J., and *Syndicate Ins. Co. v. Bohn*, 65 F. 165 (8th Cir. 1894), at pp. 174-75, per Sanborn Cir. J. for the court. This clause was necessary since without it the hypothecary creditor had no right to the proceeds of the insurance covering the property protected by it: Thisdale, "Quelques innovations législatives en assurance de dommages", [1978] *C.P. du N.* 1, at p. 29, No. 101. It should be noted that the Quebec legislature corrected this deficiency in the 1974 insurance law amendments, with the introduction of art. 2586 *C.C.L.C.*, the first paragraph of which gives preferred creditors priority over the proceeds of insurance policies:

2586. The indemnities exigible are apportioned among the creditors having hypothecs or privileges on the property damaged, according to their rank and without express delegation, upon mere notice and proof by them.

e) Cessation

Cette clause cesse de s'appliquer à la date d'expiration de la police sous réserve des droits de résiliation de l'Assureur, et donner aux créanciers hypothécaires, par courrier recommandé, préavis de quinze (15) jours de toute résiliation ou modification pouvant leur causer préjudice.

f) Saisie

Si les créanciers hypothécaires ou leurs ayants droit acquièrent, par saisie ou autrement, les titres ou les droits de propriété des biens assurés, ils ont droit dès lors au bénéfice de la présente assurance tant qu'elle demeure en vigueur.

Les sinistres sont payables directement aux créanciers hypothécaires ou à leurs ayants droit aux conditions précitées; celles-ci ont priorité sur toutes celles de la police qui la contredisent, en ce qui concerne les créanciers hypothécaires. [Je souligne.]

Cette clause est dérivée de la «*standard mortgage clause*» ou «*New York Union*», qui a fait son apparition dans cet état américain vers le milieu des années 1870: *Guerin v. Manchester Fire Assurance Co.* (1898), 29 R.C.S. 139, à la p. 162, par le juge Gwynne, et *Syndicate Ins. Co. v. Bohn*, 65 F. 165 (8th Cir. 1894), aux pp. 174 et 175, par le juge Sanborn au nom de la cour. Cette clause était nécessaire puisque le créancier hypothécaire, en son absence, ne jouissait d'aucun droit sur le produit de l'assurance couvrant le bien visé par sa sûreté: Thisdale, «*Quelques innovations législatives en assurance de dommages*», [1978] *C.P. du N.* 1, à la p. 29, n° 101. Il faut souligner que le législateur québécois a remédié à cette lacune lors des modifications au droit de l'assurance en 1974, avec l'introduction de l'art. 2586 *C.c.B.-C.*, dont le premier alinéa accorde aux créanciers privilégiés la priorité sur le produit de l'indemnité d'assurance:

2586. Les indemnités exigibles sont attribuées aux créanciers ayant des privilèges ou des hypothèques sur la chose endommagée, suivant leur rang et sans délégation expresse, moyennant simple dénonciation et justification de leur part.

However, this provision confers a right to indemnification on the hypothecary creditor only to the extent the insured, here the hypothecary debtor in a purely personal insurance contract, is himself entitled to it: *Madill v. Lirette, supra*, at p. 1003, *per Bisson J.A.* for the majority. Under this legal subrogation, therefore, the hypothecary debtor's intentional fault may be invoked against the hypothecary creditor. As fault can be opposed in this way, the protection given the hypothecary creditor by art. 2586 *C.C.L.C.* remains incomplete, and the hypothecary clause may thus have an important effect in protecting the rights of the hypothecary creditor. This clause must accordingly be analyzed to determine its nature and effects.

The nature of the hypothecary clause must be examined in light of the constituent elements of an insurance contract. These elements are set out in art. 984 *C.C.L.C.*, dealing with the formation of contracts in general, and art. 2468 *C.C.L.C.*, defining the insurance contract:

984. There are four requisites to the validity of a contract:

- Parties legally capable of contracting;
- Their consent legally given;
- Something which forms the object of the contract;
- A lawful cause or consideration.

2468. A contract of insurance is that whereby the insurer undertakes, for a premium or assessment, to make a payment to a policyholder or a third person if an event that is the object of a risk occurs.

It is only if the hypothecary clause can be interpreted as including all these elements that it may be characterized as an insurance contract between the hypothecary creditor and the insurer. It should be noted at the outset that the fact that the hypothecary debtor took out the policy and paid the insurance premiums is in no way a bar to such a characterization. As Rinfret J. observed for the Court in *Hallé v. Canadian Indemnity Co.*, [1937] S.C.R. 368, at p. 375, after citing the text of art. 2468 *C.C.L.C.*:

There is nothing in the definition of the code to the effect that the person "called the insured" must be the person who applies for the policy or who pays the premium.

Cette disposition ne confère cependant au créancier hypothécaire de droit à l'indemnisation que dans la mesure où l'assuré, qui est ici le débiteur hypothécaire dans un contrat d'assurance purement personnel, y a lui-même droit: *Madill c. Lirette*, précité, à la p. 1003, par le juge Bisson au nom de la majorité. La faute intentionnelle du débiteur hypothécaire assuré serait donc, en vertu de cette subrogation légale, opposable au créancier hypothécaire. En raison de cette opposabilité, la protection offerte au créancier hypothécaire par l'art. 2586 *C.c.B.-C.* reste incomplète, et donc la clause hypothécaire peut avoir un effet important dans la sauvegarde des droits de ce dernier. Il est par conséquent nécessaire d'analyser cette clause afin d'en déterminer la nature et les effets.

La nature de la clause hypothécaire doit être examinée en regard des éléments constitutifs du contrat d'assurance. On retrouve ces éléments aux art. 984 *C.c.B.-C.*, traitant de la formation des contrats en général, et 2468 *C.c.B.-C.*, définissant le contrat d'assurance:

984. Quatre choses sont nécessaires pour la validité d'un contrat:

- Des parties ayant la capacité légale de contracter;
- Leur consentement donné légalement;
- Quelque chose qui soit l'objet du contrat;
- Une cause ou une considération licite.

2468. Le contrat d'assurance est celui en vertu duquel l'assureur, moyennant une prime ou cotisation, s'engage à verser au preneur ou à un tiers, une prestation en cas de réalisation d'un risque.

Ce n'est que si la clause hypothécaire peut être interprétée comme comprenant tous ces éléments qu'elle pourra se voir qualifiée de contrat d'assurance entre le créancier hypothécaire et l'assureur. On doit noter au départ que le fait que le débiteur hypothécaire ait souscrit la police et paie les primes d'assurance ne constitue en aucun cas un empêchement dirimant à une telle qualification. Comme le soulignait le juge Rinfret au nom de la Cour dans l'arrêt *Hallé v. Canadian Indemnity Co.*, [1937] R.C.S. 368, à la p. 375, après avoir cité le texte de l'art. 2468 *C.c.B.-C.*:

[TRADUCTION] Rien dans la définition du Code ne dit que la personne «ci-après dénommé l'assuré» doit être le preneur de la police ou celui qui paye la prime.

In the article just quoted, we see nothing to prevent a person requesting the issue of an insurance policy for the benefit of another person. And there is nothing to that effect in any other article of the code.

It is thus necessary to examine the actual wording of the hypothecary clause to determine whether it contains the components of a separate contract. In the event of ambiguity, this clause, like any insurance contract, must be interpreted in the insured's favour (art. 2499 C.C.L.C.).

(i) *Separate Object*

Upon examination of the hypothecary clause, it can be seen that several distinct rights and obligations are assigned to both the hypothecary creditor and the insurer. First, one should note that under the second paragraph of subclause (a) of the clause, the hypothecary creditor is required to inform the insurer of any increased risk. This specific obligation imposed on the hypothecary creditor may be contrasted with the simple right of any interested person to inform the insurer, set out in arts. 2572, para. 2, and 2573 *in fine* C.C.L.C.:

2572. The insured must notify the insurer of any loss of such a nature as to involve coverage, as soon as he becomes aware of it.

Any interested person may give such notification.

2573. At the request of the insurer, the insured must notify the insurer as soon as possible of all the circumstances surrounding the loss, including its probable cause, the nature and extent of the damage, the site of the property, the rights of third persons affecting it, and any concurrent insurance.

If the insured fails to comply with the obligations of this article, any interested person may do so in his place. [Emphasis added.]

Further, the coverage provided by the hypothecary clause takes in a broader range of risks than the coverage contained in the insurance contract with the hypothecary debtor. The hypothecary creditor is entitled to the insurance indemnity whenever his debtor would have been entitled to it, but the indemnity may also be claimed in cases where the latter has lost this right on account of his "acts, neglect, omissions or misrepresentations". This

Dans l'article précité, nous ne voyons rien qui empêcherait une personne de souscrire une police d'assurance à l'avantage d'une autre personne. Et aucun autre article du Code ne le prévoit.

^a Il est donc nécessaire d'examiner le texte même de la clause hypothécaire pour déterminer si l'on y retrouve les éléments constitutifs d'un contrat distinct. Comme tout contrat d'assurance, cette ^b clause devra être interprétée, en cas d'ambiguïté, en faveur de l'assuré (art. 2499 C.c.B.-C.).

(i) *Objet distinct*

^c À l'examen de la clause hypothécaire, il apparaît que plusieurs droits et obligations distincts sont attribués tant au créancier hypothécaire qu'à l'assureur. On note d'abord que le créancier hypothécaire, en vertu du deuxième alinéa du ^d paragraphe a) de la clause, est tenu d'aviser l'assureur de toute aggravation du risque. Il faut opposer cette obligation spécifique imposée au créancier hypothécaire à la simple capacité d'un intéressé d'informer l'assureur, reconnue aux art. 2572, al. 2, et ^e 2573 *in fine* C.c.B.-C.:

2572. L'assuré doit donner avis à l'assureur, dès qu'il en a eu connaissance, de tout sinistre de nature à mettre en jeu la garantie.

^f Tout intéressé peut donner cet avis.

2573. À la demande de l'assureur, l'assuré doit lui faire connaître le plus tôt possible toutes les circonstances entourant le sinistre, y compris sa cause probable, la nature et l'étendue des dommages, l'emplacement de ^g la chose, les droits des tiers l'affectant et les assurances concurrentes.

À défaut par l'assuré de se conformer aux obligations du présent article, tout intéressé peut le faire à sa place. [Je souligne.]

De plus, la couverture offerte par la clause hypothécaire vise un ensemble de risques plus large que ⁱ la couverture prévue au contrat d'assurance avec le débiteur hypothécaire. En effet, le créancier hypothécaire a droit à l'indemnité d'assurance dans tous les cas où son débiteur y aurait droit, mais ^j l'indemnité est de plus exigible dans les cas où celui-ci a perdu ce droit en raison de ses «actes, négligences ou déclarations». Cette couverture

extended coverage is also illustrated by the subrogation of the insurer in the rights of the hypothecary creditor against the hypothecary debtor, applicable in situations where the indemnity would not have been due to the debtor under his contract. Professor Bergeron quite properly observes that it necessarily follows from this greater protection that the hypothecary clause is a separate contract (at pp. 979-80):

[TRANSLATION] There can be no doubt that the hypothecary creditor has different rights than the debtor: under this clause, these rights are separate and go *beyond* those of the debtor; the creditor may be paid in certain circumstances in which the insured debtor would not be entitled to receive the indemnity; this is so true that the clause goes on to confer on the insurer the right to be subrogated in the rights of the creditor against the debtor, in so far as the clause requires it to pay, when its insured, the debtor, has lost his right to the indemnity. Needless to say, as the creditor has different coverage he is a separate insured. It therefore logically follows that there are two contracts in one and this duality must be respected. [Emphasis added—italics in original.]

While it is possible in a single contract to divert certain rights from one party to a third party by means of a stipulation for that third party, this division of the effects of the contract cannot lead to the creation for the third party of rights which the stipulating party could not have. The fact that the hypothecary creditor has greater rights than the hypothecary debtor indicates that there is a separate contract between the insurer and the hypothecary creditor.

The hypothecary creditor's rights are also independent of those conferred on the debtor in the first insurance contract. Thus, under subclause (f) of the hypothecary clause, though the hypothecary creditor acquires the property which is the subject of the hypothec and the insurance, leading to confusion of the insurance interests of the hypothecary debtor and creditor in his person, he still continues to enjoy the benefit of his insurance contract, even though the first contract between the insurer and the hypothecary debtor is invalidated under art. 2582 C.C.L.C. by the extinction of the debtor's insurance interest:

élargie est d'ailleurs exemplifiée par la subrogation de l'assureur dans les droits du créancier hypothécaire à l'encontre du débiteur hypothécaire, pertinente dans des situations où l'indemnité n'aurait pas été due au débiteur en vertu de son contrat. Le professeur Bergeron souligne à juste titre que découle nécessairement de cette protection supérieure la conclusion que la clause hypothécaire est un contrat distinct (aux pp. 979 et 980):

Il ne peut y avoir aucun de doute que le créancier hypothécaire a des droits autres que le débiteur: en vertu de cette clause, ces droits sont distincts et vont *au-delà* de ceux du débiteur; le créancier pourra être payé dans certaines circonstances où le débiteur assuré n'aurait pas le droit de toucher à (*sic*) l'indemnité; cela est si vrai que la clause poursuit en conférant à l'assureur le droit d'être subrogé dans les droits du créancier contre le débiteur, dans la mesure où la clause l'oblige à payer alors que son assuré, le débiteur, a perdu son droit à l'indemnité. Il va de soi que le créancier étant couvert différemment, il est un assuré distinct. Il s'ensuit donc logiquement qu'il y a deux contrats dans le même contrat et il faut respecter cette dualité. [Je souligne—en italique dans l'original.]

En effet, s'il est possible, dans un contrat unique, de faire dévier certains droits d'une partie vers un tiers, au moyen d'une stipulation pour autrui, cette division des effets du contrat ne peut donner lieu à la création pour le tiers de droits dont ne pourrait jouir le stipulant. La présence de droits plus étendus envers le créancier hypothécaire qu'envers le débiteur hypothécaire milite en faveur de l'existence d'un contrat distinct liant l'assureur et le créancier hypothécaire.

Les droits du créancier hypothécaire sont de plus indépendants de ceux reconnus au débiteur dans le premier contrat d'assurance. Ainsi, en vertu du paragraphe f) de la clause hypothécaire, même si le créancier hypothécaire acquiert le bien qui fait l'objet de l'hypothèque et de l'assurance, entraînant la confusion dans sa personne des intérêts d'assurance des débiteur et créancier hypothécaires, il n'en continue pas moins à jouir du bénéfice de son contrat d'assurance, et cela même si le premier contrat entre l'assureur et le débiteur hypothécaire est, de par l'effet de l'art. 2582 C.c.B.-C., rendu caduc par l'extinction de l'intérêt d'assurance de ce dernier:

2582. The insurance of a property in which the insured has no insurable interest is without effect.

It must also be noted in this connection that to argue, as the appellant does, that there is only one contract and a single insured—in this case the hypothecary debtor—in the insurance policy would nullify subclause (f) of the hypothecary clause, as a result of confusion of the insurance interests in the person of the hypothecary creditor, since art. 2582 C.C.L.C. is a provision of absolute public order (art. 2500, para. 1 C.C.L.C.).

The conclusion on this point must therefore be that the agreement between the hypothecary creditor and the insurer under the hypothecary clause has a separate object of its own.

(ii) *Cause or Consideration*

In a recently published article (Simard, "La faute intentionnelle de l'assuré et la clause de garantie hypothécaire" (1987), 21 *R.J.T.* 335), counsel for the appellant rejected the interpretation that treats the policy as two contracts on the ground that there was no consideration given by the hypothecary creditor in return for the entitlement to the indemnity given by the insurer. He wrote the following (at p. 364):

[TRANSLATION]

- (1) In exchange for possible indemnity the hypothecary creditor *undertakes nothing* with respect to the insurer;
- (2) the insurer, *in exchange for nothing*, undertakes to possibly pay him an indemnity. [Italics in original.]

He thus concluded that the second contract could not exist for want of consideration.

In my view, this argument does not seem well founded, since there is indeed a pecuniary consideration in the second insurance contract between the hypothecary creditor and the insurer. The consideration given to the insurer for the increased risk is included in the premium as determined by the policy and paid by the hypothecary debtor. The latter pays not only the premium for his insurance contract but also that payable under the hypothecary creditor's insurance contract, by

2582. L'assurance d'une chose dans laquelle l'assuré n'a aucun intérêt d'assurance est sans effet.

On notera en outre à cet égard que prétendre, comme le fait l'appelante, qu'il n'y a qu'un seul contrat et un assuré unique—en l'occurrence le débiteur hypothécaire—à la police d'assurance, aurait pour conséquence de rendre le paragraphe f) de la clause hypothécaire sans effet suite à la confusion des intérêts d'assurance dans la personne du créancier hypothécaire, puisque l'art. 2582 C.c.B.-C. est d'ordre public absolu (art. 2500, al. 1 C.c.B.-C.).

Il faut donc conclure sur ce point à la présence d'un objet distinct particulier à l'accord entre le créancier hypothécaire et l'assureur en vertu de la clause hypothécaire.

(ii) *Cause ou considération*

Dans un article qu'il a publié récemment (Simard, «La faute intentionnelle de l'assuré et la clause de garantie hypothécaire» (1987), 21 *R.J.T.* 335), le procureur de l'appelante rejette l'interprétation menant à la qualification de la police comme constatant deux contrats au motif qu'il y aurait absence de considération de la part du créancier hypothécaire en retour du droit à l'indemnité consenti par l'assureur. Ainsi, écrit-il (à la p. 364):

- (1) le créancier hypothécaire, en échange d'une éventuelle indemnité, *ne s'engage à rien*, vis-à-vis de l'assureur;
- (2) l'assureur, *en échange de rien*, s'engage à lui verser éventuellement une indemnité. [En italique dans l'original.]

Il conclut donc à l'inexistence du second contrat pour cause d'absence de considération.

Cet argument ne me semble pas fondé, puisqu'il existe bel et bien une contrepartie, pécuniaire, au second contrat d'assurance entre le créancier hypothécaire et l'assureur. La contrepartie accordée à l'assureur pour le risque accru est en effet incluse dans la prime telle que fixée par la police et payée par le débiteur hypothécaire. Ce dernier acquitte non seulement la prime pour son contrat d'assurance mais également celle qui est exigible selon le contrat d'assurance du créancier hypothécaire, en

an imperfect delegation of payment. This delegation may be implicitly deduced from the clauses of the loan contract, according to which the hypothecary debtor undertakes to keep the immovable property insured, otherwise premiums paid by the hypothecary creditor will be payable by the debtor. The rules for imperfect delegation of payment are set out in arts. 1173 and 1174 C.C.L.C.:

1173. The delegation by which a debtor gives to his creditor a new debtor who obliges himself toward the creditor does not effect novation, unless it is evident that the creditor intends to discharge the debtor who makes the delegation.

1174. The simple indication by the debtor of a person who is to pay in his place, or the simple indication by the creditor of a person who is to receive in his place, or the transfer of a debt with or without the acceptance of the debtor, does not effect novation.

The hypothecary debtor thus pays all the premiums, covering both that applicable to his insurance interest, covered by his insurance contract, and that applicable to the hypothecary creditor's insurance interest, covered by the second insurance contract. The respective insurance interests of the hypothecary creditor and the hypothecary debtor, the sum of which is always equal to the total value of the insurance policy, vary in a manner inversely proportional to the rate of repayment by the hypothecary debtor of the capital loaned, and are finally entirely absorbed by that of the hypothecary debtor when the hypothecary loan is repaid in full.

Consideration thus exists for the separate insurance contract evidenced by the hypothecary clause.

(iii) *Consent Legally Given*

Having extracted the elements of a mandate from the terms of the insurance clause in the hypothecary loan contract, the hypothecary creditor could consent to this separate insurance contract through his debtor in the performance of his mandate. It is clearly stated in the hypothecary clause that this clause exists in the interests of the hypothecary creditor, not those of the debtor. The clause itself thus constitutes sufficient warning of the existence of the mandate so that the insurer

vertu d'une délégation imparfaite de paiement. Cette délégation peut se déduire implicitement des clauses du contrat de prêt, selon lesquelles le débiteur hypothécaire s'engage à maintenir l'immeuble assuré et, à défaut, que les primes payées par le créancier hypothécaire seront exigibles du débiteur. Les règles de la délégation imparfaite de paiement sont exprimées aux art. 1173 et 1174 C.c.B.-C.:

1173. La délégation par laquelle un débiteur donne à son créancier un nouveau débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation, à moins qu'il ne soit évident que le créancier entend décharger le débiteur qui fait la délégation.

1174. La simple indication faite par le débiteur d'une personne qui doit payer à sa place, ou la simple indication par le créancier d'une personne qui doit recevoir à sa place, ou le transport d'une dette avec ou sans l'acceptation du débiteur, n'opère pas novation.

Le débiteur hypothécaire paie donc la totalité des primes, couvrant à la fois celle visant son intérêt d'assurance, couvert par son contrat d'assurance, et celle visant l'intérêt d'assurance du créancier hypothécaire, couvert par le second contrat d'assurance. Au rythme du remboursement par le débiteur hypothécaire du capital prêté, les intérêts d'assurance respectifs du créancier hypothécaire et du débiteur hypothécaire, dont la somme reste toujours égale à la valeur totale de la police d'assurance, varient d'une manière inversement proportionnelle pour finalement être entièrement absorbés par celui du débiteur hypothécaire lors du remboursement total du prêt hypothécaire.

Il existe donc une contrepartie au contrat d'assurance distinct constaté par la clause hypothécaire.

(iii) *Consentement donné légalement*

Ayant extrait les éléments d'un mandat des termes de la clause d'assurance du contrat de prêt hypothécaire, le créancier hypothécaire pouvait consentir à ce contrat distinct d'assurance par l'intermédiaire de son débiteur dans l'exécution de son mandat. Il est en effet clairement précisé à la clause hypothécaire que celle-ci vise les intérêts du créancier hypothécaire et non ceux du débiteur. En cela, la clause elle-même constitue une dénonciation suffisante de l'existence du mandat de

should reasonably have known that the hypothecary debtor was acting on behalf of his creditor. Consent was thus legally given by both parties to this second contract.

As the capacity of the parties is not at issue here, the Court must necessarily conclude that the wording of the hypothecary clause indicates the existence of a common intent to purchase a second insurance contract between the hypothecary creditor and the insurer, a contract separate from the one purchased by the hypothecary debtor personally. The policy records these two contracts in a single document signed by the hypothecary debtor, acting both for himself and as mandatary for his hypothecary creditor.

C. Comparative Analysis

As mentioned earlier, the hypothecary clause originates from the insurance contracts developed in the State of New York in the second half of the 19th century. These clauses spread throughout North America, with the result that virtually identical clauses (apart from a few words) have been interpreted by courts in other jurisdictions. Without giving these interpretations the force of precedent, it is nonetheless worthwhile to examine the solutions adopted by the courts in those jurisdictions, in particular in France, in the U.S. and in the common law provinces of Canada, if only as an exercise in comparative law.

(i) *France*

As Picard and Besson observe (*Traité général des assurances terrestres en droit français*, vol. 2, *Assurances de dommages—Règles générales* (1940)), a hypothecary clause of the type at issue in the present appeal is not often used in France. They suggest, however, that its effect would be to give the hypothecary creditor increased protection (at pp. 471-73):

[TRANSLATION] This clause—known as the standard hypothecary or mortgage clause—has been in widespread use in America since the late 19th century. It is however quite rare in French practice. The guarantee it

manière à ce que l'assureur ait raisonnablement dû savoir que le débiteur hypothécaire agissait au nom de son créancier. Il y a donc eu consentement donné légalement par l'une et l'autre partie à ce second contrat.

Comme la capacité des parties n'est pas ici en cause, force nous est de conclure que le texte de la clause hypothécaire constate l'existence d'une intention commune de souscrire un second contrat d'assurance entre le créancier hypothécaire et l'assureur, contrat distinct de celui souscrit par le débiteur hypothécaire personnellement. La police constate ces deux contrats en un seul document souscrit par le débiteur hypothécaire, agissant tant en son nom propre qu'à titre de mandataire de son créancier hypothécaire.

C. Analyse comparée

Tel que mentionné précédemment, la clause hypothécaire trouve son origine dans les contrats d'assurance élaborés dans l'état de New York au cours de la seconde moitié du XIX^e siècle. Ces clauses se sont répandues dans toute l'Amérique du Nord, de sorte que des clauses virtuellement identiques (à quelques mots près) ont été interprétées par des tribunaux d'autres juridictions. Sans reconnaître à ces interprétations la force de précédents, il est tout de même intéressant d'examiner les solutions apportées par les tribunaux dans ces juridictions, notamment en France, aux États-Unis ainsi que dans les provinces de common law du Canada, ne serait-ce qu'à titre d'exercice de droit comparé.

(i) *France*

Comme le soulignent les auteurs Picard et Besson (*Traité général des assurances terrestres en droit français*, t. 2, *Assurances de dommages—Règles générales* (1940)), la clause hypothécaire du genre de celle sous étude dans le présent pourvoi est d'usage peu fréquent en France. Ils avancent toutefois qu'elle aurait pour effet de procurer une protection accrue au créancier hypothécaire (aux pp. 471 à 473):

Cette clause—dite clause hypothécaire type—est usitée couramment en Amérique depuis la fin du XIX^e siècle. Elle est au contraire assez rare dans la pratique française. La garantie qu'elle confère aux créanciers

provides creditors of course varies according to the policy. The following is an example of the standard hypothecary clause:

“At the request of the insured, the Company agrees not to take advantage of (but only as to hypothecary creditors registered against the immovable pursuant to a deed recorded by Mr. X . . . , a notary) the failure to make the declarations prescribed by the general conditions of the policy, but only to the extent that their debts fall in the correct order on the indemnity to which the insured would have been entitled if his position had been in order.”

With a clause of this kind, hypothecary creditors whose names are given to the insurer cannot be affected by nullities or disqualifications incurred by the insured, in particular as the result of an incorrect declaration of risk, even if they knew of such irregularities before the loss. [Emphasis added.]

The specific problem of whether a hypothecary debtor's intentional fault can be invoked against the hypothecary creditor is not discussed by the authors. There also do not seem to have been any cases in which the courts have ruled on the validity of an interpretation finding that two separate insurance contracts exist in the same policy. French law therefore cannot assist us in this regard.

(ii) *United States*

The United States Supreme Court has had occasion to discuss the relationship between mortgagee and insurer in *Aetna Insurance Co. v. Kennedy*, 301 U.S. 389 (1937). Considering a clause, the wording of which was very similar to that at issue here, the Supreme Court adopted the interpretation that the mortgage clause created two separate contracts in the same policy (Butler J., for the court, at p. 395):

Kennedy [the mortgagee] was not merely a designated beneficiary to whom was payable, as specified, insurance obtained by the bank. The mortgagee clause created a contract of insurance between him and the company and effected separate insurance upon his interest. [Emphasis added.]

With a few rare exceptions, U.S. decisions have unanimously adopted the same approach to this question. Couch (*Couch on Insurance* (2nd ed. 1982), vol. 10A, § 42:728) summarizes these decisions as follows:

varie évidemment suivant les polices. Voici un exemple de clause hypothécaire type:

«Sur la demande de l'assuré, la Compagnie consent à ne pas se prévaloir, mais au regard seulement des créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble suivant acte reçu par M^e X . . . , notaire, de l'omission des déclarations prescrites par les conditions générales de la police, mais dans la mesure seulement où leurs créances viendraient en ordre utile sur l'indemnité à laquelle l'assuré aurait pu prétendre si sa situation avait été régulière.»

Avec une clause de ce genre, les créanciers hypothécaires nominativement désignés à l'assureur ne peuvent pas se voir opposer les nullités ou déchéances encourues par l'assuré, spécialement en raison d'une déclaration irrégulière du risque, même s'ils ont eu connaissance avant le sinistre de ces irrégularités. [Je souligne.]

Le problème particulier de l'opposabilité au créancier hypothécaire de la faute intentionnelle de son débiteur hypothécaire n'est pas discuté par la doctrine. Il ne semble pas non plus y avoir de jurisprudence qui se soit prononcée sur la validité d'une interprétation concluant à la présence de deux contrats d'assurance distincts dans une même police. Le droit français ne peut donc nous éclairer à cet égard.

(ii) *États-Unis*

La Cour suprême des États-Unis a eu l'occasion de discuter de la relation entre créancier hypothécaire et assureur dans l'arrêt *Aetna Insurance Co. v. Kennedy*, 301 U.S. 389 (1937). Face à une clause dont le texte se rapproche de celle sous étude, la Cour suprême adopte l'interprétation selon laquelle la clause hypothécaire crée deux contrats distincts dans la même police (le juge Butler, au nom de la cour, à la p. 395):

[TRADUCTION] Kennedy [le créancier hypothécaire] n'était pas simplement un bénéficiaire désigné à qui devait être versée comme prévu l'assurance obtenue par la banque. La clause hypothécaire a créé un contrat d'assurance entre lui et la société et a créé une assurance distincte sur son intérêt. [Je souligne.]

À quelques rares exceptions près, la jurisprudence américaine se prononce d'ailleurs unanimement dans le même sens sur cette question. Couch (*Couch on Insurance* (2^e éd. 1982), vol. 10A, n^o 42:728) résume ainsi cette jurisprudence:

42:728. Mortgagee and insurer: Concept of independent contract.

Under the standard or union mortgage clause, an independent or separate contract or undertaking exists between the mortgagee and the insurer, which contract is measured by the terms of the mortgage clause itself. There are accordingly in substance two contracts of insurance, the one with the mortgagee, and the other with the mortgagor. The mortgagee does not have the status of a beneficiary, and the effect is the same as though the mortgagee had procured a separate policy naming himself as the insured.

The consideration for the insurer's undertaking with respect to the mortgagee under the standard clause is the consideration for which the policy was itself issued to the mortgagor, and a standard mortgage clause creates a separate contract between the insurer and the mortgagee, and is enforceable by the mortgagee, even though it is merely engrafted onto the policy delivered to the mortgagor. [Emphasis added—footnotes omitted.]

(See also: 43 Am. Jur. 2d *Insurance* § 1045 (1982); Appleman, *Insurance Law and Practice* (1970), vol. 5A, § 3401; Dwyer and Barney, "Analysis of Standard Mortgage Clause and Selected Provisions of the New York Standard Fire Policy" (1984), 19 *Forum* 639, at p. 646; Comerford, "When Is Money Paid the Mortgagee Recoverable?—Is the Counterclaim Compulsory?" (1986), 22 *Tort & Ins. L.J.* 113, at p. 115.) It is interesting to note that the courts of Louisiana, a civil law jurisdiction, have arrived at an identical result: *Louisiana Civil Law Treatise*, vol. 15, *Insurance Law and Practice* (1986), § 332; *Federal National Mortgage Association v. Prudential Property and Casualty Insurance Co.*, 517 So.2d 201 (La. Ct. App. 1987).

(iii) *Canada (Common Law)*

This Court has examined this question on two occasions in appeals from common law provinces. First, in *Liverpool and London and Globe Insurance Co. v. Agricultural Savings and Loan Co.* (1903), 33 S.C.R. 94, Davies J., writing for the majority, specifically stated that the question of the existence of a separate contractual relationship had not been decided (at p. 110):

[TRANSLATION] **42:728. Créancier hypothécaire et assureur: Concept d'un contrat indépendant.**

En vertu de la clause hypothécaire dite «standard» ou «union», un contrat ou engagement indépendant ou séparé existe entre le créancier hypothécaire et l'assureur, lequel contrat est déterminé par les conditions de la clause hypothécaire elle-même. En substance, il y a donc deux contrats d'assurance, l'un avec le créancier hypothécaire et l'autre avec le débiteur hypothécaire. Le créancier hypothécaire n'a pas le titre de bénéficiaire et l'effet est le même que si le créancier hypothécaire avait pris une police séparée dans laquelle il se désignait comme l'assuré.

La contrepartie pour l'engagement des assureurs à l'égard du créancier hypothécaire aux termes de la clause standard est celle pour laquelle la police a elle-même été émise au débiteur hypothécaire, et une clause hypothécaire standard crée un contrat distinct entre l'assureur et le créancier hypothécaire, et est applicable par celui-ci, même s'il est simplement greffé à la police émise au débiteur hypothécaire. [Je souligne—notes en bas de page omises.]

(Au même effet: 43 Am. Jur. 2d *Insurance*, n° 1045 (1982); Appleman, *Insurance Law and Practice* (1970), vol. 5A, n° 3401; Dwyer et Barney, «Analysis of Standard Mortgage Clause and Selected Provisions of the New York Standard Fire Policy» (1984), 19 *Forum* 639, à la p. 646; Comerford, «When Is Money Paid the Mortgagee Recoverable?—Is the Counterclaim Compulsory?» (1986), 22 *Tort & Ins. L.J.* 113, à la p. 115.) Il est intéressant de noter que la jurisprudence de la Louisiane, une juridiction de droit civil, en arrive à un résultat identique: *Louisiana Civil Law Treatise*, vol. 15, *Insurance Law and Practice* (1986), n° 332; *Federal National Mortgage Association v. Prudential Property and Casualty Insurance Co.*, 517 So.2d 201 (La. Ct. App. 1987).

(iii) *Canada (common law)*

Notre Cour a abordé cette question à deux occasions dans le cadre de pourvois provenant de provinces de common law. D'abord dans l'arrêt *Liverpool and London and Globe Insurance Co. v. Agricultural Savings and Loan Co.* (1903), 33 R.C.S. 94, le juge Davies, écrivant au nom de la majorité, déclare spécifiquement que la question de l'existence d'un lien contractuel distinct n'est pas décidée (à la p. 110):

I have already stated that it is not necessary on this appeal for us to determine, and we do not determine, whether such a mortgage clause as was inserted in this policy gave the mortgagees such a beneficial right and interest or constituted such a direct contract between the mortgagees and the insurance company as would enable the former to sue in their own name alone and irrespective of [the mortgagor]. [Emphasis added.]

In that case, however, the Ontario Court of Appeal had clearly stated that a second contract existed between the mortgagee and the insurer:

... the policy of insurance contained what is known as the subrogation or mortgage clause—which is a contract by the company directly with the mortgagees, and in terms expressly renounces the right of the company to set up, as a defence against the mortgagees, any act or neglect on the part of the mortgagor. [Emphasis added.]

((1901), 3 O.L.R. 127, at p. 141, *per* Osler J.A.)

The question did not come before this Court again until more than seventy years later, in *London and Midland General Insurance Co. v. Bonser*, [1973] S.C.R. 10. In that case, where the mortgage clause at issue greatly resembled the one under consideration here, Ritchie J. undertook an analysis of the cases which had concluded that there was a separate contractual relationship, referring with approval *inter alia* to the decision of the Ontario Court of Appeal in *Liverpool and London and Globe Insurance Co., supra, Hastings v. Westchester Fire Ins. Co.*, 73 N.Y. 141 (1878), and *London Loan and Savings Co. of Canada v. Union Insurance Co. of Canton Ltd.* (1925), 56 O.L.R. 590, *aff'd* (1925), 57 O.L.R. 651. Ritchie J. also cited the passage reproduced above from Couch, *op. cit.* The reasons of Ritchie J. seem to indicate that he viewed this position as correct.

Shortly after this decision, many Canadian appellate courts unequivocally adopted the interpretation recognizing that two contracts exist in the same policy where there is a mortgage clause. Thus, the Appeal Division of the Nova Scotia

[TRADUCTION] J'ai déjà déclaré que, dans cet appel, il n'était pas nécessaire de déterminer, et nous ne cherchons pas à déterminer, si la clause hypothécaire que renferme cette police donne aux créanciers hypothécaires un droit et un intérêt bénéficiaire, ou constitue, entre les créanciers hypothécaires et la compagnie d'assurance, un contrat direct, propres à permettre aux créanciers hypothécaires de poursuivre en leur propre nom seulement et sans tenir compte [du débiteur hypothécaire]. [Je souligne.]

La Cour d'appel de l'Ontario avait dans cette affaire au contraire affirmé clairement l'existence d'un second contrat entre le créancier hypothécaire et l'assureur:

[TRADUCTION] ... la police renfermait ce que l'on appelle une clause de subrogation ou de garantie hypothécaire—qui constitue un contrat directement entre la compagnie et les créanciers hypothécaires et par lequel, en termes explicites, la compagnie renonce au droit d'invoquer, comme moyen de défense contre les créanciers hypothécaires, tout acte ou négligence de la part du débiteur hypothécaire. [Je souligne.]

((1901), 3 O.L.R. 127, à la p. 141, le juge Osler.)

La question ne se représenta devant notre Cour que plus de soixante-dix ans plus tard, dans le cadre de l'arrêt *London and Midland General Insurance Co. c. Bonser*, [1973] R.C.S. 10. Dans cette affaire, où la clause hypothécaire en question ressemblait grandement à celle présentement sous étude, le juge Ritchie procède à une analyse de la jurisprudence ayant conclu à la présence d'un lien contractuel distinct, référant entre autres, avec approbation, à la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Liverpool and London and Globe Insurance Co.*, précité, ainsi qu'aux arrêts *Hastings v. Westchester Fire Ins. Co.*, 73 N.Y. 141 (1878), et *London Loan and Savings Co. of Canada v. Union Insurance Co. of Canton Ltd.* (1925), 56 O.L.R. 590, *conf. par* (1925), 57 O.L.R. 651. Le juge Ritchie cite de plus le passage reproduit plus haut de Couch, *op. cit.* Il paraît découler des motifs du juge Ritchie qu'il considère cette position comme bien fondée.

Dans la foulée de cet arrêt, de nombreuses cours d'appel canadiennes ont adopté sans équivoque l'interprétation reconnaissant l'existence de deux contrats dans la même police en présence d'une clause hypothécaire. Ainsi, la Division d'appel de

Supreme Court wrote in *Royal Insurance Co. of Canada v. Trans Canada Credit Corp.* (1983), 1 C.C.L.I. 300, at p. 305 (Jones J.A. for the court):

It is now clear from the decision of the Supreme Court of Canada in *Bonser v. London & Midland Gen. Ins. Co.*, supra, that the standard mortgage clause constitutes a separate agreement between the insurer and the mortgagee. [Emphasis added.]

Similarly, the Manitoba Court of Appeal adopted this interpretation in *Royal Bank of Canada v. Red River Valley Mutual Insurance Co.*, [1986] 5 W.W.R. 236, at pp. 244-45, per Twaddle J.A. for the court. Finally, a very recent decision of the Alberta Court of Appeal, *National Bank of Canada v. Co-Operators General Insurance Co.* (1988), 90 A.R. 295, explains the formation of the second contract by the existence of a contract of agency between the mortgagee and the mortgagor. Discussing the same mortgage clause as the one in question here, Laycraft C.J. wrote for the court (at p. 302):

In my opinion, this mortgage clause contains the terms of a separate, independent contract of insurance between mortgagee and insurer engrafted on to the policy delivered to the mortgagor. It incorporates other terms of the policy (as, for example, the property description or amount of coverage) to the extent they are applicable.

The agency of the borrower to effect the insurance on behalf of the lender seems to me to be necessarily implicit in the borrower's covenant to insure universally seen in debentures and mortgages. All parties to the transaction, including the insurer who is eventually approached, know that the borrower must obtain a mortgage clause in favour of the lender if it is to proceed. That seems to me to be virtually a definition of the role of the borrower as an agent for that limited purpose. His role is so obvious to insurers that the industry has a "standard mortgage clause" ready to meet the request. [Emphasis added.]

This then is how the law appears to be settled in the Canadian common law provinces.

la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse écrit dans l'arrêt *Royal Insurance Co. of Canada v. Trans Canada Credit Corp.* (1983), 1 C.C.L.I. 300, à la p. 305 (le juge Jones au nom de la cour):

^a [TRADUCTION] Il ressort maintenant clairement de l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Bonser v. London & Midland Gen. Ins. Co.*, précité, que la clause hypothécaire standard constitue une entente distincte entre l'assureur et le créancier hypothécaire. [Je souligne.]

La Cour d'appel du Manitoba, de même, fait sienne cette interprétation dans l'arrêt *Royal Bank of Canada v. Red River Valley Mutual Insurance Co.*, [1986] 5 W.W.R. 236, aux pp. 244 et 245, par le juge Twaddle au nom de la cour. Finalement, une décision très récente de la Cour d'appel de l'Alberta, *National Bank of Canada v. Co-Operators General Insurance Co.* (1988), 90 A.R. 295, explique la formation du second contrat par la présence d'un contrat de mandat entre créancier et débiteur hypothécaires. Face à la même clause hypothécaire que celle ici en cause, le juge en chef Laycraft écrit au nom de la cour (à la p. 302):

^b [TRADUCTION] À mon avis, cette clause hypothécaire contient les termes d'un contrat d'assurance indépendant distinct entre le créancier hypothécaire et l'assureur greffé à la police émise au débiteur hypothécaire. Elle incorpore les autres termes de la police (par exemple, la description du bien ou le montant de la protection) dans la mesure où ils s'appliquent.

^c Le mandat de l'emprunteur d'appliquer l'assurance pour le compte du prêteur me semble découler implicitement de l'engagement de l'emprunteur de souscrire une assurance universelle qu'on trouve dans les débetures et les hypothèques. Toutes les parties à l'opération, y compris l'assureur qui sera finalement contacté, savent que l'emprunteur doit obtenir une clause hypothécaire en faveur du prêteur pour que le contrat soit conclu. Cela me semble virtuellement une définition du rôle de l'emprunteur à titre de mandataire pour cette fin précise. Son rôle est tellement évident pour les assureurs que l'industrie a prévu une «clause hypothécaire standard» pour satisfaire à cette exigence. [Je souligne.]

^d Le droit apparaît donc fixé en ce sens dans les provinces de common law du Canada.

This brief foray into comparative law enables us to see that the interpretation of the hypothecary clause to which we are led by the principles of civil law in Quebec is consistent with the results arrived at by courts in other jurisdictions dealing with similar contractual clauses.

In view of this second separate insurance contract between the hypothecary creditor and the insurer, under the terms of the hypothecary clause contained in the insurance policy purchased by the hypothecary debtor, we must now consider whether such a contract is in keeping with the public order provisions of the *Civil Code of Lower Canada*.

3. *Whether the Hypothecary Clause is Consistent with the Civil Code of Lower Canada*

According to the wording of the hypothecary clause under consideration, the insurer undertakes not to invoke against the hypothecary creditor any "act, neglect, omission or misrepresentation attributable to the . . . owner". In the present case the act of the owner which the insurer wishes to invoke against the hypothecary creditor is an intentional fault by the latter. The appellant argues that legally, the hypothecary clause cannot make it impossible to invoke the debtor-owner's intentional fault against the hypothecary creditor, in view of the second paragraph of art. 2563 C.C.L.C., which is declared to be of public order both by its own wording and by the first paragraph of art. 2500 C.C.L.C.:

2563. The exclusion of the prejudice caused by a fortuitous event or the fault of the insured is not valid unless it is expressly and restrictively set out in a stipulation in the contract.

However, the insurer is not liable, notwithstanding any agreement to the contrary, for prejudice arising from the insured's intentional fault.

2500. Any stipulation which derogates from the prescriptions of articles 2474, 2478 to 2484, 2486, 2490 to 2492, 2494 to 2506, 2508, 2510 to 2515, 2518, 2529, 2530, the second paragraph of article 2533, articles 2536, 2538, 2539, 2541, 2546 to 2549, 2557, 2559, 2560, 2561, 2562, the second paragraph of article 2563, article 2564, the third paragraph of article 2566, articles 2574, 2577 to 2582, 2585, the first two paragraphs of

Cette brève incursion en droit comparé nous permet de constater que l'interprétation de la clause hypothécaire à laquelle nous mènent les principes de droit civil au Québec s'harmonise avec les résultats auxquels en sont arrivés les tribunaux d'autres juridictions quant à des clauses contractuelles similaires.

Face à ce second contrat d'assurance distinct entre le créancier hypothécaire et l'assureur, aux termes de la clause hypothécaire contenue à la police d'assurance souscrite par le débiteur hypothécaire, il nous faut maintenant examiner la compatibilité d'un tel contrat avec les dispositions d'ordre public du *Code civil du Bas-Canada*.

3. *Conformité de la clause hypothécaire au Code civil du Bas-Canada*

Selon le texte de la clause hypothécaire sous étude, l'assureur s'engage à ne pas opposer au créancier hypothécaire «les actes, négligences ou déclarations des propriétaires». En l'espèce, l'acte du propriétaire, que l'assureur désire opposer au créancier hypothécaire, consiste en une faute intentionnelle de ce dernier. L'appelante soutient que la clause hypothécaire ne peut rendre légalement inopposable au créancier hypothécaire la faute intentionnelle du débiteur-propriétaire, en raison de l'effet du second alinéa de l'art. 2563 C.c.B.-C., déclaré d'ordre public à la fois par son propre libellé et par le premier alinéa de l'art. 2500 C.c.B.-C.:

2563. L'exclusion du préjudice occasionné par cas fortuit ou par la faute de l'assuré n'est valable que si elle fait l'objet d'une stipulation expressément et limitativement énoncée au contrat.

Toutefois, l'assureur ne répond pas, nonobstant toute convention contraire, du préjudice provenant d'une faute intentionnelle de l'assuré.

2500. Est sans effet toute stipulation qui déroge aux prescriptions des articles 2474, 2478 à 2484, 2486, 2490 à 2492, 2494 à 2506, 2508, 2510 à 2515, 2518, 2529, 2530, du deuxième alinéa de l'article 2533, des articles 2536, 2538, 2539, 2541, 2546 à 2549, 2557, 2559, 2560, 2561, 2562, du deuxième alinéa de l'article 2563, de l'article 2564, du troisième alinéa de l'article 2566, des articles 2574, 2577 à 2582, 2585, des deux premiers

article 2586, articles 2587, 2598, 2599 and 2601 to 2605 is without effect. [Emphasis added.]

The appellant argues that, despite the existence of the hypothecary clause, the hypothecary debtor is still the "insured" within the meaning of art. 2563 C.C.L.C.

As the appellant relies in large measure on French decisions in support of its argument that the hypothecary debtor's intentional fault can be invoked against the hypothecary creditor, I shall briefly examine their relevance in interpreting art. 2563 C.C.L.C., before going on to analyze the effect of this provision.

A. French Legislation

From the evident similarity between art. 2563 C.C.L.C. and art. 12 of the *Loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance*, J.O., July 18, 1930 (hereinafter referred to as the "*Law of July 13, 1930*"; article 12 later became art. 113-1 of the *Code des assurances*), the appellant deduces a clear intent on the part of the legislature to import into Quebec civil law the law on this point as it stood in France at that time.

As the Superior Court and the Court of Appeal observed, the relationship between these two pieces of legislation seems quite clear. To emphasize this similarity, I reproduce below art. 12 of the *Law of July 13, 1930*, as it read in 1974, and art. 2563 C.C.L.C.:

Law of July 13, 1930

[TRANSLATION] **Art. 12.** The insurer is liable for loss and damage caused by a fortuitous event or the fault of the insured unless there is a formal and limited exclusion in the policy.

However, the insurer is not liable, notwithstanding any agreement to the contrary, for loss and damage arising from the insured's intentional or fraudulent fault.

C.C.L.C.

2563. The exclusion of the prejudice caused by a fortuitous event or the fault of the insured is not valid unless it is expressly and restrictively set out in a stipulation in the contract.

However, the insurer is not liable, notwithstanding any agreement to the contrary, for prejudice arising from the insured's intentional fault.

alinéas de l'article 2586, des articles 2587, 2598, 2599 et 2601 à 2605: [Je souligne.]

L'appelante maintient en effet que le débiteur hypothécaire reste «*assuré*» au sens de l'art. 2563 C.c.B.-C., malgré la présence de la clause hypothécaire.

Comme l'appelante se fonde dans une large mesure sur la jurisprudence française afin d'étayer son argumentation d'opposabilité au créancier hypothécaire de la faute intentionnelle de son débiteur, j'examinerai brièvement la pertinence de cette dernière pour l'interprétation de l'art. 2563 C.c.B.-C. avant de passer à l'analyse de l'effet de cette disposition.

A. La loi française

De la parenté évidente entre l'art. 2563 C.c.B.-C. et l'art. 12 de la *Loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance*, J.O., 18 juillet 1930 (ci-après la "*Loi du 13 juillet 1930*"; l'article 12 est devenu par la suite l'art. 113-1 du *Code des assurances*), l'appelante déduit une intention claire de la part du législateur d'importer en droit civil québécois le droit tel qu'il était alors en France en ce qui concerne cette question.

Comme le soulignent et la Cour supérieure et la Cour d'appel, la parenté entre ces deux textes législatifs paraît manifeste. Je reproduis en parallèle ci-dessous, afin de souligner cette parenté, l'art. 12 de la *Loi du 13 juillet 1930* tel qu'il se lisait en 1974, ainsi que l'art. 2563 C.c.B.-C.:

Loi du 13 juillet 1930

Art. 12. Les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police.

Toutefois, l'assureur ne répond pas, nonobstant toute convention contraire, des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré.

C.c.B.-C.

2563. L'exclusion du préjudice occasionné par cas fortuit ou par la faute de l'assuré n'est valable que si elle fait l'objet d'une stipulation expressément et limitativement énoncée au contrat.

Toutefois, l'assureur ne répond pas, nonobstant toute convention contraire, du préjudice provenant d'une faute intentionnelle de l'assuré.

The origin of art. 2563 C.C.L.C. is confirmed by a statement by the Minister responsible for this legislation when it was tabled in the National Assembly (*Journal des débats*, November 19, 1974, vol. 15, No. 82, at p. 2873), and in the *Faribault Report*, "Commentaires sur le projet de loi sur le contrat d'assurance", article 40. These two sources are mentioned solely as indications of the origin of art. 2563 C.C.L.C., not with a view to determining the legislature's intent in adopting this provision: *Commerce & Industry Insurance Co. v. West End Investment Co.*, [1977] 2 S.C.R. 1036, at p. 1043, per Pigeon J. for the majority, and at p. 1051, per de Grandpré J.

In considering legislation borrowed almost word for word from a provision of a foreign statute, it has to be assumed that the legislature knew of the foreign law so adopted (Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (1984), at p. 441):

When the enactment is inspired by foreign legislation, the courts can assume that in most cases Parliament was aware of the interpretation given by foreign courts. It is therefore generally accepted that the courts may consider judicial interpretations of the text on which the statute was modelled. This approach, however, has its inherent risks. It cannot be applied blindly, because a change in wording, a different context or a simultaneous change in wording and context may render that case law totally inapplicable. [Emphasis added.]

In the present case, as I noted at the outset, there are striking differences between the context in which art. 2563 C.C.L.C. is to be interpreted and the background to interpreting art. 12 of the *Law of July 13, 1930*, including the absence of similar hypothecary clauses in France. Professor Côté's caution is worth noting here. With this in mind I will discuss French cases and authors and their relevance in interpreting art. 2563 C.C.L.C.

L'origine de l'art. 2563 C.c.B.-C. est en fait confirmée par une déclaration du ministre responsable de cette loi lors de sa présentation à l'Assemblée nationale (*Journal des débats*, 19 novembre 1974, vol. 15, n° 82, à la p. 2873), ainsi que dans le *Rapport Faribault*, «Commentaires sur le projet de loi sur le contrat d'assurance», article 40. Ces deux sources sont citées uniquement à titre d'indices de l'origine de l'art. 2563 C.c.B.-C. et non dans le but de déceler l'intention du législateur en adoptant cette disposition: *Commerce & Industry Insurance Co. c. West End Investment Co.*, [1977] 2 R.C.S. 1036, à la p. 1043, par le juge Pigeon au nom de la majorité, et à la p. 1051, par le juge de Grandpré.

Face à ce texte législatif emprunté presque textuellement à une disposition d'une loi étrangère, il faut présumer que le législateur avait connaissance du droit étranger ainsi adopté (Côté, *Interprétation des lois* (1982), à la p. 488):

Lorsque l'auteur d'un texte a puisé son inspiration dans une législation étrangère, on pourra la plupart du temps supposer qu'il était alors au courant du sens que les tribunaux étrangers avaient donné au texte sur lequel il a pris modèle. C'est donc un principe largement admis que, dans l'interprétation d'un texte législatif, on peut prendre en considération l'interprétation donnée au texte qui a pu servir de modèle au législateur. Cependant, une telle méthode présente de nombreux dangers: elle ne peut être suivie aveuglément, car un changement dans la formulation, un changement dans le contexte ou encore une variation et de formulation et de contexte peuvent rendre cette jurisprudence inapplicable à la nouvelle loi. [Je souligne.]

En l'espèce, tel que je l'ai souligné au départ, le contexte dans lequel doit être interprété l'art. 2563 C.c.B.-C. comporte des différences marquées avec le contexte d'interprétation de l'art. 12 de la *Loi du 13 juillet 1930*, entre autres l'absence de clauses hypothécaires similaires en France. La prudence recommandée par le professeur Côté trouve ici toute sa mesure. J'entends tout de même discuter de la jurisprudence et de la doctrine françaises et de leur pertinence dans l'interprétation de l'art. 2563 C.c.B.-C.

B. Basis of Art. 2563 C.C.L.C.

The absolute prohibition on indemnifying prejudice arising from the insured's intentional fault is based on considerations of two different types: first, public morality, and second, the very nature of an insurance contract.

Good morals are the basis of the prohibition codified in art. 2563 C.C.L.C., in the sense that the article expresses the legislature's condemnation of a contract that would allow an individual to benefit from his intentional fault:

[TRANSLATION] In the great majority of cases it would be entirely immoral to argue that the insurer should bear the consequences of his intentional act. This would mean allowing the most anti-social acts to be committed and their civil pecuniary consequences avoided.

(*Encyclopédie juridique Dalloz: Répertoire de droit civil*, vol. I, 2nd ed., "Assurances terrestres", by Durry, No. 116.)

More generally, this prohibition coincides with and clarifies that of art. 13 C.C.L.C.:

13. No one can by private agreement, validly contravene the laws of public order and good morals.

This justification is common to art. 2563 C.C.L.C. and art. 12 of the *Law of July 13, 1930*.

The second justification for art. 2563 C.C.L.C. lies in the concept of insurability, intrinsically associated with that of unforeseeability. As a French writer puts it, [TRANSLATION] "The uncertainty of the insured event—the risk—determines its insurability": Bigot, "Assurances de responsabilité: les limites du risque assurable" (1978), 49 *Rev. gén. ass. terr.* 169. For the insured himself, the damage resulting from his own intentional fault is not in any way unpredictable, as the result is the desired consequence of his action, and therefore he cannot be indemnified for it. As Professor Lambert-Faivre puts it (*Droit des assurances* (6th ed. 1988), at p. 196, No. 168):

[TRANSLATION] Insurance is a technique for guaranteeing against risk for which statistics make it possible

B. Le fondement de l'art. 2563 C.c.B.-C.

L'interdiction absolue d'indemniser le préjudice résultant de la faute intentionnelle de l'assuré repose sur des considérations de deux ordres distincts, soit d'une part la moralité publique, et d'autre part la nature même du contrat d'assurance.

Les bonnes mœurs sont à la source de l'interdiction codifiée à l'art. 2563 C.c.B.-C., en ce sens que cet article exprime la réprobation du législateur à l'endroit d'un contrat qui permettrait à un individu de profiter de sa faute intentionnelle:

Dans l'immense majorité des cas, il serait profondément immoral de prétendre faire prendre en charge par l'assureur les conséquences de son acte intentionnel. Cela équivaldrait à permettre d'accomplir les actes les plus antisociaux, tout en échappant à leurs conséquences pécuniaires civiles.

(*Encyclopédie juridique Dalloz: Répertoire de droit civil*, t. I, 2^e éd., «Assurances terrestres», par Durry, n^o 116.)

Plus généralement, cette interdiction recoupe et précise donc celle de l'art. 13 C.c.B.-C.:

13. On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs.

Cette justification est commune à l'art. 2563 C.c.B.-C. et à l'art. 12 de la *Loi du 13 juillet 1930*.

La seconde justification de l'art. 2563 C.c.B.-C. réside dans la notion d'assurabilité, intrinsèquement liée à celle d'imprévisibilité. En effet, comme le formule un auteur français, «L'incertitude de l'événement assuré—le risque—conditionne son assurabilité»: Bigot, «Assurances de responsabilité: les limites du risque assurable» (1978), 49 *Rev. gén. ass. terr.* 169. Pour l'assuré lui-même, le dommage résultant de sa propre faute intentionnelle ne participe aucunement de l'imprévisible, le résultat étant l'effet désiré de son geste, et il ne peut donc en être indemnisé. Selon le professeur Lambert-Faivre (*Droit des assurances* (6^e éd. 1988), à la p. 196, n^o 168):

L'assurance est en effet une technique de garantie du hasard dont les statistiques permettent d'établir les lois

to formulate mathematical laws; introducing a guarantee for an intentional act in the operation of insurance would thus fundamentally undermine its premises; the insurance technique requires that the risk insured be an uncertain event, the occurrence of which does not depend on the wishes of the insured or the beneficiary of the contract. If the insured or the beneficiary intentionally causes the event risked to occur, therefore, this is outside the scope of the contract: it is a "legal exclusion of the risk" which applies to damage insurance as well as to insurance of persons, the State itself undertaking to compensate certain victims of offences. [Emphasis added—italics in original—footnotes omitted.]

(See also Picard and Besson, *Les assurances terrestres* (5th ed. 1982), vol. I, at p. 109, No. 66; Agen, December 8, 1964, *Parfait v. Assurances générales et Nationale incendie* (1965), 36 *Rev. gén. ass. terr.* 333.)

Having said that, is the contract concluded between the hypothecary creditor and the insurer, under which the hypothecary debtor's intentional fault cannot be invoked against the creditor, contrary to art. 2563 *C.C.L.C.*, in light of its purpose as explained above?

C. Legality of the Hypothecary Clause

In the second insurance contract contained in the policy, the hypothecary creditor and not the debtor is the insured. Accordingly, the hypothecary creditor is not benefiting from his intentional fault when he claims to be entitled to the insurance indemnity as a result of the fire caused by the intentional fault of his debtor. In such circumstances, the insured (the hypothecary creditor) has not committed any fault, intentional or otherwise. Neither does the hypothecary debtor benefit from his intentional fault, since the payment of the indemnity by the insurer does not result in his release, but simply a substitution of debtor (subclause (b) of the hypothecary clause). Thus, moral considerations discussed above do not stand in the way of indemnifying the hypothecary creditor.

Similarly, once his mandate is completed by the purchase of a separate insurance contract, the hypothecary debtor becomes, as to his creditor, a third party for whose actions the latter is not responsible. As far as the hypothecary creditor is

mathématiques; introduire la garantie du fait intentionnel dans l'opération d'assurance en fausserait donc radicalement les prémisses: la technique de l'assurance exige que le risque assuré soit un événement aléatoire, dont la réalisation ne dépend pas de la volonté de l'assuré ou du bénéficiaire du contrat. La réalisation volontaire du risque par l'assuré ou le bénéficiaire demeure donc hors du champ contractuel: c'est une «*exclusion légale de risque*», qui s'applique aussi bien dans les assurances de dommages que dans les assurances de personnes, l'État assumant lui-même l'indemnisation de certaines victimes d'infraction. [Je souligne—en italique dans l'original—notes en bas de page omises.]

(Voir aussi: Picard et Besson, *Les assurances terrestres* (5^e éd. 1982), t. I, à la p. 109, n^o 66; Agen, 8 décembre 1964, *Parfait c. Assurances générales et Nationale incendie* (1965), 36 *Rev. gén. ass. terr.* 333.)

Ceci dit, le contrat intervenu entre le créancier hypothécaire et l'assureur, selon lequel la faute intentionnelle du débiteur hypothécaire est inopposable au créancier, va-t-il à l'encontre de l'art. 2563 *C.c.B.-C.*, compte tenu de sa raison d'être telle qu'explicitée ci-dessus?

C. Légalité de la clause hypothécaire

Dans le second contrat d'assurance constaté par la police, le créancier hypothécaire, et non le débiteur, est l'assuré. Ainsi, le créancier hypothécaire ne bénéficie pas de sa faute intentionnelle lorsqu'il réclame le droit à l'indemnité d'assurance suite à l'incendie provoqué par la faute intentionnelle de son débiteur. Dans un tel contexte, l'assuré (le créancier hypothécaire) n'a en fait commis aucune faute, intentionnelle ou non. Par ailleurs, le débiteur hypothécaire ne profite pas non plus de sa faute intentionnelle puisque le paiement par l'assureur de l'indemnité n'entraîne pas sa libération mais simplement une substitution de débiteur (paragraphe (b) de la clause hypothécaire). Les considérations d'ordre moral discutées ci-dessus ne font donc pas obstacle à l'indemnisation du créancier hypothécaire.

De même, une fois complété son mandat par la souscription d'un contrat d'assurance distinct, le débiteur hypothécaire devient, pour son créancier, un tiers dont il ne répond pas des gestes. Pour le créancier hypothécaire, les gestes du débiteur sont

concerned, the debtor's actions can be likened to fortuitous events, in that they are external, unforeseeable and unavoidable (art. 17(24) *C.C.L.C.*). As such, even intentional fault by the hypothecary debtor is an uncertain event so far as the insurance contract between the hypothecary creditor and the insurer is concerned. It is therefore an insurable risk.

French law, while it does not have the custom of a hypothecary clause, certainly allows the act of a third party to be insured, even if that act may be characterized as intentional fault within the meaning of art. 12 of the *Law of July 13, 1930*. Such insurance is allowed even when the insured and the third person are connected, as in the case of a hypothecary creditor and debtor. Picard and Besson describe the legitimacy of such an insurance contract as [TRANSLATION] "beyond question" in French law (*Traité général des assurances terrestres en droit français*, vol. 2, op. cit., p. 470, No. 206):

[TRANSLATION] The simplest and most direct procedure is the purchase by the hypothecary creditor of his own insurance at his own expense with provision in the hypothecary loan deed for repayment of the premiums by the debtor.

[Such insurance] can even secure the creditor against a loss intentionally caused by the debtor, as the latter's fraudulent act, which he cannot insure, is a risk for the creditor and for third parties in general. [Emphasis added—footnotes omitted.]

The decisions of the Quebec Court of Appeal are overwhelmingly of the same view; thus, in *Madill v. Lirette*, supra, Vallerand J.A. wrote (at p. 1006):

[TRANSLATION] I do not think anyone will dispute that the hypothecary creditor may, by a separate policy, insure his debt and insure it against any intentional fault, whether by the owner or a third party. No one will argue either that in such a case it is not possible to invoke against someone who is unquestionably an insured, but not the person who committed the intentional fault, such intentional fault committed by another insured covered by another policy. This means that regardless of the prohibition of public order in art. 2563 the hypothecary creditor can legitimately shield his interest from the owner's intentional fault and thus, by a circuitous manoeuvre, defeat a provision of public order.

en effet assimilables à des cas fortuits, en ce qu'ils sont extérieurs, imprévisibles et inévitables (par. 17(24) *C.c.B.-C.*). À ce titre, la faute du débiteur hypothécaire, même intentionnelle, constitue un aléa par rapport au contrat d'assurance entre le créancier hypothécaire et l'assureur. Il s'agit donc d'un risque assurable.

Le droit français, s'il ne connaît pas l'usage de la clause hypothécaire, permet certes l'assurance du fait d'un tiers, même si ce fait peut être qualifié de faute intentionnelle au sens de l'art. 12 de la *Loi du 13 juillet 1930*. Cette assurance est permise lors même que l'assuré et le tiers sont liés, tels le créancier et le débiteur hypothécaires. Picard et Besson qualifient la licéité d'un tel contrat d'assurance comme «incontestable» en droit français (*Traité général des assurances terrestres en droit français*, t. 2, op. cit., p. 470, n° 206):

Le procédé le plus simple et le plus énergique consiste dans la souscription par le créancier hypothécaire d'une assurance propre dont il fera les frais, sauf à stipuler le remboursement des primes par le débiteur dans l'acte de prêt hypothécaire.

[Cette assurance] peut même garantir le créancier contre le sinistre provoqué volontairement par le débiteur, car le fait dolosif de ce dernier, non assurable par lui, constitue un risque pour le créancier et pour les tiers en général. [Je souligne—notes en bas de page omises.]

La jurisprudence de la Cour d'appel du Québec abonde d'ailleurs dans le même sens; ainsi dans l'arrêt *Madill c. Lirette*, précité, le juge Vallerand écrit (à la p. 1006):

Nul ne contestera, je pense, que le créancier hypothécaire puisse, par une police distincte, assurer sa créance et l'assurer contre toute faute intentionnelle fût-elle celle du propriétaire ou d'un tiers. Nul ne soutiendra non plus qu'en pareil cas on ne puisse opposer à celui qui est incontestablement un assuré mais non pas celui qui a commis la faute intentionnelle, cette même faute intentionnelle d'un autre assuré couvert par une autre police. C'est donc dire que, nonobstant l'interdit d'ordre public de l'article 2563, le créancier hypothécaire peut légitimement mettre son intérêt à l'abri de la faute intentionnelle du propriétaire et ainsi par ce qui serait une piquette faire échec à une disposition d'ordre public.

That being the case, the outcome can hardly be different depending on whether he is insured in the same policy or in a separate policy. There is absolutely no authority for such a conclusion apart from a finicky interpretation and application of art. 2563. [Emphasis added.]

I agree. There would not seem to be any valid reason for distinguishing between a policy taken out by the hypothecary creditor personally and one taken out by the latter through a mandatary, in the person of the hypothecary debtor. They are both separate insurance contracts in which the insured is the hypothecary creditor.

The French decisions submitted by the appellant, to the effect that the non-insurance resulting from intentional fault by the insured applies [TRANSLATION] "to all parties" (*Parfait v. Assurance générale et Nationale incendie, supra*, at p. 334; Cass. civ., February 28, 1939, *La Confiance v. Le Phénix* (1939), 10 *Rev. gén. ass. terr.* 469; Cass. civ., December 4, 1946, *Consorts Poudenx v. Cie d'assurance La France*, D.1947.25), concern only the rights of hypothecary creditors under art. 37 of the *Law of July 13, 1930*. I reproduce the first paragraph of that article and the first paragraph of art. 2586 *C.C.L.C.*, based on the former:

Law of July 13, 1930

[TRANSLATION] Art. 37. The indemnities owed as a consequence of insurance against fire, hail, animal mortality or other risks shall be apportioned to preferred or hypothecary creditors, according to their rank, without any express delegation being required.

Under art. 37 of the *Law of July 13, 1930*, hypothecary and preferred creditors are legally subrogated in the rights of the insured (the hypothecary debtor), and it seems clear that, as in Quebec under art. 2586 *C.C.L.C.*, the intentional fault of the insured may be invoked against all hypothecary creditors (Sicot and Margeat, *Précis de la loi sur le contrat d'assurance* (4th ed. 1962), at p. 222, No. 372; Sumien, *Traité théorique et pratique des assurances terrestres des opérations*

C.C.L.C.

2586. The indemnities exigible are apportioned among the creditors having hypothecs or privileges on the property damaged, according to their rank and without express delegation, upon mere notice and proof by them.

Cela étant, j'aurais peine à croire qu'il connaisse un sort différent selon qu'il s'est assuré dans la même police ou dans une police distincte. Rien mais rien du tout, sinon une interprétation et une application tatillonnes de l'article 2563, ne l'autoriserait. [Je souligne.]

Je suis d'accord. Il ne paraît pas y avoir de motifs valables de distinguer entre une police souscrite personnellement par le créancier hypothécaire et une autre souscrite par ce dernier par l'entremise d'un mandataire, en la personne du débiteur hypothécaire. L'une comme l'autre constituent des contrats d'assurance séparés dans lesquels l'assuré est le créancier hypothécaire.

La jurisprudence française soumise par l'appelante, à l'effet que la non-assurance qui résulte de la faute intentionnelle de l'assuré vaut «à l'égard de tous» (*Parfait c. Assurance générale et Nationale incendie*, précité, à la p. 334; Cass. civ., 28 février 1939, *La Confiance c. Le Phénix* (1939), 10 *Rev. gén. ass. terr.* 469; Cass. civ., 4 décembre 1946, *Consorts Poudenx c. Cie d'assurance La France*, D.1947.25) ne vise que les droits des créanciers hypothécaires en vertu de l'art. 37 de la *Loi du 13 juillet 1930*. Je reproduis ici en parallèle le premier alinéa de cet article ainsi que le premier alinéa de l'art. 2586 *C.c.B.-C.*, inspiré du précédent:

Loi du 13 juillet 1930

Art. 37. Les indemnités dues par suite d'assurance contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité du bétail, ou les autres risques, sont attribuées, sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, suivant leur rang.

En vertu de l'art. 37 de la *Loi du 13 juillet 1930*, les créanciers hypothécaires et privilégiés sont légalement subrogés dans les droits de l'assuré (le débiteur hypothécaire), et il paraît clair que, tout comme au Québec sous l'art. 2586 *C.c.B.-C.*, la faute intentionnelle de l'assuré pourra être opposée à tous les créanciers hypothécaires (Sicot et Margeat, *Précis de la loi sur le contrat d'assurance* (4^e éd. 1962), à la p. 222, n° 372; Sumien, *Traité théorique et pratique des assurances ter-*

C.c.B.-C.

2586. Les indemnités exigibles sont attribuées aux créanciers ayant des privilèges ou des hypothèques sur la chose endommagée, suivant leur rang et sans délégation expresse, moyennant simple dénonciation et justification de leur part.

de capitalisation, d'épargne et de crédit différé (7th ed. 1957), at p. 111, No. 197; *Consorts Poudenx v. Cie d'assurance La France, supra*, at p. 25). These decisions are of no relevance to the scope of the rights of hypothecary creditors conferred by a hypothecary clause of the type at issue here. Accordingly, they are of no assistance to the Court in examining the question now before it.

When dealing with a hypothecary clause evidencing a separate insurance contract with the insurer, as is the case here, fault by the hypothecary debtor must be treated as fault by a third party within the meaning of art. 2563 *C.C.L.C.*, since the creditor and not the debtor is the insured. Consequently, the clause stating that the hypothecary debtor's intentional fault cannot be set up against the hypothecary creditor in no way contravenes that provision.

Conclusion

In conclusion, the insurance clause in the hypothecary loan contract contains all the elements of a contract of mandate, under which the hypothecary debtor has undertaken to keep the property subject to the hypothec insured. In accordance with that mandate, the hypothecary debtor took out an insurance policy containing a hypothecary clause, which sets out a separate insurance contract between the hypothecary creditor and the insurer. Since the hypothecary creditor and not the debtor is the insured under this separate second contract, indemnification of the hypothecary creditor for the loss caused by its debtor's intentional fault is not contrary to the prohibition of public order contained in art. 2563 *C.C.L.C.*

Accordingly, for all these reasons, I am of the view that the appeal should be dismissed, the whole with costs throughout.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Joli-Cœur Lacasse Simard Normand & Associés, Ste-Foy.

Solicitor for the respondent: Louis Gagné, Nicolet.

restres des opérations de capitalisation, d'épargne et de crédit différé (7^e éd. 1957), à la p. 111, n^o 197; *Consorts Poudenx c. Cie d'assurance La France*, précité, à la p. 25). Cette jurisprudence n'a aucune pertinence quant à la portée des droits des créanciers hypothécaires conférés par une clause hypothécaire du genre de celle sous étude. Elle ne nous est donc d'aucun secours dans l'examen de la question dont nous sommes ici saisis.

En présence d'une clause hypothécaire constatant un contrat d'assurance distinct avec l'assureur comme c'est le cas ici, la faute du débiteur hypothécaire doit être considérée comme la faute d'un tiers au sens de l'art. 2563 *C.c.B.-C.*, puisque le créancier et non le débiteur est l'assuré. En conséquence, la clause déclarant inopposable au créancier hypothécaire la faute intentionnelle de son débiteur ne contrevient aucunement à cette disposition.

Conclusion

En conclusion, la clause d'assurance du contrat de prêt hypothécaire comporte tous les éléments d'un contrat de mandat, en vertu duquel le débiteur hypothécaire s'engage à maintenir assurés les biens sur lesquels porte l'hypothèque. En conformité avec ce mandat, le débiteur hypothécaire a souscrit une police d'assurance contenant une clause hypothécaire, laquelle constate un contrat d'assurance distinct entre le créancier hypothécaire et l'assureur. Puisque, dans le cadre de ce second contrat distinct, le créancier et non le débiteur hypothécaire est l'assuré, l'indemnisation du créancier hypothécaire pour le préjudice causé par la faute intentionnelle de son débiteur ne heurte pas la prohibition d'ordre public contenue à l'art. 2563 *C.c.B.-C.*

En conséquence, pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi, le tout avec dépens en toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Joli-Cœur Lacasse Simard Normand & Associés, Ste-Foy.

Procureur de l'intimée: Louis Gagné, Nicolet.

**Antonio Panzera, Giuseppe Valiante,
Francesco Tatta and Andrea Barbiero**
Appellants

v.

**Simcoe & Erie Insurance Company, General
Accident Insurance and Balboa Insurance
Company Respondents**

INDEXED AS: NATIONAL BANK OF GREECE (CANADA)
v. KATSIKONOURIS

File No.: 21341.

1990: March 20; 1990: October 4.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory
and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

*Insurance — Fire insurance — Nature and effect of
hypothecary (mortgage) clause — Misrepresentations
by hypothecary debtor when insurance policy purchased
— Whether nullity ab initio of insurance policy can be
invoked against hypothecary creditors.*

A businessman obtained a loan from appellants and hypothecated one of his properties to secure its repayment. The hypothecary deed of loan provided that the debtor undertook to insure the hypothecated property in favour of appellants and in fulfilment of this obligation the debtor later purchased a fire insurance policy from respondent insurers. This policy contained a standard mortgage clause (or standard hypothecary clause) which provided that "this insurance . . . is and shall be in force notwithstanding any act, neglect, omission or misrepresentation attributable to the mortgagor, owner or occupant of the property insured, including transfer of interest, any vacancy or non-occupancy, or the occupation of the property for purposes more hazardous than specified in the description of the risk". The debtor's property was destroyed by fire and the insurers refused to pay appellants the indemnity, alleging that the policy was void *ab initio* as the result of misrepresentations by the debtor when the policy was purchased. The latter allegedly did not disclose the occurrence of criminal fires on the insured premises and the refusal by the previous insurer to continue insuring the property. Relying on the mortgage clause, appellants then brought an action against the insurers for payment of the indemnity. The Superior Court allowed the action but the Court of Appeal reversed this judgment. This appeal is to determine

**Antonio Panzera, Giuseppe Valiante,
Francesco Tatta et Andrea Barbiero**
Appellants

a c.

**Simcoe & Érié Compagnie d'assurance,
General Accident Insurance et Balboa
Insurance Company Intimées**

b RÉPERTORIÉ: BANQUE NATIONALE DE GRÈCE
(CANADA) c. KATSIKONOURIS

N° du greffe: 21341.

1990: 20 mars; 1990: 4 octobre.

c Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé,
Gonthier, Cory et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

d

*Assurance — Assurance-incendie — Nature et effet
de la clause hypothécaire — Fausses représentations du
débiteur hypothécaire lors de la souscription de la
police d'assurance — La nullité ab initio de la police
d'assurance est-elle opposable aux créanciers hypothé-
caires?*

Un homme d'affaires a obtenu un prêt de la part des appelants et a hypothéqué un de ses immeubles pour en garantir le remboursement. L'acte de prêt hypothécaire prévoit que le débiteur s'engage à assurer le bien hypothéqué au bénéfice des appelants et c'est en exécution de cette obligation que le débiteur a plus tard souscrit auprès des assureurs intimés une police d'assurance-incendie. Cette police contient une clause hypothécaire type qui stipule que ne «sont pas opposables aux créanciers hypothécaires les actes, négligences ou déclarations des propriétaires, locataires ou occupants des biens assurés, notamment en ce qui concerne les transferts d'intérêts, la vacance ou l'inoccupation, ou l'affectation des lieux à des fins plus dangereuses que celles déclarées». L'immeuble du débiteur a été détruit par un incendie et les assureurs ont refusé de payer l'indemnité aux appelants alléguant la nullité *ab initio* de la police en raison de fausses représentations de la part du débiteur lors de la souscription de la police. Ce dernier n'aurait pas dévoilé l'existence d'incendies criminels sur les lieux assurés ainsi que le refus de l'assureur antérieur de continuer à assurer l'immeuble. Invoquant la clause hypothécaire, les appelants ont alors intenté une action contre les assureurs afin d'obtenir paiement de l'indemnité. La Cour supérieure a accueilli l'action mais la Cour d'appel a infirmé ce jugement. Le présent pourvoi

whether the nullity *ab initio* of the insurance policy, resulting from misrepresentations by the hypothecary debtor at the time the policy was purchased, can be invoked against the hypothecary creditors.

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

Per La Forest, Cory and McLachlin JJ.: When insuring its own interest in the property, the hypothecary debtor also assumed a mandate to take out a separate and distinct contract of insurance to insure the hypothecary creditors' interest in the hypothecated property. The insurers cannot refuse to honour this independent contract (the standard mortgage clause) with the hypothecary creditors on discovering that their contract with the hypothecary debtor was issued on the basis of misrepresentations or omissions such that it was null *ab initio*. The standard mortgage clause makes no distinction between acts and neglects of the hypothecary debtor committed at the inception of the policy, and acts and neglects subsequent to its formation. The clause is written in clear and untechnical language and simply states that the insurance of the hypothecary creditors will not be invalidated by any omission or misrepresentation of the hypothecary debtor. In the face of this unequivocal representation, the courts should not import interpretative subtleties where none exist. Where the contract is unambiguous, and its meaning clear, there is no occasion for construction. The insurance of the hypothecary creditors cannot, therefore, be invalidated by any act or neglect of the hypothecary debtor, be it at the inception of the policy, or subsequent to its formation. The validity of this independent contract depends solely on the course of action between the hypothecary creditors and the insurers. To hold otherwise would distort the plain and ordinary language used in the clause.

The *ejusdem generis* rule finds no application in the context of the standard mortgage clause. The precondition for application of the rule is not met, for in the clause under consideration the general words precede and do not follow the specific enumeration. The rationale for applying the rule is accordingly absent. Further, while the specific examples of omissions and misrepresentations found in the policy all relate to faults which the hypothecary debtor is in a position to commit only subsequent to the formation of a valid contract, these terms are found in a clause in which the insurer is enumerating faults of the hypothecary debtor which the insurer represents that it will not rely on in order to deny coverage to the hypothecary creditor. Far from intending to represent to the hypothecary creditor that only

visé à déterminer si la nullité *ab initio* de la police d'assurance, suite aux fausses représentations du débiteur hypothécaire lors de la souscription de cette police, est opposable aux créanciers hypothécaires.

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

Les juges La Forest, Cory et McLachlin: En assurant son propre intérêt dans le bien, le débiteur hypothécaire avait également le mandat de souscrire un contrat d'assurance séparé et distinct pour assurer l'intérêt des créanciers hypothécaires dans le bien grevé d'une hypothèque. Les assureurs ne peuvent refuser de respecter ce contrat indépendant (la clause hypothécaire type) au profit des créanciers hypothécaires lorsqu'ils découvrent que leur contrat conclu avec le débiteur hypothécaire a été souscrit sur le fondement de déclarations fausses ou d'omissions de sorte qu'il était nul *ab initio*. La clause hypothécaire type n'établit aucune distinction entre les actes et les négligences du débiteur hypothécaire commis à l'établissement de la police et les actes et les négligences commis après qu'elle a été souscrite. La clause est rédigée en termes clairs et non techniques et indique simplement que l'assurance des créanciers hypothécaires ne sera pas annulée par les déclarations (*omission or misrepresentation*) du débiteur hypothécaire. Devant cette affirmation non équivoque, les tribunaux ne devraient pas créer des subtilités d'interprétation alors qu'il n'en existe aucune. Lorsque le contrat n'est pas ambigu et que son sens est clair, il n'y a pas de motif à interprétation. L'assurance des créanciers hypothécaires ne peut donc être invalidée par les actes ou négligences du débiteur hypothécaire, que ce soit à l'établissement de la police, ou après qu'elle a été souscrite. La validité de ce contrat indépendant est fonction uniquement de ce qui survient entre les créanciers hypothécaires et les assureurs. Toute autre conclusion déformerait le sens clair et ordinaire des termes utilisés dans la clause.

La règle *ejusdem generis* ne s'applique pas dans le contexte de la clause hypothécaire type. La condition préalable à l'application de la règle n'est pas remplie car, dans la clause visée, les termes généraux précèdent l'énumération précise au lieu de la suivre. La justification rationnelle de l'application de la règle est donc absente. De plus, bien que les exemples précis de déclarations dans la police se rapportent tous à des fautes que le débiteur hypothécaire n'est en mesure de commettre qu'après la conclusion d'un contrat valide, ces modalités se trouvent dans une clause où l'assureur énumère les fautes du débiteur hypothécaire que l'assureur affirme ne pas vouloir invoquer pour refuser d'indemniser le créancier hypothécaire. Loin de vouloir dire au créancier hypothécaire que seules les déclarations faites par le

omissions and misrepresentations committed by the hypothecary debtor after the conclusion of a valid contract will not invalidate coverage, the insurer makes it clear that even omissions and misrepresentations of this nature will not invalidate the hypothecary creditor's coverage. ^a

Additionally, insurance contracts must be interpreted as they would be understood by the average person applying for insurance, and not as they might be perceived by persons versed in the niceties of insurance law. ^b If the insurer were reserving to itself the right to invalidate the coverage of the hypothecary creditor as a result of some misrepresentations and omissions of the hypothecary debtor, it was incumbent on the insurer, in drafting its insurance form, to make this known in clear, ^c express and easily intelligible terms.

Finally, while the hypothecary debtor is acting as the mandatary of the hypothecary creditor when it insures the hypothecary creditor's interest, it does not follow that any false representations made by the hypothecary debtor in effecting its mandate should be held to be those of the hypothecary creditor. The law of mandate does not operate so as to have this effect in the context of the standard mortgage clause. This inference would run counter to what must be taken to be the understanding of the parties. When a hypothecary creditor elects to insure through the medium of the standard mortgage clause, it does so on the reasonable expectation that its interest will be protected in the same way as if it had entered into an independent contract evidenced by a ^d separate piece of paper, and nothing in the wording of the clause supports the conclusion that the insurer is proceeding on any other understanding. To make the insurance of the hypothecary creditor dependent to a certain degree on the course of dealings between the ^e hypothecary debtor and the insurer would strike at the very *raison d'être* of the standard mortgage clause. ^f

Per L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. (dissenting): The insurance clause in the hypothecary loan contract is a contract of mandate, by which the hypothecary debtor ^g undertakes to insure the hypothecated property on behalf of his hypothecary creditor. In accordance with that mandate, the hypothecary debtor purchased an insurance policy containing a standard mortgage clause. That policy thus sets out two separate insurance contracts, one between the hypothecary debtor and the insurers, and the other between the hypothecary creditors and the insurers. However, the hypothecary debtor's insurance contract is void *ab initio* because of the ^h latter's misrepresentations when the policy was purchased. Since the debtor was acting in accordance with his mandate by purchasing the hypothecary creditors' ⁱ

débiteur hypothécaire après la conclusion d'un contrat valide n'annuleront pas la protection, l'assureur dit clairement que même les déclarations de cette nature n'annuleront pas la protection du créancier hypothécaire. ^a

En outre, les contrats d'assurance doivent être interprétés de la manière dont ils seraient compris par la personne ordinaire qui fait une demande d'assurance et non de la manière dont ils pourraient être perçus par des personnes versées dans les subtilités du droit des assurances. ^b Si l'assureur se réservait le droit d'annuler la protection du créancier hypothécaire par suite de certaines déclarations du débiteur hypothécaire, il incombait à ^c l'assureur, en rédigeant son formulaire d'assurance, de le dire en des termes clairs, exprès et faciles à comprendre.

Finalement, même si le débiteur hypothécaire agit à titre de mandataire du créancier hypothécaire lorsqu'il assure l'intérêt de celui-ci, il ne s'ensuit pas que toute ^d fausse déclaration faite par le débiteur hypothécaire dans l'exécution de son mandat devrait être considérée comme celle du créancier hypothécaire. Le droit relatif au mandat ne s'applique pas de manière à avoir cet effet dans le contexte de la clause hypothécaire type. Cette ^e déduction serait contraire à ce qui doit être considéré comme étant ce qu'ont compris les parties. Lorsqu'un créancier hypothécaire choisit d'obtenir de l'assurance au moyen de la clause hypothécaire type, il le fait parce qu'il s'attend raisonnablement à ce que son intérêt soit ^f protégé de la même manière que s'il avait conclu un contrat indépendant attesté par un document distinct et rien dans le texte de la clause ne permet de conclure que l'assureur agit en fonction de quelque autre condition. ^g Rendre l'assurance du créancier hypothécaire subordonnée dans une certaine mesure à ce qui survient entre le débiteur hypothécaire et l'assureur porterait atteinte à la raison d'être même de la clause hypothécaire type.

Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier (dissidents): La clause d'assurance du contrat de prêt hypothécaire ^h constitue un contrat de mandat, en vertu duquel le débiteur hypothécaire s'engage à assurer au nom de son créancier hypothécaire les biens hypothéqués. En conformité avec ce mandat, le débiteur hypothécaire a souscrit une police d'assurance contenant une clause ⁱ hypothécaire type. Cette police constate donc l'existence de deux contrats d'assurance distincts, l'un entre le débiteur hypothécaire et les assureurs, et l'autre entre les créanciers hypothécaires et les assureurs. Toutefois le contrat d'assurance du débiteur hypothécaire est nul *ab initio* en raison des fausses représentations de ce dernier ^j lors de la souscription de la police. Puisque le débiteur agissait conformément à son mandat en souscrivant le

insurance contract, the misrepresentations he made at that time must be regarded, for the purposes of considering the validity of this contract, as misrepresentations made by the hypothecary creditors themselves. These misrepresentations have, as to the insurance contract between the hypothecary creditors and the insurers, consequences similar to those produced on the hypothecary debtor's personal insurance contract. They have the effect of misrepresenting the risk to the insurers and thereby of vitiating their consent to the insurance contract purchased for the hypothecary creditors, in the same way as these misrepresentations vitiated the insurers' consent to the hypothecary debtor's insurance contract. The insurance contract between the insurers and the hypothecary creditors is thus also void *ab initio*.

Analysis of the language of the mortgage clause and its context indicate that the nullity *ab initio* of the insurance contract as a consequence of misrepresentation by the hypothecary debtor when the contract is purchased can be invoked against the hypothecary creditors. The examples given in the clause are not exhaustive but clearly indicate the type of act the parties intended to include in the expression "act, neglect, omission or misrepresentation". All these examples are a homogeneous group having as their common feature occurrence after the purchase of the policy. By application of the rule of interpretation *noscitur a sociis* or the *ejusdem generis* rule, we must therefore conclude that only misrepresentations subsequent to purchase are covered by the mortgage clause. Further, the insurance contract, like any other contract, rests on the presumed good faith of the parties. If the parties wished to cover the risk concerned here, they should have done so in clear and express language, which is not the case in the mortgage clause at issue here.

Cases Cited

By La Forest J.

Followed: *Hastings v. Westchester Fire Insurance Co.*, 73 N.Y. 141 (1878); *Syndicate Ins. Co. v. Bohn*, 65 F. 165 (1894); *Caisse populaire des Deux Rives v. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 S.C.R. 995; **not followed:** *Imperial Building & Loan Ass'n v. Aetna Ins. Co.*, 166 S.E. 841 (1932); *Hanover Fire Ins. Co. v. National Exchange Bank*, 34 S.W. 333 (1896); *Omnium Securities Co. v. Canada Fire and Mutual Insurance Co.* (1882), 1 O.R. 494; *Chenier v. Madill* (1973), 2 O.R. (2d) 361; **distinguished:** *Liverpool and London and Globe Insurance Co. v. Agricultural Savings and Loan Co.* (1903), 33 S.C.R. 94; **referred to:** *London and*

contrat d'assurance des créanciers hypothécaires, les fausses représentations qu'il a faites à ce moment doivent être considérées, aux fins de l'examen de la validité de ce contrat, comme des fausses représentations effectuées par les créanciers hypothécaires eux-mêmes. Ces fausses représentations ont, quant au contrat d'assurance entre les créanciers hypothécaires et les assureurs, des conséquences similaires à celles produites sur le contrat d'assurance personnel du débiteur hypothécaire. Elles ont pour effet de dénaturer le risque aux yeux des assureurs et de vicier par le fait même leur consentement au contrat d'assurance souscrit au nom des créanciers hypothécaires, au même titre que ces fausses représentations ont vicié le consentement des assureurs au contrat d'assurance du débiteur hypothécaire. Le contrat d'assurance liant les assureurs aux créanciers hypothécaires est donc également nul *ab initio*.

L'analyse des termes de la clause hypothécaire et son contexte démontrent que la nullité *ab initio* du contrat d'assurance découlant des fausses représentations du débiteur hypothécaire au moment de la souscription du contrat est opposable aux créanciers hypothécaires. Les exemples énumérés dans la clause ne sont pas exhaustifs mais indiquent clairement le genre d'actes que les parties avaient l'intention d'inclure dans l'expression «des actes, négligences ou déclarations». Tous ces exemples constituent un groupe homogène ayant comme trait commun leur postériorité à la souscription de la police. Il faut donc conclure, en appliquant la règle d'interprétation *noscitur a sociis* ou la règle *ejusdem generis*, que seules les déclarations postérieures à la souscription sont visées par la clause hypothécaire. De plus, le contrat d'assurance, comme tout autre contrat, repose sur la bonne foi présumée des parties. Si les parties désiraient couvrir le risque visé en l'espèce, elles devaient le faire dans des termes clairs et explicites, ce qui n'est pas le cas dans la clause hypothécaire ici en litige.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêts suivis: *Hastings v. Westchester Fire Insurance Co.*, 73 N.Y. 141 (1878); *Syndicate Ins. Co. v. Bohn*, 65 F. 165 (1894); *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995; **arrêts non suivis:** *Imperial Building & Loan Ass'n v. Aetna Ins. Co.*, 166 S.E. 841 (1932); *Hanover Fire Ins. Co. v. National Exchange Bank*, 34 S.W. 333 (1896); *Omnium Securities Co. v. Canada Fire and Mutual Insurance Co.* (1882), 1 O.R. 494; *Chenier v. Madill* (1973), 2 O.R. (2d) 361; **distinction d'avec l'arrêt:** *Liverpool and London and Globe Insurance Co. v. Agricultural Savings and Loan Co.* (1903), 33 R.C.S. 94;

Midland General Insurance Co. v. Bonser, [1973] S.C.R. 10; *Madill v. Lirette*, [1987] R.J.Q. 993; *Thames and Mersey Marine Insurance Co. v. Hamilton, Fraser & Co.* (1887), 12 App. Cas. 484; *Renault v. Bell Asbestos Mines Ltd.*, [1980] C.A. 370; *Scott v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 S.C.R. 1445; *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Caisse populaire des Deux Rives v. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu, [1990] 2 S.C.R. 995, aff'g [1988] R.J.Q. 2355 (C.A.); *Madill v. Lirette*, [1987] R.J.Q. 993 (C.A.), rev'g [1982] C.S. 49 (sub nom. *Great American Insurance Co. v. Lirette*); *Hastings v. Westchester Fire Insurance Co.*, 73 N.Y. 141 (1878); *Syndicate Ins. Co. v. Bohn*, 65 F. 165 (1894); *Reed v. Firemen's Insurance Co. of Newark*, 35 L.R.A. (N.S.) 343 (1911); *Federal Land Bank of Columbia v. Atlas Assur. Co.*, 125 S.E. 631 (1924); *Collins v. Michigan Commercial Underwriters*, 6 Tenn. App. 528 (1928); *Fayetteville Building & Loan Ass'n v. Mutual Fire Ins. Co. of West Virginia*, 141 S.E. 634 (1928); *National Union Fire Ins. Co. v. Short*, 32 F.2d 631 (1929); *Stockton v. Atlantic Fire Ins. Co.*, 175 S.E. 695 (1934); *National Fire Ins. Co. of Hartford, Conn. v. Dallas Joint Stock Land Bank of Dallas*, 50 P.2d 326 (1935); *Western Assur. Co. v. Hughes*, 66 P.2d 1056 (1937); *Great American Insurance Co. of New York v. Southwestern Finance Co.*, 297 P.2d 403 (1956); *Northwestern National Insurance Co. v. Mildenerger*, 359 S.W.2d 380 (1962); *Equality Savings and Loan Association v. Missouri Property Insurance Placement Facility*, 537 S.W.2d 440 (1976); *Meade v. North Country Co-Operative Insurance Co.*, 487 N.Y.S.2d 983 (1985); *Hanover Fire Ins. Co. v. National Exchange Bank*, 34 S.W. 333 (1896); *Graham v. Fireman's Insurance Co.*, 87 N.Y. 69 (1881); *Young Men's Lyceum of Tarrytown v. National Ben Franklin Fire Ins. Co. of Pittsburg*, 163 N.Y.S. 226 (1917); *Imperial Building & Loan Ass'n v. Aetna Ins. Co.*, 166 S.E. 841 (1932); *Omnium Securities Co. v. Canada Fire and Mutual Insurance Co.* (1882), 1 O.R. 494; *Liverpool and London and Globe Insurance Co. v. Agricultural Savings and Loan Co.* (1903), 33 S.C.R. 94; *Chenier v. Madill* (1973), 2 O.R. (2d) 361; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Dominion of Canada General Insurance Co.* (1987), 29 C.C.L.I. 313; *Renault v. Bell Asbestos Mines Ltd.*, [1980] C.A. 370; *Duchesneau v. Great American Insurance Co.*, [1955] Que. Q.B. 120; *Amin v. Cie d'assurance American Home*, [1989] R.R.A. 151; *Veilleux v. Victoria Insurance Co.*, [1989] R.J.Q. 1075.

arrêts mentionnés: *London and Midland General Insurance Co. c. Bonser*, [1973] R.C.S. 10; *Madill c. Lirette*, [1987] R.J.Q. 993; *Thames and Mersey Marine Insurance Co. v. Hamilton, Fraser & Co.* (1887), 12 App. Cas. 484; *Renault c. Bell Asbestos Mines Ltd.*, [1980] C.A. 370; *Scott c. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 R.C.S. 1445; *Exportations Consolidated Bathurst Export Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888.

^b Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu, [1990] 2 R.C.S. 995, conf. [1988] R.J.Q. 2355 (C.A.); *Madill c. Lirette*, [1987] R.J.Q. 993 (C.A.), inf. [1982] C.S. 49 (sub nom. *Great American Insurance Co. c. Lirette*); *Hastings v. Westchester Fire Insurance Co.*, 73 N.Y. 141 (1878); *Syndicate Ins. Co. v. Bohn*, 65 F. 165 (1894); *Reed v. Firemen's Insurance Co. of Newark*, 35 L.R.A. (N.S.) 343 (1911); *Federal Land Bank of Columbia v. Atlas Assur. Co.*, 125 S.E. 631 (1924); *Collins v. Michigan Commercial Underwriters*, 6 Tenn. App. 528 (1928); *Fayetteville Building & Loan Ass'n v. Mutual Fire Ins. Co. of West Virginia*, 141 S.E. 634 (1928); *National Union Fire Ins. Co. v. Short*, 32 F.2d 631 (1929); *Stockton v. Atlantic Fire Ins. Co.*, 175 S.E. 695 (1934); *National Fire Ins. Co. of Hartford, Conn. v. Dallas Joint Stock Land Bank of Dallas*, 50 P.2d 326 (1935); *Western Assur. Co. v. Hughes*, 66 P.2d 1056 (1937); *Great American Insurance Co. of New York v. Southwestern Finance Co.*, 297 P.2d 403 (1956); *Northwestern National Insurance Co. v. Mildenerger*, 359 S.W.2d 380 (1962); *Equality Savings and Loan Association v. Missouri Property Insurance Placement Facility*, 537 S.W.2d 440 (1976); *Meade v. North Country Co-Operative Insurance Co.*, 487 N.Y.S.2d 983 (1985); *Hanover Fire Ins. Co. v. National Exchange Bank*, 34 S.W. 333 (1896); *Graham v. Fireman's Insurance Co.*, 87 N.Y. 69 (1881); *Young Men's Lyceum of Tarrytown v. National Ben Franklin Fire Ins. Co. of Pittsburg*, 163 N.Y.S. 226 (1917); *Imperial Building & Loan Ass'n v. Aetna Ins. Co.*, 166 S.E. 841 (1932); *Omnium Securities Co. v. Canada Fire and Mutual Insurance Co.* (1882), 1 O.R. 494; *Liverpool and London and Globe Insurance Co. v. Agricultural Savings and Loan Co.* (1903), 33 R.C.S. 94; *Chenier v. Madill* (1973), 2 O.R. (2d) 361; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Dominion of Canada General Insurance Co.* (1987), 29 C.C.L.I. 313; *Renault c. Bell Asbestos Mines Ltd.*, [1980] C.A. 370; *Duchesneau v. Great American Insurance Co.*, [1955] B.R. 120; *Amin c. Cie d'assurance American Home*, [1989] R.R.A. 151; *Veilleux c. Victoria Insurance Co.*, [1989] R.J.Q. 1075.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Lower Canada [am. 1974, c. 70, s. 2], arts. 1024, 1727, 2485 [am. 1979, c. 33, s. 44], 2486 [am. *idem*, s. 45], 2487, 2499, 2510 to 2515, 2566 [am. *idem*, s. 48], 2572, 2573.

Authors Cited

American Jurisprudence, vol. 43, 2nd ed. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1982.

Bergeron, Jean-Guy. «L'opposabilité des exceptions à différents intéressés dans un contrat d'assurance» (1987), 47 *R. du B.* 933.

Bouzat, Pierre. «De la clause par laquelle une partie dans une convention s'engage à ne pas en demander la nullité» (1934), 54 *Rev. crit. lég. et jur.* 350.

Concise Oxford Dictionary, 7th ed. By J. B. Sykes. Oxford: Clarendon Press, 1982, «include».

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1984.

Couch, George J. *Cyclopedia of Insurance Law*, vol. 10A, 2nd ed. By Ronald A. Anderson. Revised volume by Mark S. Rhodes. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1982.

Domenget, M. *Du mandat, de la commission et de la gestion d'affaires*, t. 1. Paris: Cotillon, 1862.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Dwyer, James R. and Carey S. Barney. «Analysis of Standard Mortgage Clause and Selected Provisions of the New York Standard Fire Policy» (1984), 19 *Forum* 639.

Encyclopédie juridique Dalloz: Répertoire de droit civil, t. 5, 2^e éd. «Mandat», par René Rodière.

Faribault, Bernard. «Du papillon à la chrysalide ou l'étrange métamorphose de l'assurance de responsabilité» (1987), 55 *Assurances* 300.

Petit Robert I. Par Paul Robert. Paris: Le Robert, 1987, «notamment».

Picard, Maurice et André Besson. *Traité général des assurances terrestres en droit français*, t. 2. Paris: L.G.D.J., 1940.

Simard Jr., François-Xavier. «La faute intentionnelle de l'assuré et la clause de garantie hypothécaire» (1987), 21 *R.J.T.* 335.

Stroud's Judicial Dictionary, vol. 3, 5th ed. By John S. James. London: Sweet & Maxwell, 1986, «include», «including».

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1989] R.D.I. 46, [1989] R.R.A. 145, 20 Q.A.C. 226, 36 C.C.L.I. 296, reversing a judgment of the Superior Court, [1985] C.S. 1263, 16 C.C.L.I. 126. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas-Canada [mod. 1974, ch. 70, art. 2], art. 1024, 1727, 2485 [mod. 1979, ch. 33, art. 44], 2486 [mod. *idem*, art. 45], 2487, 2499, 2510 à 2515, 2566 [mod. *idem*, art. 48], 2572, 2573.

Doctrine citée

American Jurisprudence, vol. 43, 2nd ed. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1982.

Bergeron, Jean-Guy. «L'opposabilité des exceptions à différents intéressés dans un contrat d'assurance» (1987), 47 *R. du B.* 933.

Bouzat, Pierre. «De la clause par laquelle une partie dans une convention s'engage à ne pas en demander la nullité» (1934), 54 *Rev. crit. lég. et jur.* 350.

Concise Oxford Dictionary, 7th ed. By J. B. Sykes. Oxford: Clarendon Press, 1982, «include».

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1982.

Couch, George J. *Cyclopedia of Insurance Law*, vol. 10A, 2nd ed. By Ronald A. Anderson. Revised volume by Mark S. Rhodes. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1982.

Domenget, M. *Du mandat, de la commission et de la gestion d'affaires*, t. 1. Paris: Cotillon, 1862.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Dwyer, James R. and Carey S. Barney. «Analysis of Standard Mortgage Clause and Selected Provisions of the New York Standard Fire Policy» (1984), 19 *Forum* 639.

Encyclopédie juridique Dalloz: Répertoire de droit civil, t. 5, 2^e éd. «Mandat», par René Rodière.

Faribault, Bernard. «Du papillon à la chrysalide ou l'étrange métamorphose de l'assurance de responsabilité» (1987), 55 *Assurances* 300.

Petit Robert I. Par Paul Robert. Paris: Le Robert, 1987, «notamment».

Picard, Maurice et André Besson. *Traité général des assurances terrestres en droit français*, t. 2. Paris: L.G.D.J., 1940.

Simard Jr., François-Xavier. «La faute intentionnelle de l'assuré et la clause de garantie hypothécaire» (1987), 21 *R.J.T.* 335.

Stroud's Judicial Dictionary, vol. 3, 5th ed. By John S. James. London: Sweet & Maxwell, 1986, «include», «including».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1989] R.D.I. 46, [1989] R.R.A. 145, 20 Q.A.C. 226, 36 C.C.L.I. 296, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, [1985] C.S. 1263, 16 C.C.L.I. 126. Pourvoi accueilli, les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents.

Jacques Fournier, for the appellants.

Émile Colas, Q.C., for the respondents.

The judgment of *La Forest, Cory and McLachlin JJ.* was delivered by

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleague, Justice L'Heureux-Dubé. She has fully set forth the facts and judicial history of the case, and I need not repeat them. However, I am unable, with respect, to agree with her conclusions for the reasons that follow.

In its decision in *Caisse populaire des Deux Rives v. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 S.C.R. 995 (hereinafter *Caisse populaire*), issued concurrently, this Court elaborated an explanation for the operation of the standard mortgage clause in light of civil law principles. For ease of reference, I set out the French and English versions of the clause as it appears in the policy issued by the respondent insurers:

IT IS HEREBY PROVIDED AND AGREED THAT:

1. This insurance and every documented renewal thereof—AS TO THE INTEREST OF THE MORTGAGEE ONLY THEREIN—is and shall be in force notwithstanding any act, neglect, omission or misrepresentation attributable to the mortgagor, owner or occupant of the property insured, including transfer of interest, any vacancy or non-occupancy, or the occupation of the property for purposes more hazardous than specified in the description of the risk.

VIOLATIONS DU CONTRAT

Ne sont pas opposables aux créanciers hypothécaires les actes, négligences ou déclarations des propriétaires, locataires ou occupants des biens assurés, notamment en ce qui concerne les transferts d'intérêts, la vacance ou l'inoccupation, ou l'affectation des lieux à des fins plus dangereuses que celles déclarées.

The clause, which with variations is used throughout North America, was obviously intended to have the same effect in both common law and civil law jurisdictions and reference will be made to cases arising under both judicial systems. To avoid terminological confusion, I have, consistently with the clause itself, used the word "mortgage" and related expressions in the English version of these

Jacques Fournier, pour les appelants.

Émile Colas, c.r., pour les intimées.

Le jugement des juges *La Forest, Cory et McLachlin* a été rendu par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de ma collègue le juge L'Heureux-Dubé. Elle a très bien exposé les faits et l'historique judiciaire de l'affaire et je n'ai pas à les reprendre. Toutefois, en toute déférence, je ne puis souscrire à ses conclusions pour les motifs suivants.

Dans l'arrêt *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995 (ci-après *Caisse populaire*), rendu en même temps que celui-ci, notre Cour a expliqué le fonctionnement de la clause hypothécaire type selon les principes de droit civil. Pour des motifs de commodité, voici les versions française et anglaise de la clause figurant dans la police délivrée par les assureurs intimés:

IT IS HEREBY PROVIDED AND AGREED THAT:

1. This insurance and every documented renewal thereof—AS TO THE INTEREST OF THE MORTGAGEE ONLY THEREIN—is and shall be in force notwithstanding any act, neglect, omission or misrepresentation attributable to the mortgagor, owner or occupant of the property insured, including transfer of interest, any vacancy or non-occupancy, or the occupation of the property for purposes more hazardous than specified in the description of the risk.

VIOLATIONS DU CONTRAT

Ne sont pas opposables aux créanciers hypothécaires les actes, négligences ou déclarations des propriétaires, locataires ou occupants des biens assurés, notamment en ce qui concerne les transferts d'intérêts, la vacance ou l'inoccupation, ou l'affectation des lieux à des fins plus dangereuses que celles déclarées.

La clause, qui à quelques variantes près est utilisée partout en Amérique du Nord, était évidemment destinée à avoir le même effet dans les ressorts de common law et dans ceux de droit civil, et je mentionnerai la jurisprudence des deux systèmes juridiques. Pour éviter toute confusion sur le plan terminologique, j'ai, conformément à la clause elle-même, utilisé le mot «*mortgage*» et les expres-

reasons to include "hypothec" and related concepts.

In *Caisse populaire*, the Court held that the hypothecary debtor (or the mortgagor), when insuring its own interest in the property, also assumes a mandate to take out a separate and distinct contract of insurance to insure the hypothecary creditor's (or the mortgagee's) interest in the mortgaged property. This appeal now raises the important question whether the insurer can refuse to honour this independent contract with the hypothecary creditor or mortgagee on discovering that its contract with the hypothecary debtor or mortgagor was issued on the basis of misrepresentations or omissions such that it was null *ab initio*. Unlike my colleague, I am of the view that both the nature and the language of the standard mortgage clause, as well as compelling considerations of history and policy, militate against this conclusion.

The Nature and Interpretation of the Mortgage Clause

In her reasons in *Caisse populaire*, at p. 1021, L'Heureux-Dubé J. has drawn attention to the fact that the civil law explanation for the operation of the standard mortgage clause harmonizes with the interpretation that has emerged in the common law jurisprudence. My colleague has pointed out that the standard mortgage clause was first used in the United States. A review of the American authorities reveals an all but universal consensus to the effect that this clause evidences an independent contract between the insurer and the mortgagee. My colleague has also noted that the "two-contract" theory is now well anchored in Canadian jurisprudence. Notably, in *London and Midland General Insurance Co. v. Bonser*, [1973] S.C.R. 10, a common law decision, this Court expressed approval of the two-contract theory, and several recent lower court decisions have also adopted this approach to the operation of the standard mortgage clause; see *Caisse populaire*, at pp. 1019-20.

sions connexes que l'on trouve dans la version anglaise des présents motifs de manière à englober la notion d'«hypothèque» et ses notions connexes.

^a Dans l'arrêt *Caisse populaire*, notre Cour a conclu que, selon les modalités de cette clause, le débiteur hypothécaire qui assure son propre intérêt dans le bien a également le mandat de souscrire un contrat d'assurance séparé et distinct pour assurer ^b l'intérêt du créancier hypothécaire dans le bien grevé d'une hypothèque. Le présent pourvoi soulève maintenant l'importante question de savoir si l'assureur peut refuser de respecter ce contrat indépendant au profit du créancier hypothécaire ^c lorsqu'il découvre que son contrat conclu avec le débiteur hypothécaire a été souscrit sur le fondement de déclarations fausses ou d'omissions de sorte qu'il était nul *ab initio*. Contrairement à ma collègue, je suis d'avis que la nature et le texte de la clause hypothécaire type ainsi que des considérations historiques et politiques irrésistibles militent contre cette conclusion.

La nature et l'interprétation de la clause hypothécaire

Dans les motifs qu'elle a rédigés dans l'affaire *Caisse populaire*, à la p. 1021, le juge L'Heureux-Dubé a souligné le fait que l'explication donnée ^f par le droit civil au sujet du fonctionnement de la clause hypothécaire type s'harmonise avec l'interprétation qui ressort de la jurisprudence de common law. Ma collègue a souligné que la clause hypothécaire type a été utilisée pour la première ^g fois aux États-Unis. Un examen de la doctrine et de la jurisprudence américaine révèle un consensus presque universel à l'égard du fait que cette clause témoigne de l'existence d'un contrat indépendant ^h entre l'assureur et le créancier hypothécaire. Ma collègue a également fait remarquer que la théorie des «deux contrats» est maintenant bien ancrée dans la jurisprudence canadienne. Particulièrement dans l'arrêt *London and Midland General Insurance Co. c. Bonser*, [1973] R.C.S. 10, un arrêt de common law, notre Cour a approuvé la ⁱ théorie des deux contrats et plusieurs décisions récentes de tribunaux d'instance inférieure ont également adopté cette position relativement au ^j fonctionnement de la clause hypothécaire type; voir *Caisse populaire*, aux pp. 1019 et 1020.

It should also be noted that the American jurisprudence dealing with the narrow issue raised by this appeal is all but unanimous in concluding that by virtue of the two-contract theory, the insurance of the mortgagee cannot be invalidated by any act or neglect of the mortgagor, be it at the inception of the policy, or subsequent to its formation; see Couch, *Couch on Insurance* (2nd ed. 1982), vol. 10A § 42:736. Thus the overwhelming majority of the decisions are in essential agreement with an interpretation of the clause that would seem to have first emerged in the decision of the New York Court of Appeal in *Hastings v. Westchester Fire Insurance Co.*, 73 N.Y. 141 (1878). There Rapallo J. stated the following, at p. 153:

To hold otherwise would, I think, defeat the purpose intended, and deprive the mortgagees of the protection upon which they had a right to rely. Although the clause might be construed so as to exempt the mortgagees from the consequences only of acts of the owners done after the making of the agreement, I do not think, in view of its apparent purpose, that any such distinction was intended.

I note that my colleague who cites a plethora of decisions that have followed the lead taken in *Hastings* can point to no decision since *Imperial Building & Loan Ass'n v. Aetna Ins. Co.*, 166 S.E. 841 (W. Va. 1932), rejecting that approach.

As I view the matter, the contrary interpretation, which is to the effect that the clause only protects the mortgagee or hypothecary creditor from faults of the mortgagor or hypothecary debtor after the inception of a valid contract between the mortgagor and the insurer distorts the plain and ordinary language used in the standard clause.

In *Syndicate Ins. Co. v. Bohn*, 65 F. 165 (1894), the Eighth Circuit of the United States Court of Appeal was called on to interpret a standard mortgage clause that read "this insurance, as to the interests of the . . . mortgagee . . . only, shall not be invalidated by any act or neglect of the mortgagor or owner of the property insured", a text which is

Il convient également de souligner que la jurisprudence américaine qui traite de la question restreinte soulevée par le présent pourvoi est presque unanime pour conclure qu'en vertu de la théorie des deux contrats, l'assurance du créancier hypothécaire ne peut être invalidée par les actes ou négligences du débiteur hypothécaire, que ce soit à l'établissement de la police ou après qu'elle a été souscrite; voir Couch, *Couch on Insurance* (2^e éd. 1982), vol. 10A, n^o 42:736. Par conséquent, la très grande majorité des décisions sont essentiellement d'accord avec l'interprétation de la clause qui semblerait s'être dégagée pour la première fois dans l'arrêt de la Cour d'appel de New York *Hastings v. Westchester Fire Insurance Co.*, 73 N.Y. 141 (1878). Dans cet arrêt, le juge Rapallo a dit, à la p. 153:

[TRADUCTION] Toute autre conclusion aurait, à mon avis, pour effet de contrecarrer l'objet voulu et de priver les créanciers hypothécaires de la protection sur laquelle ils ont le droit de se fonder. Bien que la clause puisse être interprétée de manière à exclure les créanciers hypothécaires seulement à l'égard des conséquences des actes des propriétaires accomplis après la conclusion de l'entente, je ne suis pas d'avis, compte tenu de son objet apparent, qu'une telle distinction était voulue.

Je remarque que ma collègue qui cite un grand nombre d'arrêts qui ont suivi la voie adoptée dans l'arrêt *Hastings* ne peut citer d'autres arrêts depuis *Imperial Building & Loan Ass'n v. Aetna Ins. Co.*, 166 S.E. 841 (W. Va. 1932), qui a rejeté cette position.

À mon avis, l'interprétation contraire, selon laquelle la clause ne protège le créancier hypothécaire que contre les fautes du débiteur hypothécaire survenues après la naissance d'un contrat valide entre ce dernier et l'assureur, déforme le sens clair et ordinaire des termes utilisés dans la clause type.

Dans l'arrêt *Syndicate Ins. Co. v. Bohn*, 65 F. 165 (1894), la Cour d'appel du Huitième Circuit des États-Unis devait interpréter la clause hypothécaire type suivante: [TRADUCTION] «la présente assurance, portant sur les intérêts du [. . .] créancier hypothécaire [. . .] seulement, ne doit pas être invalidée par un acte ou une négligence du débi-

essentially of the same character as that in issue here. I find myself in full agreement with the analysis of Sanborn Cir. J. who concluded, at pp. 176-77:

Was it that contract that the indemnity of the mortgagee should not be protected against any prior act or negligence of the mortgagors? There is no such restriction in the contract. It provides that the mortgagee's interest shall not be invalidated by any act or neglect of the mortgagors, by any occupancy or vacancy, or by any change of title or possession of the premises, provided that the mortgagee shall notify the insurance company of any change of ownership or increase of hazard that may come to its knowledge, shall have permission therefor indorsed on the policy, and shall pay for it What apter terms could be chosen to effect a separate insurance on the interest of the mortgagee, to free that insurance from any possible influence of any act or neglect of the mortgagors, and to make it dependent solely on the course of action of the mortgagee and the insurance company? None occur to us. [Emphasis added.]

These comments remind one that it is important in interpreting a contract of insurance to give words their ordinary meanings. In the version of the standard mortgage clause under consideration here, no distinction is made between the "act", "neglect", "omission" or "misrepresentation" that a mortgagor might commit. The clause merely states, in simple and untechnical language, that the insurance, as to the interest of the mortgagee, is and shall be in force notwithstanding any act, neglect, omission or misrepresentation committed by the mortgagor. Given this unequivocal representation, it is unclear to me on what grounds one may seek to limit the application of the word "any", which, of course, is commonly understood as meaning "no matter which". I respectfully share the conclusion of the trial judge, Lamb J., who stated:

The express renunciation of the insurers must therefore be read as intending to refer to absolute as well as

teur hypothécaire ou du propriétaire du bien assuré», un texte qui est essentiellement du même genre que celui qui est en cause en l'espèce. Je suis entièrement d'accord avec l'analyse du juge Sanborn qui conclut, aux pp. 176 et 177:

[TRADUCTION] Le contrat prévoyait-il que l'indemnisation du créancier hypothécaire ne devrait pas être protégée contre tout acte ou négligence préalable des débiteurs hypothécaires? Il n'y a aucune restriction de ce genre dans le contrat. Il prévoit que l'intérêt du créancier hypothécaire ne devrait pas être invalidé par les actes ou négligences des débiteurs hypothécaires, par la vacance ou l'inoccupation ou par toute modification du titre ou de la possession des lieux, à la condition que le créancier hypothécaire avise la compagnie d'assurances de tout changement de propriété ou d'affectation des lieux à des fins plus dangereuses dont il peut avoir connaissance, qu'il obtienne une telle permission qui soit inscrite sur la police et qu'il en paie le coût. [. . .] Quels termes plus appropriés pourraient être choisis pour créer une assurance distincte couvrant l'intérêt du créancier hypothécaire, pour libérer cette assurance de toute influence possible d'un acte ou d'une négligence des débiteurs hypothécaires et pour faire en sorte qu'elle dépende uniquement de ce qui survient entre le créancier hypothécaire et la compagnie d'assurances? Nous n'en voyons pas. [Je souligne.]

Ces observations me rappellent qu'il est important dans l'interprétation d'un contrat d'assurance d'accorder aux termes leur sens ordinaire. Dans le texte de la clause hypothécaire type examinée en l'espèce, aucune distinction n'est faite entre les «actes», «négligences» ou «déclarations» («*omission or misrepresentation*») qu'un débiteur hypothécaire pourrait commettre ou faire, selon le cas. La clause précise simplement, en des termes simples et non techniques, que l'assurance, relativement à l'intérêt du créancier hypothécaire, est et doit être en vigueur nonobstant les actes, négligences, ou déclarations du débiteur hypothécaire. Compte tenu de cette affirmation non équivoque, je ne puis voir clairement pourquoi une personne peut chercher à limiter le sens de l'article «des» qui, évidemment, est habituellement interprété comme signifiant «tout ou toute» («*any*»). En toute déférence, je partage la conclusion du juge Lamb de première instance qui dit:

[TRADUCTION] Par conséquent, la renonciation expresse des assureurs doit être interprétée comme visant la

relative nullity, in the absence of any words imposing a restrictive distinction between the two.

([1985] C.S. 1263, at p. 1269.)

The Court of Appeal, [1989] R.D.I. 46, relying in great part on its earlier decision in *Madill v. Lirette*, [1987] R.J.Q. 993, downplayed the fact that the clause does not expressly distinguish between the “act”, “neglect”, “omission” or “misrepresentation”. It accorded great importance to the fact that the omissions and misrepresentations specifically mentioned in the clause all relate to acts which the mortgagor is only in a position to commit following the inception of a valid contract. As put by Desmeules J. (*ad hoc*), at p. 50:

[TRANSLATION] The wording of the present hypothecary (mortgage) clause, in effect since 1972, refers to certain situations such as transfers of interest, vacancy or non-occupancy or the occupation of the property for purposes more hazardous than those specified, and it subjects creditors to an obligation to inform the insurer as soon as they are aware of such situations.

These events are subsequent to the issuing of the insurance policy, and this leads me to conclude that it is such situations that the insurers sought to provide for in their hypothecary (mortgage) clause.

In his concurring judgment, Beauregard J.A. added, at p. 47:

[TRANSLATION] Despite the use of the adverb “including”, by application of the “rule” of interpretation *noscitur a sociis* or the *ejusdem generis* rule, we must conclude that “any act, neglect, omission or misrepresentation attributable to the mortgagor, owner or occupant of the property insured” is an “act, neglect, omission or misrepresentation” which took place or was made after the policy was issued, just as “transfer of interest, vacancy or non-occupancy or the occupation of the property for purposes more hazardous than those specified”.

I am unable to agree with the Court of Appeal’s view that it is clear, by application of the *ejusdem generis* rule, that the reference in the clause to “omission[s] or misrepresentation[s]” is to be taken as limited to omissions and misrepresentations subsequent to the inception of the policy. I am of the view that this rule of construction finds

nullité absolue ou relative, en l’absence de tout terme imposant une distinction restrictive entre les deux.

([1985] C.S. 1263, à la p. 1269.)

^a La Cour d’appel, [1989] R.D.I. 46, se fondant en grande partie sur son arrêt antérieur *Madill c. Lirette*, [1987] R.J.Q. 993, a minimisé l’importance du fait que la clause n’établissait pas expressément de distinction entre les «actes», «négligences» et «déclarations». Elle a accordé une grande importance au fait que les déclarations mentionnées expressément dans la clause se rapportaient toutes à des actes que seul le débiteur hypothécaire ^b était en mesure d’accomplir après la naissance d’un contrat valide. Comme le dit le juge Desmeules (*ad hoc*), à la p. 50:

^d Le texte de la clause de garantie hypothécaire actuelle en vigueur depuis 1972 réfère à certaines situations telles que les transferts d’intérêts, la vacance ou l’inoccupation ou l’affectation des lieux à des fins plus dangereuses que celles déclarées, et elle fait obligation aux créanciers hypothécaires d’aviser l’assureur dès qu’il est (*sic*) au courant de telles situations.

^e Il s’agit là d’événements subséquents à l’émission de la police d’assurance, et ceci m’amène à conclure que ce sont de telles situations que les assureurs ont voulu prévoir dans leur clause de garantie hypothécaire.

^f Dans ses motifs concordants, le juge Beauregard ajoute, à la p. 47:

^g Malgré l’utilisation de l’adverbe «notamment», il faut conclure en appliquant la «règle» d’interprétation *noscitur a sociis* ou la «règle» *ejusdem generis* que «les actes, négligences ou déclarations des propriétaires, locataires ou occupants des biens assurés» sont des «actes, négligences ou déclarations» qui ont lieu ou qui sont faits après l’établissement de la police, comme «des transferts d’intérêts, la vacance ou l’inoccupation, ou l’affectation des lieux à des fins plus dangereuses que celles déclarées».

ⁱ Je ne puis souscrire à l’opinion de la Cour d’appel selon laquelle il est clair, en appliquant la règle *ejusdem generis*, que le renvoi aux «déclarations», dans la clause, doit être interprété comme limité aux déclarations postérieures à l’établissement de la police. Je suis d’avis que cette règle ^j

no application in the context of the standard mortgage clause.

At page 111 of his book *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), Professor Driedger points to the definition of the rule given by Lord Halsbury L.C. in *Thames and Mersey Marine Insurance Co. v. Hamilton, Fraser & Co.* (1887), 12 App. Cas. 484, at p. 490. Lord Halsbury L.C. observes that the rule is predicated on the notion that "general words may be restricted to the same genus as the specific words that precede them". I would also cite from an illustration of the working of the rule provided by Professor Côté in *The Interpretation of Legislation in Canada* (1984), at p. 243. Professor Côté quotes from the observations of Turgeon J.A. in *Renault v. Bell Asbestos Mines Ltd.*, [1980] C.A. 370, at p. 372. The remarks are to the same effect as those of Lord Halsbury L.C., though I would draw attention to Turgeon J.A.'s important observation:

[TRANSLATION] In other words, for the rule to apply it is absolutely necessary that there be a class or category preceding the general terms, if the intent is to limit them to that class or category. [Emphasis added.]

Here, of course, this precondition for application of the rule is not met, for in the clause under consideration the general words precede and do not follow the specific enumeration. The clause states that coverage as to the interest of the mortgagee is valid notwithstanding "omission[s] or misrepresentation[s]", and then provides illustrative examples of such omissions and misrepresentations. The rationale for applying the *ejusdem generis* rule is accordingly absent. Whatever the particular document one is construing, when one finds a clause that sets out a list of specific words followed by a general term, it will normally be appropriate to limit the general term to the genus of the narrow enumeration that precedes it. But it would be illogical to proceed in the same manner when a general term precedes an enumeration of specific examples. In this situation, it is logical to infer that the purpose of providing specific examples from within a broad general category is to remove any ambiguity as to whether those exam-

d'interprétation ne s'applique pas dans le contexte de la clause hypothécaire type.

Le professeur Driedger, à la p. 111 de son ouvrage *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), souligne la définition de la règle énoncée par le lord chancelier Halsbury dans l'arrêt *Thames and Mersey Marine Insurance Co. v. Hamilton, Fraser & Co.* (1887), 12 App. Cas. 484, à la p. 490. Le lord chancelier Halsbury fait remarquer que la règle est fondée sur la notion selon laquelle [TRADUCTION] «les termes généraux peuvent être limités au même genre que les termes précis qui les ont précédés». Il convient également de citer une illustration du fonctionnement de la règle donnée par le professeur Côté dans son ouvrage *Interprétation des lois* (1982), à la p. 372. Le professeur Côté cite les remarques du juge Turgeon dans l'arrêt *Renault c. Bell Asbestos Mines Ltd.*, [1980] C.A. 370, à la p. 372. Les observations vont dans le même sens que celles du lord chancelier Halsbury, bien que j'attire l'attention sur la remarque importante du juge Turgeon:

Autrement dit, pour que la règle s'applique, il faut absolument que l'on retrouve une classe ou une catégorie précédant les termes généraux, si l'on veut les restreindre à cette classe ou cette catégorie. [Je souligne.]

En l'espèce, évidemment, cette condition préalable à l'application de la règle n'est pas remplie car, dans la clause visée, les termes généraux précèdent l'énumération précise au lieu de la suivre. La clause indique que la protection relative à l'intérêt du créancier hypothécaire est valide nonobstant les «déclarations» et ensuite fournit des exemples de celles-ci. La justification rationnelle de l'application de la règle *ejusdem generis* est donc absente. Quel que soit le document particulier qui est interprété, lorsque l'on trouve une clause qui énonce une liste de termes précis suivie d'un terme général, il conviendra normalement de limiter le terme général au genre de l'énumération restreinte qui le précède. Toutefois, il serait illogique de procéder de la même manière lorsqu'un terme général précède une énumération d'exemples précis. Dans ce cas, il est logique de déduire que l'énumération d'exemples précis tirés d'une vaste catégorie générale a pour but d'écartier toute ambiguïté relativement à la question de savoir si ces exemples sont

ples are in fact included in the category. It would defeat the intention of the person drafting the document if one were to view the specific illustrations as an exhaustive definition of the larger category of which they form a part.

Moreover, in this instance, the very language used to introduce the list of omissions and misrepresentations confirms that it would be erroneous to view them as exhaustive. In the English version of the clause, the term "including" precedes the list of examples of omissions and misrepresentations, while the term "notamment" is used in the French text. I note that the *Concise Oxford Dictionary* (7th ed. 1982) defines "include" as "comprise or embrace (thing etc.) as part of a whole", while the *Petit Robert 1* (1987) says of "notamment" that it [TRANSLATION] "is generally used to draw attention to one or more particular items forming part of a previously designated or implied whole." This meaning finds confirmation in legal lexicons as well: the entries under "include" and "including" in *Stroud's Judicial Dictionary* (5th ed. 1986) to take but one example, again make it clear that these words are terms of extension, designed to enlarge the meaning of preceding words, and not to limit them.

As I have noted, the natural inference is that the drafter will provide a specific illustration of a subset of a given category of things in order to make it clear that that category extends to things that might otherwise be expected to fall outside it. As I see it, it is precisely this reasoning which explains the reference to specific omissions and misrepresentations in the standard mortgage clause. The Court of Appeal was correct in pointing out that the specific examples of omissions and misrepresentations found in the policy all relate to faults which the mortgagor is in a position to commit only subsequent to the formation of a valid contract. It is important to bear in mind, however, that these terms are found in a clause in which the insurer is enumerating faults of the mortgagor which the insurer represents that it will not rely on in order to deny coverage to the mortgagee. When due account is taken of this fact, it becomes apparent that the insurer, far from intending to repre-

en fait compris dans la catégorie. Il serait contraire à l'intention du rédacteur du document de considérer les illustrations précises comme une définition exhaustive de la catégorie plus vaste dont elles font partie.

Qui plus est, en l'espèce, le texte même utilisé pour présenter la liste des déclarations confirme qu'il serait erroné de les considérer comme exhaustives. Dans le texte anglais de la clause, le terme «including» précède la liste des exemples de déclarations alors que le terme «notamment» est utilisé dans la version française. Je remarque que le *Concise Oxford Dictionary* (7^e éd. 1982) définit le terme «include» comme [TRANSLATION] «comprendre ou englober (une chose, etc.) comme partie d'un tout», alors que le *Petit Robert 1* (1987) dit du terme «notamment» qu'il «sert le plus souvent à attirer l'attention sur un ou plusieurs objets particuliers faisant partie d'un ensemble précédemment désigné ou sous-entendu». Cette définition est également confirmée dans les lexiques juridiques: les articles inscrits sous la rubrique «include» et «including» dans le *Stroud's Judicial Dictionary* (5^e éd. 1986), pour ne citer qu'un seul exemple, illustrent clairement encore une fois que ces termes sont des termes d'extension, destinés à élargir le sens des termes précédents, et non de les limiter.

Comme je l'ai souligné, il est naturel de déduire que le rédacteur donnera une illustration précise d'un sous-ensemble d'une catégorie de choses donnée pour montrer clairement que cette catégorie comprend des choses dont, par ailleurs, on pourrait s'attendre à ce qu'elles n'en fassent pas partie. À mon avis, c'est précisément ce raisonnement qui explique le renvoi à des déclarations précises dans la clause hypothécaire type. La Cour d'appel a eu raison de souligner que les exemples précis de déclarations dans la police se rapportent tous à des fautes que le débiteur hypothécaire n'est en mesure de commettre qu'après la conclusion d'un contrat valide. Toutefois, il est important de se rappeler que ces modalités se trouvent dans une clause où l'assureur énumère les fautes du débiteur hypothécaire que l'assureur affirme ne pas vouloir invoquer pour refuser d'indemniser le créancier hypothécaire. Lorsqu'on tient compte dûment de ce fait, il devient évident que l'assureur, loin de

sent to the mortgagee that only omissions and misrepresentations committed by the mortgagor after the conclusion of a valid contract will not invalidate coverage, is, instead, at pains to make it clear that even omissions and misrepresentations of this nature will not invalidate the mortgagee's coverage. For from the perspective of the insurer by far the greater risk is posed precisely by omissions and misrepresentations the mortgagor may commit after a validly formed contract is entered into. In his article "L'opposabilité des exceptions à différents intéressés dans un contrat d'assurance" (1987), 47 *R. du B.* 933, Professor Bergeron puts the matter convincingly when he argues, at p. 988:

[TRANSLATION] When one reflects carefully about it, one realizes that there is in this list one exception, the *transfer of interest*, which is of much greater concern to the insurer than nullity for misrepresentation. In the first case the assignee is a new insured, unknown to the insurer, about whom he has been unable to make any inquiries in order to determine the risk. It is thus all the more reasonable that misrepresentations by an insured from whom the insurer has had an opportunity of obtaining all relevant information cannot be pleaded. [Emphasis in original.]

The same could, of course, be said with respect to the occupation of the property for purposes more hazardous than specified in the description of the risk. If the mortgagor concludes a valid contract and then, unbeknownst to the insurer, transforms the property into a depository for flammable liquids, an omission to convey this change in the vocation of the property may be infinitely more prejudicial to the insurer than a simple misrepresentation at the time of concluding the contract.

In the result, considerations of a practical commercial nature militate strongly against the interpretation advanced by the Court of Appeal. It defies rational explanation to suppose that the insurer would agree not to invalidate coverage of the mortgagee with respect to the very omissions and misrepresentations of the mortgagor that stand to affect most radically the risk it has agreed to assume, while at the same time reserving to itself the right to invalidate coverage in respect of the omissions and misrepresentations it had a

vouloir dire au créancier hypothécaire que seules les déclarations faites par le débiteur hypothécaire après la conclusion d'un contrat valide n'annuleront pas la protection, essaie plutôt de dire clairement que même les déclarations de cette nature n'annuleront pas la protection du créancier hypothécaire. Du point de vue de l'assureur, les déclarations que peut faire le débiteur hypothécaire après la conclusion d'un contrat valide représentent précisément et de loin le plus grand risque. Dans son article, «L'opposabilité des exceptions à différents intéressés dans un contrat d'assurance» (1987), 47 *R. du B.* 933, le professeur Bergeron présente la question de manière convaincante lorsqu'il soutient, à la p. 988:

Quand on y réfléchit attentivement on réalise que, dans cette énumération, il y a une exception, le *transfert d'intérêt*, beaucoup plus menaçante pour l'assureur que les nullités pour fausse déclaration. En effet, dans le premier cas le cessionnaire est un nouvel assuré inconnu de l'assureur auprès duquel il n'a pu enquêter afin de faire une appréciation du risque. Il est donc encore plus rationnel de rendre inopposables les fausses déclarations de l'assuré duquel l'assureur a eu le loisir de prendre toutes les informations pertinentes. [En italique dans l'original.]

Évidemment, on pourrait dire la même chose en ce qui a trait à l'affectation d'un bien à des fins plus dangereuses que celles déclarées. Si le débiteur hypothécaire conclut un contrat valide et ensuite, à l'insu de l'assureur, transforme le bien en entrepôt de liquides inflammables, l'omission de communiquer cette modification de l'affectation du bien peut causer infiniment plus de préjudice à l'assureur qu'une simple fausse déclaration au moment de la conclusion du contrat.

En définitive, des considérations pratiques de nature commerciale militent fortement contre l'interprétation proposée par la Cour d'appel. Il n'est pas logique de présumer que l'assureur conviendrait de ne pas annuler la protection du créancier hypothécaire en ce qui a trait aux déclarations du débiteur hypothécaire qui sont susceptibles de modifier très radicalement le risque qu'il a convenu d'assumer, tout en se réservant le droit d'annuler la protection en ce qui a trait aux déclara-

reasonable opportunity to investigate before agreeing to issue a policy.

I respectfully conclude therefore that the Court of Appeal has misconstrued the reference to specific omissions and misrepresentations in the standard mortgage clause. The interpretation of the Court of Appeal ignores commercial practicalities, and gives a strained and unnatural meaning to the language used.

Additionally, I am of the view that to adopt the interpretation of the Court of Appeal would be to ignore the well-recognized principle that it is necessary to interpret insurance contracts as they would be understood by the average person applying for insurance, and not as they might be perceived by persons versed in the niceties of insurance law. I have elaborated (in dissent) on this principle in *Scott v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 S.C.R. 1445, at pp. 1454-55. Here, in the absence of clear and explicit language pointing to a different meaning in the policy itself, I am at a loss to see how mortgagee purchasers of fire insurance, on reading that their coverage will not be denied for "any" misrepresentations or omissions of their mortgagor, could be expected to do other than take this statement at face value. If, in fact, the insurer were reserving to itself the right to invalidate the coverage of the mortgagee as a result of some misrepresentations and omissions of the mortgagor (i.e., those made at the inception of the contract between the insurer and the mortgagor), I would hold that it was incumbent on the insurer, in drafting its insurance form, to make this known in clear, express and easily intelligible terms. It can hardly be expected that a mortgagee deduce, on the basis of the type of subtle analysis engaged in by the Court of Appeal, that the insurer, despite expressly saying that coverage will not be denied for "any" omissions and misrepresentations of the mortgagor, has, in fact, meant to say that coverage will not be denied for "some" omissions and misrepresentations.

In short, there is little mystery to me why the overwhelming majority of the American decisions

tions qu'il a eu raisonnablement l'occasion d'examiner avant d'accepter de délivrer une police.

En toute déférence, je conclus que la Cour d'appel a mal interprété le renvoi à des déclarations précises dans la clause hypothécaire type. L'interprétation de la Cour d'appel fait abstraction des détails pratiques en matière commerciale et donne un sens forcé et anormal aux termes utilisés.

De plus, je suis d'avis qu'adopter l'interprétation de la Cour d'appel reviendrait à ignorer le principe bien reconnu qu'il est nécessaire d'interpréter les contrats d'assurance de la manière dont ils seraient compris par la personne ordinaire qui fait une demande d'assurance et non de la manière dont ils pourraient être perçus par des personnes versées dans les subtilités du droit des assurances. J'ai examiné (dans une opinion dissidente) ce principe en détail dans l'affaire *Scott c. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 R.C.S. 1445, aux pp. 1454 et 1455. En l'espèce, en l'absence d'un texte clair et explicite qui confère un sens différent à la police elle-même, je n'arrive pas à voir comment on pourrait s'attendre à ce que les créanciers hypothécaires, qui prennent une assurance contre l'incendie assortie d'une clause qui dit qu'on ne refusera pas de les indemniser pour «les» déclarations de leur débiteur hypothécaire, n'acceptent pas cette clause telle qu'elle est. Si, en fait, l'assureur se réservait le droit d'annuler la protection du créancier hypothécaire par suite de certaines déclarations du débiteur hypothécaire (c.-à-d. celles faites à la naissance du contrat entre l'assureur et le débiteur hypothécaire), je conclurais qu'il incombe à l'assureur, en rédigeant son formulaire d'assurance, de le dire en des termes clairs, exprès et faciles à comprendre. On peut difficilement s'attendre à ce qu'un créancier hypothécaire déduise, en se basant sur le genre d'analyse subtile qu'a faite la Cour d'appel, que l'assureur, malgré qu'il ait dit de façon expresse que la protection ne serait pas refusée pour «les» déclarations du débiteur hypothécaire, a, en fait, voulu dire que cette protection ne serait pas refusée en raison de «certaines» déclarations.

Bref, il ne m'est pas difficile de comprendre pourquoi la très grande majorité des décisions

reject the notion that the standard mortgage clause makes a distinction between acts and neglects of the mortgagor committed at the inception of the policy, and acts and neglects subsequent to its formation. The standard mortgage clause is written in clear and untechnical language and simply states that the insurance of the mortgagee will not be invalidated because of anything the mortgagor might do. As I see it, in the face of this unequivocal representation, the courts have shied from importing interpretative subtleties where none exist. In a word, the American courts have applied the principle that where the contract is unambiguous, and its meaning clear, there is no occasion for construction; see 43 Am. Jur. 2d *Insurance* § 271 (1982).

It is true that the clause under consideration here differs somewhat from that which was the object of consideration in the American decisions. But when one looks to the substance of the differences, I conclude that they, if anything, only reinforce the case for adopting the interpretation of the standard mortgage clause advanced in the overwhelming majority of the American decisions.

For ease of comparison, I set out first the relevant portion of the American clause:

... and this insurance shall not be invalidated by any act or neglect of the mortgagor or owner of the within described property ...

and, once again, its counterpart in use in Canada:

IT IS HEREBY PROVIDED AND AGREED THAT:

1. This insurance and every documented renewal thereof—AS TO THE INTEREST OF THE MORTGAGEE ONLY THEREIN—is and shall be in force notwithstanding any act, neglect, omission or misrepresentation attributable to the mortgagor, owner or occupant of the property insured, including transfer of interest, any vacancy or non-occupancy, or the occupation of the property for purposes more hazardous than specified in the description of the risk.

VIOLATIONS DU CONTRAT

Ne sont pas opposables aux créanciers hypothécaires les actes, négligences ou déclarations des propriétaires, locataires ou occupants des biens assurés, notamment en ce qui concerne les transferts d'intérêts, la vacance ou

américaines rejette la notion que la clause hypothécaire type établit une distinction entre les actes et les négligences du débiteur hypothécaire commis à l'établissement de la police et les actes et les négligences commis après qu'elle a été souscrite. La clause hypothécaire type est rédigée en termes clairs et non techniques et indique simplement que l'assurance du créancier hypothécaire ne sera pas annulée en raison d'un acte quelconque du débiteur hypothécaire. Selon mon interprétation, devant cette affirmation non équivoque, les tribunaux ont hésité à créer des subtilités d'interprétation alors qu'il n'en existait aucune. En un mot, les tribunaux américains ont appliqué le principe selon lequel lorsque le contrat n'est pas ambigu et que son sens est clair, il n'y a pas de motif à interpréter; voir 43 Am. Jur. 2d *Insurance* n° 271 (1982).

Il est vrai que la clause examinée en l'espèce est quelque peu différente de celle qui faisait l'objet des décisions américaines. Toutefois, compte tenu de l'essence des différences, je conclus que, si elles ont un effet, elles ne font qu'appuyer l'adoption de l'interprétation de la clause hypothécaire type proposée dans la très grande majorité des décisions américaines.

Pour faciliter la comparaison, voici la partie pertinente de la clause américaine:

[TRADUCTION] ... et la présente assurance ne doit pas être annulée par tout acte ou toute négligence de la part du débiteur hypothécaire ou du propriétaire du bien ici décrit ...

et, encore une fois, sa contrepartie utilisée au Canada:

IT IS HEREBY PROVIDED AND AGREED THAT:

1. This insurance and every documented renewal thereof—AS TO THE INTEREST OF THE MORTGAGEE ONLY THEREIN—is and shall be in force notwithstanding any act, neglect, omission or misrepresentation attributable to the mortgagor, owner or occupant of the property insured, including transfer of interest, any vacancy or non-occupancy, or the occupation of the property for purposes more hazardous than specified in the description of the risk.

VIOLATIONS DU CONTRAT

Ne sont pas opposables aux créanciers hypothécaires les actes, négligences ou déclarations des propriétaires, locataires ou occupants des biens assurés, notamment en ce qui concerne les transferts d'intérêts, la vacance ou

l'inoccupation, ou l'affectation des lieux à des fins plus dangereuses que celles déclarées.

It is clear that the substance of the difference between the Canadian and American versions of the clause lies in the fact that the text used in Canada incorporates a distinct and pointed reference to "omission" and "misrepresentation" of the mortgagor, over and above the mention of "act" and "neglect".

I have already drawn attention to the fact that there is today all but unanimous agreement in the American decisions that a mortgagee insuring its interest through the medium of the standard mortgage clause will not be denied coverage because of anything that its mortgagor may do, be it at the inception of the contract or subsequent to its formation. It is clear, therefore, that the American courts have proceeded on the basis that the terms "act" and "neglect" in the clause include breaches of warranty or fraudulent concealments mortgagors may commit on taking out their policy. I am firmly of the view that that particular interpretation is sound given the wide sweep of the words used in the clause. It is difficult to understand on what basis one could argue that an omission or misrepresentation is not included within the meaning of the open-ended terms "act" and "neglect". But whatever view one might hold on the matter, the effect of the additions in the clause in question here make the issue moot, for in that clause the insurer has expressly undertaken not to refuse coverage on the basis of any omission or misrepresentation of the mortgagor. In effect, the additions in the Canadian version of the clause make all the more compelling the case for following the lead of the American courts and concluding that by virtue of the standard mortgage clause the insurer is representing to the mortgagee that the contract between them is meant to be unaffected by anything the mortgagor might do before or after the inception of the policies. It would be paradoxical indeed if one were to compare the Canadian and American versions of the clause and then conclude that, here, the insurer is in fact cutting down on the scope of the protection afforded the mortgagee because it has added terms that explicitly expand

l'inoccupation, ou l'affectation des lieux à des fins plus dangereuses que celles déclarées.

Il est clair que l'essentiel de la différence entre les versions canadienne et américaine de la clause réside dans le fait que le texte utilisé au Canada comporte une mention distincte et précise des «déclarations» du débiteur hypothécaire en plus de la mention des «actes» et «négligences».

J'ai déjà souligné le fait que, de nos jours, la jurisprudence américaine est presque unanimement d'avis que la protection d'un créancier hypothécaire qui assure son intérêt au moyen d'une clause hypothécaire type ne sera pas refusée en raison d'un acte que peut commettre son débiteur hypothécaire à la naissance du contrat ou après sa conclusion. Par conséquent, il est clair que les tribunaux américains sont partis de l'idée que les termes «actes» et «négligences» dans la clause comprennent les inobservations de la garantie ou les dissimulations frauduleuses que peuvent commettre les débiteurs hypothécaires lorsqu'ils souscrivent leur police. Je suis fermement d'avis que cette interprétation particulière est bien fondée compte tenu de la portée générale des termes utilisés dans la clause. Il est difficile de comprendre en vertu de quoi on pourrait soutenir que des déclarations (*omissions or misrepresentations*) ne sont pas comprises dans le sens des termes généraux «actes» et «négligences». Toutefois, quelle que puisse être l'opinion à ce sujet, l'adjonction dans la clause visée en l'espèce a pour effet de rendre la question théorique, car dans cette clause l'assureur s'est engagé de façon expresse à ne pas refuser la protection en se fondant sur les déclarations du débiteur hypothécaire. En effet, l'adjonction dans la version canadienne de la clause rend encore plus impérieuse la thèse portant qu'il y a lieu de suivre les tribunaux américains et de conclure qu'en vertu de la clause hypothécaire type l'assureur dit au créancier hypothécaire que le contrat conclu entre eux ne doit pas être touché par quoi que le débiteur hypothécaire pourrait faire avant ou après l'établissement des polices. En effet, il serait paradoxal de comparer les versions canadienne et américaine de la clause pour ensuite conclure qu'en

on the list of actions of the mortgagor that will not invalidate the insurance of the mortgagee.

In summary, when the standard mortgage clause is interpreted in the light of the settled principles that govern the construction of insurance contracts, there can be no doubt that the insurer, by virtue of this clause, is representing to the mortgagee that a separate and distinct contract exists between them, and that the validity of this independent contract depends solely on the course of action between the mortgagee and the insurer. Moreover, even if the language of the clause was ambiguous, art. 2499 *C.C.L.C.* reminds us that it would be necessary to resolve this ambiguity against the insurer. No mortgagee would wish that the validity of its "separate and distinct" contract with the insurer rest on the question whether its mortgagor dealt in good faith in effecting coverage on its (the mortgagor's) insurable interest. From the perspective of the mortgagee, this would stand to defeat the very purpose of relying on the standard mortgage clause in the first place.

I therefore conclude that to adopt the interpretation of the standard mortgage clause proposed by the Court of Appeal would turn the clause into a sort of trap for the mortgagee. By ostensibly holding out to the mortgagee that the validity of its insurance contract was unaffected by the course of action between the mortgagor and the insurer, the clause would induce the mortgagee to rely on the standard mortgage clause, only to belie this expectation if a loss occurred and the insurer discovered that the mortgagor had, in fact, made a misrepresentation when effecting its policy. I alluded in *Scott v. Wawanese Mutual Insurance Co.*, *supra*, at p. 1459, to the burden that rests on an insurer when it is offering insurance on terms that can reasonably be supposed to defeat the very objective of the coverage sought by the purchaser of insurance. By application of this principle it is clear that the insurer has, in this instance, failed to use the requisite degree of clarity if it has indeed

l'espèce l'assureur réduit en réalité la portée de la protection accordée au créancier hypothécaire parce qu'il a ajouté des termes qui allongent de façon explicite la liste des actions du débiteur hypothécaire qui ne sont pas susceptibles d'annuler l'assurance du créancier hypothécaire.

En résumé, lorsque la clause hypothécaire type est interprétée en fonction des principes établis qui régissent l'interprétation des contrats d'assurance, il ne peut y avoir de doute que l'assureur, en vertu de cette clause, dit au créancier hypothécaire qu'un contrat séparé et distinct existe entre eux, et que la validité de ce contrat indépendant est fonction uniquement de ce qui survient entre le créancier hypothécaire et l'assureur. De plus, même si le texte de la clause était ambigu, l'art. 2499 *C.c.B.-C.* nous rappelle qu'il serait nécessaire de régler cette ambiguïté au détriment de l'assureur. Aucun créancier hypothécaire ne voudrait que la validité de son contrat «séparé et distinct» conclu avec l'assureur repose sur la question de savoir si le débiteur hypothécaire a traité de bonne foi en obtenant la couverture de son intérêt assurable (celui du débiteur hypothécaire). Du point de vue du créancier hypothécaire, cela reviendrait à contrecarrer l'objet même qu'il vise en se fondant d'abord sur la clause hypothécaire type.

Je conclus donc que l'adoption de l'interprétation de la clause hypothécaire type proposée par la Cour d'appel transformerait la clause en une sorte de piège pour le créancier hypothécaire. En disant apparemment au créancier hypothécaire que la validité de son contrat d'assurance n'a pas été touchée par ce qui est survenu entre le débiteur hypothécaire et l'assureur, la clause inciterait le créancier hypothécaire à se fonder sur la clause hypothécaire type seulement pour démentir cette attente dans le cas où une perte s'est produite et que l'assureur a découvert qu'en réalité le débiteur hypothécaire avait fait une fausse déclaration lorsqu'il a souscrit sa police. Dans l'arrêt *Scott c. Wawanese Mutual Insurance Co.*, précité, à la p. 1459, j'ai fait allusion au fardeau qui incombe à l'assureur lorsqu'il offre une assurance selon des modalités dont on peut raisonnablement supposer qu'elles contrecarrent l'objectif même de la protection recherchée par l'acheteur de l'assurance. Si on

wished to represent to the mortgagees who choose to rely on the standard mortgage clause that their coverage was in fact subject to defeat, in certain circumstances, solely because of the acts of the mortgagor.

The Historical Record

I turn next to a consideration of other factors that militate against the conclusion that the insurer may deny recovery to a mortgagee who has insured his interest through the medium of the standard mortgage clause solely because of the course of action of the mortgagor. I begin with a brief historical overview of the development of the standard mortgage clause, and a consideration of early judicial reaction to it.

As my colleague has noted, insurance companies would seem to have first incorporated the standard mortgage clause into their policies in the State of New York in the 1860s. Since that time, the clause has become, as its name reflects, the standard vehicle by which mortgagees insure their interest in encumbered property. However, it is important for present purposes to bear in mind that the standard mortgage clause, in gaining this ascendancy, eclipsed the use of what is known as the "loss payable" or "open mortgage" clause. As explained in Couch, *op. cit.*, § 42:702, by the terms of the latter clause, no privity of contract exists between the insurer and the mortgagee: the mortgagee is simply designated as the person who is to be paid in the case of a loss. In the result, there is an almost universal consensus in the authorities that the mortgagee, as a simple beneficiary, can recover solely on the same terms as the mortgagor. Accordingly, if the mortgagor is precluded from recovering on the policy by reason of a breach of its conditions, this breach will also preclude recovery on the part of the mortgagee.

applique ce principe, il est clair que l'assureur, en l'espèce, n'a pas utilisé le degré de clarté requis s'il a réellement voulu faire savoir aux créanciers hypothécaires qui ont choisi de se fonder sur la clause hypothécaire type que leur protection pouvait en fait être annulée, dans certaines circonstances, uniquement en raison des actes du débiteur hypothécaire.

a L'historique

J'examine maintenant d'autres facteurs qui militent contre la conclusion que l'assureur peut refuser d'accorder une indemnité à un créancier hypothécaire qui a assuré son intérêt au moyen de la clause hypothécaire type uniquement à cause de la conduite du débiteur hypothécaire. Je débute par un bref aperçu historique de l'élaboration de la clause hypothécaire type et par un examen des premières réactions judiciaires à celle-ci.

Comme ma collègue l'a fait remarquer, les compagnies d'assurances semblent avoir d'abord incorporé la clause hypothécaire type dans leurs polices dans l'État de New York au cours des années 1860. Depuis ce temps, la clause est devenue, comme son nom l'indique, le moyen normal par lequel les créanciers hypothécaires assurent leur intérêt dans les biens grevés. Toutefois, il est important pour les fins de l'espèce de se rappeler que la clause hypothécaire type, en prenant cet essor, a éclipsé l'utilisation de la clause connue sous le nom de clause d'«indemnité payable» («*loss payable*») ou d'«indemnité payable au créancier suivant son intérêt» («*open mortgage*»). Comme l'explique Couch, *op. cit.*, au n° 42:702, aux termes de cette dernière clause, il n'existe aucun lien de droit contractuel entre l'assureur et le créancier hypothécaire: celui-ci est simplement désigné comme la personne qui doit être payée en cas de perte. En conséquence, il existe un consensus presque universel dans la doctrine et dans la jurisprudence, selon lequel le créancier hypothécaire, à titre de simple bénéficiaire, peut recevoir des indemnités uniquement aux mêmes conditions que le débiteur hypothécaire. Par conséquent, si le débiteur hypothécaire ne peut recevoir d'indemnités en vertu de la police en raison du non-respect de ses conditions, ce non-respect empêchera également le créancier hypothécaire de recevoir des indemnités.

It is precisely this feature of the "loss payable" or "open mortgage" clause that determined its fall into desuetude. As explained by Dwyer and Barney in their study entitled "Analysis of Standard Mortgage Clause and Selected Provisions of the New York Standard Fire Policy" (1984), 19 *Forum* 639, at p. 640:

Because the loss payable clause did not adequately protect the mortgagee's interest in insured property, use of the standard or union mortgage clause became more prevalent over time. In contrast to the simple loss payable clause, the standard mortgage clause generally has been construed by the courts as a separate insurance contract between the insurer and mortgagee. The most important consequence of interpreting the standard mortgage clause as independent insurance of the mortgagee's interest is that a mortgagee protected by this clause, in contrast to a mortgagee named in a loss payable clause, will not be denied recovery under a fire insurance policy solely because of the acts of the mortgagor.

The two clauses are clearly creatures of a different stripe, and it was only to be expected that a period of transition would be required before it was universally appreciated that under the new clause the mortgagee could no longer be equated to a simple beneficiary of the mortgagor. A reading of early judicial reaction to the clause confirms this. *Hanover Fire Ins. Co. v. National Exchange Bank*, 34 S.W. 333 (Tex. Civ. App. 1896), the decision which may be regarded as the fountainhead of the meagre line of authority rejecting the view advanced in *Hastings, supra*, provides a convenient example of the difficulties encountered by the courts in their efforts to come to terms with the purpose of the standard mortgage clause, and to appreciate the salient difference between it and the "loss payable" clause. The following excerpts from the decision leave no doubt that the court essentially viewed the standard mortgage clause in the same manner as a "loss payable" clause, and was unwilling to accept that the standard mortgage clause is itself a vehicle by which the mortgagee obtains a separate and distinct contract of

C'est précisément cette caractéristique de la clause d'«indemnité payable» ou d'«indemnité payable au créancier suivant son intérêt» qui a entraîné sa désuétude. Comme l'expliquent Dwyer et Barney dans leur étude intitulée «Analysis of Standard Mortgage Clause and Selected Provisions of the New York Standard Fire Policy» (1984), 19 *Forum* 639, à la p. 640:

[TRADUCTION] Étant donné que la clause d'indemnité payable ne protégeait pas adéquatement l'intérêt du créancier hypothécaire dans le bien assuré, l'utilisation de la clause hypothécaire type ou dite «*union mortgage clause*» s'est répandue avec le temps. Par opposition à la simple clause d'indemnité payable, la clause hypothécaire type a généralement été interprétée par les tribunaux comme un contrat d'assurance distinct entre l'assureur et le créancier hypothécaire. La conséquence la plus importante de l'interprétation de la clause hypothécaire type comme une assurance indépendante de l'intérêt du créancier hypothécaire est que le créancier hypothécaire protégé par cette clause, par opposition à un créancier hypothécaire désigné dans une clause d'indemnité payable, ne perdra pas ses droits aux indemnités aux termes d'une police d'assurance contre l'incendie uniquement en raison des actes du débiteur hypothécaire.

De toute évidence, les deux clauses sont des créatures différentes et la seule chose à laquelle on pouvait s'attendre était qu'une période de transition serait nécessaire pour qu'il soit universellement reconnu qu'aux termes de la nouvelle clause le créancier hypothécaire ne pourrait plus être assimilé à un simple bénéficiaire du débiteur hypothécaire. Cette situation est confirmée par la lecture de la première réaction judiciaire à la clause. L'arrêt *Hanover Fire Ins. Co. v. National Exchange Bank*, 34 S.W. 333 (Tex. Civ. App. 1896), qui peut être considéré comme la source du maigre courant jurisprudentiel qui a rejeté le point de vue proposé dans l'arrêt *Hastings*, précité, fournit un exemple pratique des problèmes rencontrés par les tribunaux dans leurs efforts pour composer avec l'objet de la clause hypothécaire type et pour apprécier la différence frappante entre celle-ci et la clause d'«indemnité payable». Les extraits suivants de cet arrêt soulignent clairement que la cour a essentiellement considéré la clause hypothécaire type de la même manière que la clause d'«indemnité payable» et qu'elle n'était pas prête à

insurance with the insurer. Thus, at p. 334, Lightfoot C.J. says:

The doctrine is well established in this state that A., for a consideration paid by him, may make a contract with B., for the benefit of C., and the latter will have a right of action to enforce it. . . . But, if the contract was obtained by a fraudulent device of A., the person for whose benefit he fraudulently obtained it can gain no higher right than A. held, and, if the contract is void as to him, it is void as to his beneficiary.

At page 335, Lightfoot C.J. goes on to make this revealing concession:

We can readily see that a difference might arise in a case where the mortgage company, on its own behalf and for a separate consideration, procures a policy of insurance for its own benefit, unaffected by any act or concealment on the part of the owner of the property.

An examination of the early Canadian decisions also reveals that the courts remained fettered by the traditional view of the mortgagee as beneficiary of the mortgagor. Thus in one of the earliest Canadian decisions dealing with the problem of the nullity *ab initio* of the mortgagor's contract, *Omnium Securities Co. v. Canada Fire and Mutual Insurance Co.* (1882), 1 O.R. 494, the Ontario Court of Queen's Bench expressly repudiated the two-contract theory as an explanation for the working of the standard mortgage clause, and again chose to view the mortgagee as a beneficiary of the mortgagor. Thus, at p. 496, Hagarty C.J. said:

It remains to consider the very serious question whether the defendants have the right to prove that the policy was obtained by fraud on [the mortgagor's] part. I must consider it as his insurance of his own interest, and although he makes the loss payable to the mortgagees, it does not thereby become the insurance of a mere mortgage interest.

Plaintiffs contend that the effect of the agreement between the parties by this subrogation clause, to which [the mortgagor] was no party, was in effect a new

admettre que la clause hypothécaire type est elle-même un moyen pour le créancier hypothécaire d'obtenir un contrat d'assurance séparé et distinct avec l'assureur. C'est ainsi que le juge en chef

^a Lightfoot affirme, à la p. 334:

[TRADUCTION] La doctrine est bien établie dans cet État que A., pour une contrepartie qu'il paye, peut conclure un contrat avec B., à l'avantage de C., et ce dernier aura un droit d'action pour le faire exécuter.

^b [. . .] Toutefois, si le contrat a été obtenu par un acte frauduleux de A., la personne pour le bénéfice de qui il l'a obtenu frauduleusement ne peut acquérir un droit supérieur à celui de A. et si le contrat est nul à son égard, il est nul à l'égard de son bénéficiaire.

^c À la page 335, le juge en chef Lightfoot poursuit en faisant cette concession révélatrice:

[TRADUCTION] Nous pouvons facilement constater qu'il pourrait y avoir une différence dans le cas où la société hypothécaire, pour son propre compte et pour une contrepartie distincte, obtient une police d'assurance à son propre avantage, qui n'est pas touchée par un acte ou une dissimulation de la part du propriétaire du bien.

^e Un examen des premières décisions canadiennes révèle également que les tribunaux sont restés liés par l'opinion traditionnelle que le créancier hypothécaire était le bénéficiaire du débiteur hypothécaire. Ainsi, dans l'une des premières décisions canadiennes traitant du problème de la nullité *ab initio* du contrat du débiteur hypothécaire, l'arrêt *Omnium Securities Co. v. Canada Fire and Mutual Insurance Co.* (1882), 1 O.R. 494, la Cour du Banc de la Reine de l'Ontario a expressément ^f rejeté la théorie des deux contrats comme explication ^g du fonctionnement de la clause hypothécaire type et a de nouveau choisi de considérer le créancier hypothécaire comme le bénéficiaire du débiteur hypothécaire. Le juge en chef Hagarty ^h affirme, à la p. 496:

[TRADUCTION] Il reste à examiner la très grave question de savoir si les défendeurs ont le droit de démontrer que la police a été obtenue par fraude de la part [du débiteur hypothécaire]. Je dois la considérer comme son assurance à l'égard de son propre intérêt et bien que la perte soit payable aux créanciers hypothécaires, elle ne devient pas ainsi l'assurance d'un simple intérêt hypothécaire.

^j Les demandeurs soutiennent que l'entente entre les parties à cette clause de subrogation, à laquelle [le débiteur hypothécaire] n'était pas partie, avait pour

insurance as between them and the underwriters, and that the latter conclusively adopt and confirm it as such, irrespective of any fraud committed by [the mortgagor]. I do not think that the subsequent clause strengthens that view.

Without entering into that not very clear subject of "subrogation," we may treat it on the intelligible ground of a special bargain made, after [the mortgagor] had insured his premises, with his mortgagees, to whom he had made the loss payable.

In *Liverpool and London and Globe Insurance Co. v. Agricultural Savings and Loan Co.* (1903), 33 S.C.R. 94, this Court was called on to deal with another instance where, as in this appeal, the contract with the mortgagor was found to be void *ab initio*. As pointed out by my colleague at pp. 1018-19 of her reasons in *Caisse populaire*, although the Court of Appeal had affirmed that the standard mortgage clause evidenced a separate contract between the insurer and the mortgagee, this Court evinced a reluctance to enter into a detailed examination of the workings of the clause. This is particularly clear in the following obiter remarks of Davies J., at p. 110:

I have already stated that it is not necessary on this appeal for us to determine, and we do not determine, whether such a mortgage clause as was inserted in this policy gave the mortgagees such a beneficial right and interest or constituted such a direct contract between the mortgagees and the insurance company as would enable the former to sue in their own name alone and irrespective of [the mortgagor]. But we are all of the opinion that whether there was or was not such a direct contract, it did not cover or relate to the statements or omissions made by the applicant, [the mortgagor], in his application for insurance

Given that the Court decided the matter before it on other grounds, and expressly declined to consider the implications that flow from viewing the mortgage clause as providing for a separate and distinct contract between the mortgagee and the insurer, as opposed to making the mortgagee a simple beneficiary of the mortgagor, this decision becomes essentially irrelevant for present purposes. This Court first in *London and Midland General*

effet, en réalité, de créer une nouvelle assurance entre eux et les assureurs et que ces derniers l'ont adoptée et l'ont confirmée définitivement comme telle, indépendamment de toute fraude commise par [le débiteur hypothécaire]. Je ne crois pas que la clause subséquente renforce cette opinion.

Sans entrer dans le sujet de la «subrogation» qui n'est pas très clair, nous pouvons le traiter d'une manière compréhensible comme une affaire spéciale conclue, après que [le débiteur hypothécaire] eut assuré ses locaux, avec ses créanciers hypothécaires qu'il avait désignés pour recevoir l'indemnité payable.

Dans l'arrêt *Liverpool and London and Globe Insurance Co. v. Agricultural Savings and Loan Co.* (1903), 33 R.C.S. 94, notre Cour était saisie d'un autre cas où, comme en l'espèce, le contrat avec le débiteur hypothécaire avait été jugé nul *ab initio*. Comme ma collègue l'a souligné aux pp. 1018 et 1019 des motifs qu'elle a rédigés dans l'affaire *Caisse populaire*, bien que la Cour d'appel ait dit que la clause hypothécaire type représentait un contrat distinct entre l'assureur et le créancier hypothécaire, notre Cour s'est montrée hésitante à examiner de façon détaillée le fonctionnement de la clause. Cela ressort de façon particulièrement claire des remarques incidentes suivantes du juge Davies à la p. 110:

[TRADUCTION] J'ai déjà dit qu'il n'était pas nécessaire dans le présent pourvoi de déterminer, et nous ne le faisons pas, si une telle clause hypothécaire qui a été inscrite dans la police accorde aux créanciers hypothécaires un tel droit et un tel intérêt à titre de bénéficiaires ou constitue un contrat direct entre les créanciers hypothécaires et la compagnie d'assurances qui permettrait à ceux-ci de poursuivre en leur propre nom seulement et sans tenir compte du [débiteur hypothécaire]. Toutefois, nous sommes tous d'avis, qu'il y ait ou non un tel contrat direct, qu'il ne visait pas les déclarations ou les omissions du requérant, [le débiteur hypothécaire], dans sa demande d'assurance

Étant donné que la Cour a tranché la question qui lui était présentée en fonction d'autres motifs et qu'elle a expressément refusé d'examiner les conséquences qui découlent de l'interprétation de la clause hypothécaire comme prévoyant la création d'un contrat séparé et distinct entre le créancier hypothécaire et l'assureur, par opposition à la désignation du créancier hypothécaire comme un simple bénéficiaire du débiteur hypothécaire, cet

Insurance Co. v. Bonser, supra, and then in *Caisse populaire* has expressed approval of the two-contract theory as an explanation for the operation of the standard mortgage clause. Faced now with the problem of sounding out the consequences that flow from its adoption of that viewpoint, the Court is accordingly called on to deal with the very question it declined to consider in *Liverpool and London, supra*.

Turning from this consideration of the conceptual difficulties encountered by the courts in early attempts to understand the nature of the standard mortgage clause, I would observe that a historical overview of the introduction of the standard mortgage clause makes it clear that it became an all but universal feature of fire insurance policies precisely because it was perceived as providing for the creation of a separate and independent contract of insurance between the mortgagee and the insurer. To borrow the formulation of Sanborn Cir. J. in *Syndicate Insurance Co. v. Bohn, supra*, at p. 178, mortgagees renounced the use of the "loss payable" clause and elected to rely on the standard mortgage clause because that clause was perceived as constituting a representation by the insurer to the mortgagee that its interests were insured in a separate contract from those of the mortgagor, that the mortgagee's insurance was dependent for its validity solely upon the course of action of the insurance company and the mortgagee, and thus unaffected by any act or neglect of the mortgagor of which the mortgagee is ignorant.

The Advantages to the Use of the Standard Mortgage Clause

The advantages to all parties in insuring through the medium of the standard mortgage clause are obvious. First, it saves time and hence money. The underwriter need not issue two separate policies: by the simple expedient of the standard mortgage clause the insurer represents to the mortgagee that

arrêt devient essentiellement sans rapport avec l'espèce. Notre Cour a, d'abord dans l'arrêt *London and Midland General Insurance Co. c. Bonser*, précité, et ensuite dans l'arrêt *Caisse populaire* approuvé la théorie des deux contrats comme explication du fonctionnement de la clause hypothécaire type. Maintenant, devant le problème de l'évaluation des conséquences qui découlent de l'adoption de cette position, la Cour doit donc traiter la question même qu'elle a refusé d'examiner dans l'arrêt *Liverpool and London*, précité.

Si l'on s'éloigne de cet examen des problèmes conceptuels qu'ont éprouvés les tribunaux dans leurs premières tentatives de comprendre la nature de la clause hypothécaire type, je remarque qu'il ressort clairement d'un aperçu historique de l'introduction de la clause hypothécaire type qu'elle est devenue une caractéristique presque universelle des polices d'assurance contre l'incendie précisément parce qu'elle a été perçue comme prévoyant la création d'un contrat d'assurance séparé et indépendant entre le créancier hypothécaire et l'assureur. Pour reprendre la formulation du juge Sanborn dans l'arrêt *Syndicate Insurance Co. v. Bohn*, précité à la p. 178, les créanciers hypothécaires ont renoncé à l'utilisation de la clause d'«indemnité payable» et ont choisi de se fonder sur la clause hypothécaire type parce que cette clause a été perçue comme constituant une affirmation par l'assureur au créancier hypothécaire que ses intérêts étaient assurés dans un contrat distinct de ceux du débiteur hypothécaire, que la validité de l'assurance du créancier hypothécaire ne dépendait que de ce qui surviendrait entre la compagnie d'assurances et le créancier hypothécaire et, par conséquent, ne serait pas touchée par un acte ou une négligence du débiteur hypothécaire que le créancier hypothécaire ignorerait.

Les avantages du recours à la clause hypothécaire type

Les avantages pour toutes les parties que présente l'assurance au moyen de la clause hypothécaire type sont évidents. D'abord, cette clause épargne du temps et donc de l'argent. L'assureur n'a pas à délivrer deux polices distinctes: par le simple moyen de la clause hypothécaire type, l'as-

the one policy it issues in favour of the mortgagor in fact evidences two separate contracts, that between the mortgagee and the insurer being "engrafted" on that between the mortgagor and the insurer, to borrow the apt term found in Couch, *op. cit.*, § 42:728. Moreover, as explained by Professor Bergeron, *op. cit.*, at p. 975, there are other advantages for the insurer:

[TRANSLATION] The insurer probably has most to benefit from proceeding through the debtor. It is in its interest to determine the risk as accurately as possible by dealing with the person directly associated with the property to be insured: that person is the owner, the hypothecary debtor. Otherwise there will be a great number of persons with whom the insurer must check, increasing both his expense and the delay.

It is, of course, at the instance of the insurer that mortgagees effect their coverage through the standard mortgage clause, and I share the conclusions of Professor Bergeron as to the advantages to the insurer in proceeding in this way. It would seem to be a commercial strategy well calculated to permit insurance companies to draw, in the most effective and economical manner possible, on their vast expertise in the assessment of the risk posed by a given application for insurance.

The expertise of lenders lies elsewhere: they are concerned with assessing the solvency of their borrowers, not their assurability. That being the case, I can, with respect, see little merit to the suggestion that mortgagees, on granting a mortgage, should bear the burden of guaranteeing the assurability of their mortgagors and that, as a result, the insurer should be entitled to hold up against the mortgagee any omissions or misrepresentations made by the mortgagor at the moment of effecting its own separate contract of insurance; see the observations of Bisson J.A. in *Madill v. Lirette*, *supra*, at p. 1002. In my respectful view, this would be an unfair delegation of responsibility on the part of insurers, all the more so since it is the insurer who represents to the mortgagee that it wishes to effect the insurance of both mortgagor

and sureur dit au créancier hypothécaire que la seule police qu'il délivre en faveur du débiteur hypothécaire représente en fait deux contrats distincts, que celui conclu entre le créancier hypothécaire et l'assureur est «greffé» à celui conclu entre le débiteur hypothécaire et l'assureur, pour reprendre le terme approprié qu'on trouve dans Couch, *op. cit.*, au n° 42:728. En outre, comme l'a expliqué le professeur Bergeron, *loc. cit.*, à la p. 975, l'assureur en tire d'autres avantages:

L'assureur est probablement le plus grand gagnant à procéder par le débiteur. En effet, il est dans son intérêt de mesurer le risque le plus précisément possible en ayant comme vis-à-vis la personne en relation directe avec les biens à assurer: or cette personne, c'est le propriétaire, débiteur hypothécaire. Sinon, l'assureur multiplie les personnes auprès desquelles il doit faire enquête, augmentant du même coup ses frais et les délais.

Évidemment, c'est à la demande de l'assureur que les créanciers hypothécaires obtiennent leur protection au moyen de la clause hypothécaire type et je partage les conclusions du professeur Bergeron quant aux avantages qu'a l'assureur à procéder de cette manière. Il semble qu'il s'agisse d'une stratégie commerciale bien calculée pour permettre aux compagnies d'assurances de se fonder, de la manière la plus efficace et la plus économique possible, sur leur grande expertise en matière d'appréciation du risque présenté par une demande d'assurance donnée.

L'expertise des prêteurs est différente: ils se préoccupent d'évaluer la solvabilité de leurs emprunteurs et non leur assurabilité. Cela étant, en toute déférence, j'accorde peu de valeur à l'idée que les créanciers hypothécaires, lorsqu'ils accordent une hypothèque, devraient assumer le fardeau de garantir l'assurabilité de leurs débiteurs hypothécaires et que, par conséquent, l'assureur devrait avoir le droit de faire valoir contre le créancier hypothécaire toute déclaration (*omission or misrepresentation*) faite par le débiteur hypothécaire au moment d'obtenir son propre contrat d'assurance; voir les observations du juge Bisson dans l'arrêt *Madill c. Lirette*, précité, à la p. 1002. À mon avis, il s'agirait d'une délégation de responsabilité injuste de la part des assureurs, d'autant plus que c'est l'assureur qui dit au créancier hypothé-

and mortgagor through the agency of the mortgagor. I share the reservations expressed by Professor Bergeron, *op. cit.*, at p. 988, to the effect that:

[TRANSLATION] We admit our surprise and it will be shared by the business community, including the risk industry. It is surprising to see given to the solvency specialists, if we may use the expression, a task which naturally belongs to risk specialists.

The standard mortgage clause has stood the test of time, and I am left with no doubt that it represents the most economical, rational, and fair procedure for effecting insurance on the interest of mortgagees. Its all but universal presence in fire insurance policies also attests to the fact that its use does not cut down in an unfair manner on the profits insurers recoup from the sale of fire insurance. Moreover, the American experience confirms that this is no less true if one proceeds on the assumption that the standard mortgage clause constitutes a representation by the insurer to the mortgagee that the validity of its policy is unaffected by the acts, neglects, omissions, and misrepresentations that the mortgagor may commit, whether they be committed by the mortgagor at the inception of its separate contract, or subsequent to its formation. In a word, once it is accepted that by the medium of the standard mortgage clause two separate and distinct contracts are issued in the one policy, it follows that any alternative to the use of the clause would seem guaranteed merely to arrive at the same end result (i.e., a separate contract for the mortgagee, and another for the mortgagor), but at the cost of generating needless delays, a flurry of paper, and a goodly amount of ultimately unproductive activity.

On this point, it is worth noting that the decisions that decline to follow *Hastings, supra*, and thus reject the thesis that the standard mortgage clause is designed to extend protection to the mortgagee in respect of omissions and misrepresentations made by the mortgagor at the inception of the contract, are all but unanimous in recommending that the mortgagee, when insuring its interest, adopt this alternative course of action and effect a separate policy on a separate piece of

caire qu'il veut assurer à la fois le créancier hypothécaire et le débiteur hypothécaire par l'entremise de ce dernier. Je partage les réserves exprimées par le professeur Bergeron, *loc. cit.*, à la p. 988:

^a Nous avouons notre surprise et le milieu des affaires, y compris celui de l'entreprise du risque, doit la partager. Il est en effet étonnant que l'on confie, si l'expression nous est permise, aux spécialistes de la solvabilité, la tâche revenant tout naturellement aux spécialistes du risque.

^b La clause hypothécaire type a subi avec succès l'épreuve du temps et je n'ai aucun doute qu'elle représente le moyen le plus économique, rationnel et juste d'assurer l'intérêt des créanciers hypothécaires. Sa présence presque universelle dans les polices d'assurance contre l'incendie témoigne également du fait que son utilisation ne réduit pas ^c d'une manière injuste les profits que les assureurs tirent de la vente d'assurance contre l'incendie. Qui plus est, l'expérience américaine confirme que ce n'est pas moins vrai si l'on présume que la clause hypothécaire type constitue une affirmation ^d de l'assureur au créancier hypothécaire que la validité de sa police ne sera pas touchée par les actes, négligences et déclarations que le débiteur hypothécaire commet ou fait, selon le cas, à la naissance de son contrat distinct ou après sa conclusion. Bref, lorsqu'on admet qu'au moyen de la clause hypothécaire type deux contrats séparés et distincts sont conclus dans une seule police, il en découle que toute autre solution de rechange à ^e l'utilisation de la clause semblerait simplement vouée au même résultat final (c.-à-d., un contrat distinct pour le créancier hypothécaire et un autre pour le débiteur hypothécaire), mais au prix de délais inutiles, d'une avalanche de documents et ^f d'un grand nombre d'activités finalement stériles.

Sur ce point, il convient de souligner que la jurisprudence qui a refusé de suivre l'arrêt *Hastings*, précité, et qui a donc rejeté la thèse que la clause hypothécaire type est destinée à étendre la protection au créancier hypothécaire à l'égard des déclarations (*omissions or misrepresentations*) faites par le débiteur hypothécaire à la naissance du contrat est presque unanime pour recommander que le débiteur hypothécaire, lorsqu'il assure son intérêt, adopte cette autre ligne de conduite et

paper. Thus Galligan J. in *Chenier v. Madill* (1973), 2 O.R. (2d) 361 (H.C.), notes, at p. 365:

... it is to be observed that there is nothing which prevents a mortgagee from obtaining his own insurance to protect his security. If a mortgagee relies upon the insurance obtained by the mortgagor, he subjects himself to the risk that such a policy may be voidable if the mortgagor has violated stat. con. 1 of the policy.

As we have already seen, Lightfoot C.J. in *Hanover*, *supra*, at p. 335, also observes that the situation would be an entirely different one if the mortgagee had effected a separate and independent policy of insurance to protect his own interest. To the same effect is the following suggestion made by Bisson J.A. in *Madill v. Lirette*, *supra*, at p. 1002:

[TRANSLATION] If the hypothecary creditor does not have faith in the actions and the words of his insured before the policy is issued, all he has to do is take out a separate policy in his own name.

Academic literature also provides an echo of this line of reasoning. In his article "La faute intentionnelle de l'assuré et la clause de garantie hypothécaire" (1987), 21 *R.J.T.* 335, Simard explicitly endorses the view expressed by Bisson J.A.

However, in my respectful view, this notion that mortgagees who declined to rely on the standard mortgage clause and insured their interest by means of a separate policy would gain a measure of protection over and above the protection afforded by the standard mortgage clause cannot fail but be otiose once it is concluded that this clause itself evidences two separate and distinct contracts of insurance, one between the mortgagor and the insurer and a second (engrafted on the first contract) between the mortgagee and the insurer. In the final analysis, the authorities I have just reviewed reject the view espoused in *Hastings* because they, again, have chosen to view the mortgagee whose interest is insured through the standard mortgage clause on the same terms as a simple beneficiary of the mortgagor. (I note that Galligan J. in *Chenier v. Madill*, *supra*, relies on *Omnium*

obtienne une police distincte sur un document distinct. Ainsi, le juge Galligan dans l'arrêt *Chenier v. Madill* (1973), 2 O.R. (2d) 361 (H.C.), fait remarquer, à la p. 365:

^a [TRANSLATION] ... il convient de remarquer qu'il n'y a rien qui empêche un créancier hypothécaire d'obtenir sa propre assurance pour protéger sa garantie. Si un créancier hypothécaire se fonde sur l'assurance obtenue par le débiteur hypothécaire, il s'expose au risque qu'une telle police soit annulable si le débiteur hypothécaire a violé la première condition légale de la police.

Comme nous l'avons déjà vu, le juge en chef Lightfoot, dans l'arrêt *Hanover*, précité, à la p. 335, a également fait remarquer que la situation serait entièrement différente si le créancier hypothécaire avait obtenu une police d'assurance séparée et indépendante pour protéger son propre intérêt. L'affirmation suivante du juge Bisson dans l'arrêt *Madill c. Lirette*, précité, à la p. 1002, va dans le même sens:

^e Si le créancier hypothécaire n'a pas confiance dans les gestes et dires de son assuré avant l'émission de la police, il n'a qu'à prendre une police distincte, à son bénéfice.

La doctrine fait également écho à ce courant de pensée. Dans son article «La faute intentionnelle de l'assuré et la clause de garantie hypothécaire» (1987), 21 *R.J.T.* 335, Simard adopte explicitement le point de vue exprimé par le juge Bisson.

^g J'estime toutefois que la notion selon laquelle les créanciers hypothécaires qui ont refusé de se fonder sur la clause hypothécaire type et qui ont assuré leur intérêt au moyen d'une police distincte bénéficieraient d'une mesure de protection supplémentaire par rapport à la protection accordée par la clause hypothécaire type, ne peut faire autrement qu'être inutile une fois établi que cette clause démontre elle-même l'existence de deux contrats d'assurance séparés et distincts, l'un conclu entre le débiteur hypothécaire et l'assureur et l'autre (greffé au premier contrat), entre le créancier hypothécaire et l'assureur. En dernière analyse, la doctrine et la jurisprudence que je viens d'examiner rejettent le point de vue adopté dans l'arrêt *Hastings* parce qu'encore une fois elles ont choisi de considérer le créancier hypothécaire dont l'intérêt est assuré par une clause hypothécaire type de

Securities, supra, which, as we have seen, did not adopt the two-contract theory.) Once that view is put aside, and it is recognized that the mortgagee whose interest is insured by the standard mortgage clause is, in fact, a party to a separate and distinct contract with the insurer, the question of how the mortgagee effects that separate and distinct contract must, in my view, become one of form, and not of substance.

This is the view L'Heureux-Dubé J. expresses at p. 1027 of her reasons in *Caisse populaire*. There she observes:

There would not seem to be any valid reason for distinguishing between a policy taken out by the hypothecary creditor personally and one taken out by the latter through a mandatary, in the person of the hypothecary debtor. They are both separate insurance contracts in which the insured is the hypothecary creditor.

The Mortgagor as Mandator of the Mortgagee

I noted earlier that by the terms of the standard mortgage clause the mortgagor, when insuring its own interest in the property, assumes a mandate to take out a separate contract of insurance to insure the mortgagee's interest. This raises the question whether it could be argued that because the mortgagor is acting as the mandatary of the mortgagee when it insures the mortgagee's interest, it therefore follows that any false representations made by the mortgagor in effecting its mandate should be held to be those of the mortgagee. On this logic, the invalidity of the mortgagor's contract would entrain the invalidity of the mortgagee's contract as well.

I do not see how one can reasonably infer that the law of mandate operates so as to have this effect in the context of the standard mortgage clause. This inference would run counter to what must be taken to be the understanding of the

la même manière qu'un simple bénéficiaire du débiteur hypothécaire. (Je remarque que le juge Galligan, dans l'arrêt *Chenier v. Madill*, précité, se fonde sur l'arrêt *Omnium Securities*, précité, qui, comme nous l'avons vu, n'a pas adopté la théorie des deux contrats.) Si l'on écarte ce point de vue, et si on reconnaît que le créancier hypothécaire dont l'intérêt est assuré par la clause hypothécaire type est, en fait, une partie à un contrat séparé et distinct conclu avec l'assureur, la question de savoir de quelle manière le créancier hypothécaire obtient ce contrat séparé et distinct doit, à mon avis, relever de la forme et non du fond.

Telle est l'opinion que le juge L'Heureux-Dubé exprime à la p. 1027 des motifs qu'elle a rédigés dans l'affaire *Caisse populaire*. Elle fait remarquer:

Il ne paraît pas y avoir de motifs valables de distinguer entre une police souscrite personnellement par le créancier hypothécaire et une autre souscrite par ce dernier par l'entremise d'un mandataire, en la personne du débiteur hypothécaire. L'une comme l'autre constituent des contrats d'assurance séparés dans lesquels l'assuré est le créancier hypothécaire.

Le débiteur hypothécaire en sa qualité de mandataire du créancier hypothécaire

J'ai fait remarquer précédemment qu'aux termes de la clause hypothécaire type le débiteur hypothécaire, lorsqu'il assure son propre intérêt dans le bien, accepte le mandat d'obtenir un contrat d'assurance distinct pour assurer l'intérêt du créancier hypothécaire. Se pose alors la question de savoir si l'on peut soutenir que, parce que le débiteur hypothécaire agit à titre de mandataire du créancier hypothécaire lorsqu'il assure l'intérêt de celui-ci, il s'ensuit alors que toute fausse déclaration faite par le débiteur hypothécaire dans l'exécution de son mandat devrait être considérée comme celle du créancier hypothécaire. Selon cette logique, la nullité du contrat du débiteur hypothécaire entraînerait également la nullité du contrat du créancier hypothécaire.

Je ne vois pas de quelle manière on peut raisonnablement déduire que le droit relatif au mandat s'applique de manière à avoir cet effet dans le contexte de la clause hypothécaire type. Cette déduction serait contraire à ce qui doit être consi-

parties when agreeing to insure through the medium of the standard mortgage clause, for, as was explained above, it was precisely because the standard mortgage clause held out the promise of making the mortgagee's insurance dependent solely on the course of action between the mortgagee and the insurance company that it supplanted the use of the "open mortgage" clause in the insurance industry. As put by Miller J. in *Hastings, supra*, at p. 150:

The mortgage clause was agreed upon for this very purpose, and created an independent and a new contract, which removes the mortgagees beyond the control or the effect of any act or neglect of the owner of the property, and renders such mortgagees parties who have a distinct interest separate from the owner, embraced in another and a different contract.

Accordingly, to hold that the law of mandate would have the result mentioned above would defeat the very purpose of the clause by again making the right of the mortgagee to recover on its policy derivative of the right of the mortgagor, provided only that the insurer could establish that the mortgagor had made any omissions or misrepresentations on taking out coverage to insure its (the mortgagor's) separate interest.

In discussing the principles governing the construction of contracts of insurance in *Scott v. Wawanese Mutual Insurance Co., supra*, at p. 1454, I adverted to the approach set out by this Court in *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888. There it was made clear that in the construction of a contract of insurance a court must seek the interpretation which most fairly reflects what can reasonably be supposed to have been the intention of the parties when entering into the contract. Applying these principles here, I can only conclude that the notion that the insurer should be free to deny coverage to the mortgagee on the basis of a misrepresentation made by the mortgagor when insuring its interest would fly in the face of the mortgagee's reasonable

déré comme étant ce qu'ont compris les parties lorsqu'elles ont convenu de conclure un contrat d'assurance au moyen de la clause hypothécaire type, car, comme je l'ai expliqué précédemment, c'est précisément parce que la clause hypothécaire type énonçait la promesse que l'assurance du créancier hypothécaire dépendrait uniquement de ce qui surviendrait entre celui-ci et la compagnie d'assurances qu'elle a remplacé la clause d'indemnité payable au créancier suivant son intérêt» dans le secteur de l'assurance. Comme l'a dit le juge Miller dans l'arrêt *Hastings*, précité, à la p. 150:

[TRADUCTION] La clause hypothécaire a été acceptée à cette fin précise et a créé un contrat indépendant et nouveau qui soustrait les créanciers hypothécaires au contrôle ou à l'effet de tout acte ou de toute négligence de la part du propriétaire du bien et fait de ces créanciers hypothécaires des parties qui ont un intérêt séparé et distinct de celui du propriétaire, qui est visé dans un autre contrat différent.

En conséquence, conclure que le droit relatif au mandat aurait le résultat mentionné précédemment contrecarrerait l'objet même de la clause en subordonnant le droit du créancier hypothécaire de recevoir des indemnités en vertu de sa police au droit du débiteur hypothécaire, dans la mesure seulement où l'assureur pourrait établir que le débiteur hypothécaire a fait des déclarations (*omissions or misrepresentations*) en obtenant la protection de son intérêt séparé.

En analysant les principes qui régissent l'interprétation des contrats d'assurance dans l'arrêt *Scott c. Wawanese Mutual Insurance Co.*, précité, à la p. 1454, j'ai fait allusion à la position adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888. Dans cet arrêt, on a clairement établi que, dans l'examen d'un contrat d'assurance, un tribunal doit chercher l'interprétation qui traduit le plus justement ce qui peut raisonnablement avoir été l'intention des parties lorsqu'elles ont conclu le contrat. Appliquant ces principes à l'espèce, je ne puis que conclure que la notion selon laquelle l'assureur devrait être libre de refuser d'indemniser le créancier hypothécaire en raison d'une fausse déclaration faite par le débiteur hypothécaire lorsqu'il a assuré son intérêt

perception of the very purpose of the standard mortgage clause.

As intimated above, it is only a matter of common sense that mortgagees will wish to effect insurance on their insurable interest so as to ensure that the validity of their contract with the insurer does not stand to be affected by anything the mortgagor might do, and as we have seen, clearly one option for the mortgagee who wishes to effect such coverage is to take out a separate policy on a separate piece of paper. It is, of course, at the instance of the insurer that mortgagees do not, in fact, make this trip to their insurer's office to effect independent policies on separate pieces of paper. In effect, the insurer represents to mortgagees that they can save themselves the trouble since the insurer will "engraft" this separate and distinct contract on the policy of the mortgagor. Given this representation on the part of the insurer, it is only fair to conclude that mortgagees will assume that insuring by means of the standard mortgage clause offers all the advantages of a separate and distinct contract evidenced by a separate piece of paper (the separate and distinct contract all the cases rejecting *Hastings* counsel mortgagees to obtain) but without any of its disadvantages, i.e. the trouble of having to obtain and deal with that separate piece of paper.

As noted by Professor Bergeron, op. cit., at p. 974, it cannot be the case that mortgagees accept to insure by means of the standard mortgage clause because they wish [TRANSLATION] "in so doing to protect their interest less". That conclusion would be to take mortgagees for fools; it would be tantamount to proceeding on the basis that mortgagees, in accepting to insure by means of the standard mortgage clause, were somehow resigned to settling for second rate coverage, i.e., coverage that did not offer the same protection as the separate and distinct contract they could effect without relying on the standard mortgage clause. It is, of course, the converse that must be true, for, clearly, if mortgagees elect to insure through the

iraient contre la perception raisonnable que se fait le créancier hypothécaire de l'objet même de la clause hypothécaire type.

Comme je l'ai indiqué précédemment, il n'est que conforme au bon sens que les créanciers hypothécaires désirent obtenir de l'assurance à l'égard de leur intérêt assurable de manière à ce que la validité de leur contrat conclu avec l'assureur ne soit pas touchée par un acte que pourrait accomplir le débiteur hypothécaire et, comme nous l'avons vu, le créancier hypothécaire a clairement le choix s'il le désire d'obtenir une telle protection au moyen d'une police distincte attestée par un document distinct. Évidemment, c'est à la demande de l'assureur que les créanciers hypothécaires ne se rendent pas chez lui pour obtenir des polices indépendantes attestées par des documents distincts. En effet, l'assureur dit aux créanciers hypothécaires qu'ils peuvent s'éviter cette peine puisque l'assureur «greffera» ce contrat séparé et distinct à la police du débiteur hypothécaire. Compte tenu de cette affirmation de la part de l'assureur, il n'est que juste de conclure que les créanciers hypothécaires présumeront que l'assurance au moyen de la clause hypothécaire type offre tous les avantages d'un contrat séparé et distinct attesté par un document distinct (le contrat séparé et distinct que tous les arrêts qui ont rejeté l'arrêt *Hastings* recommandent aux créanciers hypothécaires d'obtenir), mais sans ses inconvénients, c.-à-d. la peine d'avoir à obtenir et à examiner ce document distinct.

Comme l'a fait remarquer le professeur Bergeron, *loc. cit.*, à la p. 974, il n'est pas possible que les créanciers hypothécaires acceptent d'obtenir de l'assurance au moyen de la clause hypothécaire type parce qu'ils souhaitent «par là moins protéger leur intérêt». Conclure ainsi reviendrait à considérer les créanciers hypothécaires comme des simples d'esprit; cela reviendrait à supposer que les créanciers hypothécaires, en acceptant d'obtenir de l'assurance au moyen de la clause hypothécaire type, étaient en quelque sorte résignés à accepter une couverture de deuxième ordre, c.-à-d., une couverture qui n'offre pas la même protection que le contrat séparé et distinct qu'ils pourraient obtenir sans se fonder sur la clause hypothécaire type.

medium of the standard mortgage clause, they can only be doing so on the reasonable expectation that their interests will be protected in the same way as if they had entered into an independent contract evidenced by a separate piece of paper.

Moreover, as already demonstrated, nothing in the wording of the standard mortgage clause supports the conclusion that the insurer is proceeding on any other understanding. There is no language such as would indicate an unequivocal and manifest intention on the part of the insurer to offer insurance on the understanding that the coverage of the mortgagee was in any way dependent on the course of action between the insurer and the mortgagor. Rather, the language is to the opposite effect: it states in simple and unambiguous terms that the mortgagee's insurance will not be invalidated by any fault of the mortgagor. The terms used in making this representation are so clear, in my view, that there is no need to invoke the principle that is necessary to resolve any ambiguity on this point in favour of the insured. I have already drawn attention to the fact that insurers cannot rely on anything short of the clearest language when offering coverage on terms that would go to frustrating the legitimate expectations as to coverage of those purchasing the policy.

I conclude that by the terms of the standard mortgage clause the insurer has represented to the mortgagee that it will decline to set up as against the mortgagee any omissions and misrepresentations made by the mortgagor in effecting coverage for the mortgagee and which, by the ordinary application of the law of mandate, might otherwise be imputable to the mortgagee. Any other interpretation would, in my view, fail to concord with the reasonable expectations of the parties as to the coverage offered by the standard mortgage clause, and, indeed, by making the insurance of the mortgagee derivative to a certain degree on the course of dealings between the mortgagor and the insurer, would strike at the very *raison d'être* of the standard mortgage clause.

C'est évidemment le contraire qui doit être vrai, car il est manifeste que, si les créanciers hypothécaires choisissent d'obtenir de l'assurance au moyen de la clause hypothécaire type, ils ne peuvent le faire que parce qu'ils s'attendent raisonnablement à ce que leurs intérêts soient protégés de la même manière que s'ils avaient conclu un contrat indépendant attesté par un document distinct.

De plus, comme il a été démontré précédemment, rien dans le texte de la clause hypothécaire type ne permet de conclure que l'assureur agit en fonction de quelque autre condition. Le texte n'indique nullement une intention manifeste et sans équivoque de la part de l'assureur d'offrir de l'assurance à la condition que la protection du créancier hypothécaire dépende de quelque manière que ce soit de ce qui survient entre l'assureur et le débiteur hypothécaire. Le texte a plutôt l'effet contraire: il indique en des termes simples et non ambigus que l'assurance du créancier hypothécaire ne sera pas annulée par une faute du débiteur hypothécaire. À mon avis, les termes utilisés pour faire cette affirmation sont si clairs qu'il est inutile d'invoquer le principe qu'il est nécessaire de résoudre toute ambiguïté sur ce point en faveur de l'assuré. J'ai déjà attiré l'attention sur le fait que les assureurs ne peuvent se fonder sur autre chose que le texte le plus clair lorsqu'ils offrent une protection à des conditions qui décevraient les attentes légitimes quant à la protection de ceux qui achètent la police.

Je conclus qu'aux termes de la clause hypothécaire type l'assureur a indiqué au créancier hypothécaire qu'il ne fera pas valoir contre lui les déclarations (*omissions or misrepresentations*) qu'a faites le débiteur hypothécaire en obtenant la protection du créancier hypothécaire et qui, par l'application ordinaire du droit relatif au mandat, pourraient par ailleurs être imputées au créancier hypothécaire. À mon avis, toute autre interprétation ne serait pas conforme aux attentes raisonnables des parties quant à la protection offerte par la clause hypothécaire type et, en fait, en rendant l'assurance du créancier hypothécaire subordonnée dans une certaine mesure à ce qui survient entre le débiteur hypothécaire et l'assureur, elle porterait atteinte à la raison d'être même de la clause hypothécaire type.

Disposition

For these reasons, I would allow the appeal with costs throughout, reverse the judgment of the Court of Appeal, and restore judgment of the trial judge.

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

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—This appeal was heard at the same time as *Caisse populaire des Deux Rives v. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 S.C.R. 995 (hereinafter referred to as "*Caisse populaire*"), judgment rendered concurrently. In *Caisse populaire*, the issue concerned the legal relationship between an insurer and a hypothecary creditor where the debtor of the hypothecary creditor purchased an insurance contract containing a hypothecary (mortgage) clause and committed an intentional fault. In the present appeal, the issue is whether the nullity *ab initio* of an insurance policy, resulting from misrepresentations by the hypothecary debtor at the time the policy was bought, can be invoked against the hypothecary creditor.

Facts

In 1977 one Dimitrios (Jimmy) Katsikonouris borrowed \$80,000 from the National Bank of Greece (Canada) and \$21,800 from the appellants, who were doing business in partnership under the name Tava Enregistré. As security for these loans, Katsikonouris granted a first hypothec to the National Bank of Greece (Canada) and a second hypothec to the appellants, on properties owned by him at 2100-2102-2104 Bélanger St. East, in Montréal.

In the succeeding years six fires of varying size occurred in the buildings subject to the hypothecs. Those buildings were covered by an insurance policy issued by previous insurers. On January 24, 1983, following notice that his policy had been cancelled, Katsikonouris purchased a fire insurance policy from the respondents. At the time this policy was taken out, the broker acting for Kat-

Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir la décision du juge de première instance.

Les motifs des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—Le présent pourvoi a été entendu en même temps que l'appel *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995 (ci-après «*Caisse populaire*»), jugement rendu concurremment. Dans *Caisse populaire*, la question était de déterminer la relation de droit entre un assureur et un créancier hypothécaire dont le débiteur a souscrit un contrat d'assurance comprenant une clause hypothécaire et commis une faute intentionnelle. Dans le présent pourvoi, la question qui se pose est celle de l'opposabilité au créancier hypothécaire de la nullité *ab initio* de la police d'assurance, suite à de fausses représentations du débiteur hypothécaire lors de la souscription de la police.

f Faits

En 1977, un dénommé Dimitrios (Jimmy) Katsikonouris a emprunté les sommes de 80 000 \$ de la Banque nationale de Grèce (Canada) et 21 800 \$ des appelants, qui faisaient affaires en société sous le nom de Tava Enregistré. En garantie de ces emprunts, Katsikonouris a consenti une hypothèque de premier rang à la Banque nationale de Grèce (Canada) et une de second rang aux appelants, sur les immeubles lui appartenant situés aux numéros civiques 2100-2102-2104, rue Bélanger est, à Montréal.

Au cours des années qui suivirent, six incendies d'importance variable eurent lieu dans les immeubles faisant l'objet des hypothèques, immeubles couverts par une police d'assurance émise par des assureurs antérieurs. Le 24 janvier 1983, suite à l'avis d'annulation de sa police, Katsikonouris souscrit auprès des intimées une police d'assurance-incendie. Lors de la souscription de cette

sikonouris answered "no" to the following three questions:

1. Does the applicant have other insurance?
2. Have there been losses in the last three years?
3. Has an insurer refused or cancelled a policy in the last three years?

The insurance policy issued by the respondents, providing coverage of \$350,000, contained a hypothecary (mortgage) clause approved by the Insurance Bureau of Canada and used in fire insurance policies issued in Quebec and in the rest of Canada.

After the properties in question were completely destroyed by arson on June 25, 1983, the respondents refused to pay the indemnity to the hypothecary creditors, alleging that the policy was void *ab initio* because of the misrepresentations by Katsikonouris at the time the policy was purchased. The appellants and the National Bank of Greece (Canada) brought actions against Katsikonouris' insurers to claim the indemnity.

In a judgment on the actions brought by the hypothecary creditors, which actions were joined for hearing, the trial judge held, on the evidence presented to him, that the policy issued by the respondents was void *ab initio* as a consequence of the misrepresentations and omissions by the insured or his representative. He concluded, however, that the hypothecary (mortgage) clause prevented the respondents from relying on this nullity *ab initio* against the hypothecary creditors, and therefore that the latter were entitled to payment of the insurance indemnity. He accordingly allowed their action. The Court of Appeal allowed the appeal, reversed the Superior Court judgment and dismissed the actions of the hypothecary creditors, the appellants in this Court (the National Bank of Greece (Canada), plaintiff in the Superior Court, is not a party to the appeal in this Court).

police, le courtier agissant pour Katsikonouris répondit par la négative aux trois questions suivantes:

1. Le proposant a-t-il d'autres assurances?
2. Y a-t-il eu des sinistres au cours des trois dernières années?
3. Y a-t-il eu un refus ou une annulation d'un assureur au cours des trois dernières années?

La police d'assurance émise par les intimées, offrant une couverture de 350 000 \$, contenait une clause hypothécaire approuvée par le Bureau d'assurance du Canada et utilisée dans les polices d'assurance-incendie émises au Québec et dans le reste du Canada.

Suite à un incendie d'origine criminelle qui détruisit entièrement les immeubles en question le 25 juin 1983, les intimées refusèrent de verser l'indemnité aux créanciers hypothécaires, alléguant la nullité *ab initio* de la police en raison de fausses représentations de la part de Katsikonouris lors de la souscription de la police. Les appelants et la Banque nationale de Grèce (Canada) intentèrent des recours contre les assureurs de Katsikonouris afin d'obtenir paiement de l'indemnité.

Dans un jugement sur les actions des créanciers hypothécaires, réunies pour enquête et audition, le premier juge a décidé, en regard de la preuve qui lui était soumise, que la police émise par les intimées était nulle *ab initio* suite aux fausses représentations et omissions faites par l'assuré ou son représentant. Il a cependant conclu que la clause hypothécaire empêchait les intimées de se prévaloir de cette nullité *ab initio* à l'encontre des créanciers hypothécaires, et donc que ceux-ci avaient droit au paiement de l'indemnité d'assurance. Il a fait droit à leur action en conséquence. La Cour d'appel a accueilli l'appel, infirmé le jugement de la Cour supérieure et rejeté les actions des créanciers hypothécaires, ici appelants (la demanderesse en Cour supérieure Banque nationale de Grèce (Canada) n'est pas partie au pourvoi devant notre Cour).

Judgments

Superior Court, [1985] C.S. 1263 (Lamb J.)

The trial judge first noted that, through his broker, the hypothecary debtor had made numerous misrepresentations to the respondents so as to conceal from them the cancellation of an earlier insurance policy and the occurrence of several fires of criminal origin on the insured property. He was of the view that these misrepresentations were such as to entail the nullity *ab initio* of the insurance contract between the hypothecary debtor and the respondents.

Proceeding to consider the argument of the insurance companies, which sought to invoke the nullity of the policy against the hypothecary creditors, the judge wrote (at pp. 1268-69):

The wording of paragraph 1 of the mortgage clause which reads

This insurance and every documented renewal thereof—as to the interest of the mortgagee only therein—is and shall be in force notwithstanding *any* act, neglect, omission or misrepresentation attributable to the mortgagor, owner or occupant of the property insured,

is so broad that it can only be interpreted as a clear and unqualified renunciation by the insurers of their right to raise against the mortgage creditors a defence of nullity resulting from any act or neglect of the insured, whether the result of that act or neglect is a nullity *ab initio* or a nullity resulting from a cause arising after the policy had validly attached. Nothing in the clause purports specifically to limit or restrict the application of the word “any”. The express renunciation of the insurers must therefore be read as intending to refer to absolute as well as relative nullity, in the absence of any words imposing a restrictive distinction between the two.

The meaning of the mortgage clause is unambiguous, but if any further evidence is needed as to the insurers' intent to renounce their rights to invoke as against the mortgagees both absolute as well as relative nullity, such evidence can be found in the inclusion in the clause of the words “omission or misrepresentation”, words clearly contemplating nullity *ab initio* as well as relative. [Emphasis in original.]

As to the nature of the contractual relationship between the insurers and the hypothecary creditors, he added (at p. 1269):

Jugements

Cour supérieure, [1985] C.S. 1263 (le juge Lamb)

Le juge de première instance constate d'abord que le débiteur hypothécaire a, par l'entremise de son courtier, fait de nombreuses fausses représentations aux intimées, de manière à leur dissimuler l'annulation d'une police d'assurance précédente et l'existence de nombreux incendies d'origine criminelle à la propriété assurée. Il considère ces fausses représentations comme étant de nature à entraîner la nullité *ab initio* du contrat d'assurance liant le débiteur hypothécaire aux intimées.

Considérant ensuite la prétention des compagnies d'assurances, qui tentent d'opposer aux créanciers hypothécaires la nullité de la police, le juge écrit (aux pp. 1268 et 1269):

[TRADUCTION] Le texte du paragraphe 1 de la clause hypothécaire suivante:

Ne sont pas opposables aux créanciers hypothécaires les actes, négligences ou déclarations des propriétaires, locataires ou occupants des biens assurés . . .

est tellement général qu'il ne peut être interprété que comme une renonciation claire et non restreinte par les assureurs de leur droit de soulever contre les créanciers hypothécaires une défense de nullité résultant d'un acte ou d'une négligence de l'assuré, qu'il en résulte une nullité *ab initio* ou une nullité résultant d'une cause qui a pris naissance après l'entrée en vigueur de la police. Rien dans la clause ne veut de façon précise limiter ou restreindre l'application du terme «des». Par conséquent, la renonciation expresse des assureurs doit être interprétée comme visant la nullité absolue ou relative, en l'absence de tout terme imposant une distinction restrictive entre les deux.

Le sens de la clause hypothécaire n'est pas ambigu mais si d'autres éléments de preuve sont nécessaires pour démontrer l'intention des assureurs de renoncer à leur droit d'invoquer contre les créanciers hypothécaires la nullité absolue ou relative, ces éléments de preuve se dégagent de l'inclusion dans la clause du terme «déclarations», terme qui vise clairement la nullité *ab initio* ainsi que la nullité relative. [En italique dans l'original.]

En ce qui concerne la nature du lien contractuel unissant les assureurs et les créanciers hypothécaires, il ajoute (à la p. 1269):

Furthermore the language of the mortgage clause is such that it can only be regarded as a separate contract between the insurers and the mortgage [*sic*] creditors, wholly unaffected, as indeed its terms make clear, by the absolute or relative nullity of the policy *vis-à-vis* the insured.

This was the conclusion reached by Laflamme J. in the case of *Lirette c. Great American Insurance Co.*, [1982] C.S. 49, and by Biron J. in the case of *Caisse populaire des deux rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1984] C.S. 1180. Both were carefully reasoned decisions with which this Court agrees. While they concern the effect to be given to the second paragraph of 2563 C.C. and thus do not involve the question of nullity *ab initio*, the principle of the separate contract which these decisions endorse is nevertheless applicable to this case.

He therefore concluded that the insurers were liable to the hypothecary creditors and allowed the actions by the appellants and the National Bank of Greece (Canada).

Court of Appeal, [1989] R.D.I. 46 (Monet and Beauregard J.J.A. and Desmeules J. (*ad hoc*))

Desmeules J. (ad hoc)

Desmeules J., with his two colleagues concurring, noted that the trial judge had relied *inter alia* on the Superior Court's decision in *Lirette v. Great American Insurance Co.*, [1982] C.S. 49, reversed by the Court of Appeal since the judgment *a quo* was rendered, [1987] R.J.Q. 993 (*sub nom. Madill v. Lirette*). As the wording of the hypothecary (mortgage) clause considered by the Court of Appeal in *Madill* was the same as that which is at issue before this Court, Desmeules J. relied on that decision, from which he quoted at length. In that case, Bisson J.A. held for the majority that the nullity *ab initio* of the policy obtained by the insured carried with it the termination of the benefits conferred on the hypothecary creditor (at p. 1002):

[TRANSLATION] I consider that a hypothecary (mortgage) clause, like the one appearing in policy P-4, only protects the creditor once the contract has come into being, and from that time, for subsequent acts, neglect,

[TRADUCTION] Qui plus est, le texte de la clause hypothécaire est tel qu'il peut seulement être considéré comme un contrat distinct entre les assureurs et les créanciers hypothécaires, absolument pas touché, comme en fait ses modalités l'expriment clairement, par la nullité absolue ou relative de la police à l'égard de l'assuré.

C'est la conclusion à laquelle est arrivé le juge Laflamme dans la décision *Lirette c. Great American Insurance Co.*, [1982] C.S. 49, et par le juge Biron dans la décision *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1984] C.S. 1180. Il s'agit de deux décisions soigneusement motivées auxquelles souscrit notre Cour. Bien qu'elles visent l'effet qui doit être accordé au deuxième paragraphe de l'art. 2563 C.C. et par conséquent ne portent pas sur la question de la nullité *ab initio*, le principe du contrat distinct que ces décisions appuient s'applique néanmoins à l'espèce.

Il conclut donc à la responsabilité des assureurs face aux créanciers hypothécaires et accueille les recours des appelants et de la Banque nationale de Grèce (Canada).

Cour d'appel, [1989] R.D.I. 46 (les juges Monet, Beauregard et Desmeules (*ad hoc*))

Le juge Desmeules (ad hoc)

Le juge Desmeules, avec l'accord de ses deux collègues, constate que le juge de première instance s'est appuyé entre autres sur la décision de la Cour supérieure, dans l'affaire *Lirette c. Great American Insurance Co.*, [1982] C.S. 49, infirmée par la Cour d'appel depuis le prononcé du jugement *a quo*, [1987] R.J.Q. 993 (*sub nom. Madill c. Lirette*). Comme le texte de la clause hypothécaire étudiée par la Cour d'appel dans l'affaire *Madill* était le même que celui faisant l'objet du litige devant la cour, le juge Desmeules s'en remet à cette décision, dont il cite de larges extraits. Dans cette affaire, le juge Bisson avait décidé au nom de la majorité que la nullité *ab initio* de la police obtenue par l'assuré entraînait la déchéance des bénéfices consentis au créancier hypothécaire (à la p. 1002):

J'estime qu'une clause de garantie hypothécaire, comme celle apparaissant à la police P-4, ne protège le créancier qu'une fois que le contrat a pris naissance et, à partir de ce moment, pour les actes, négligences ou

omissions or misrepresentations by the owners of the insured property.

Desmeules J. noted that Bisson J.A. would have come to the same conclusion even had he recognized the existence of two separate contracts in an insurance policy containing a hypothecary (mortgage) clause. He further cited the Quebec Court of Appeal's decision in *Vallée du Richelieu, Compagnie mutuelle d'assurance de dommages v. Caisse populaire des Deux Rives*, [1988] R.J.Q. 2355, where Gendreau J.A., who had taken part in the *Madill* judgment, restated the Court of Appeal's position (at p. 2356):

[TRANSLATION] ... that is why we held that the hypothecary creditor's protection existed only if the insurance contract had actually and really been formed between the insured who had in fact requested it and the insurer who was preparing to undertake it. In deciding that there was no completed contract, that it was void *ab initio*, we rejected the recognition of the guarantee conferred by the hypothecary (mortgage) clause.

The conclusion of Desmeules J. conforms in all aspects to this jurisprudence of the Court of Appeal (at pp. 50-51):

[TRANSLATION] The wording of the present hypothecary (mortgage) clause, in effect since 1972, refers to certain situations such as transfers of interest, vacancy or non-occupancy or the occupation of the property for purposes more hazardous than those specified, and it subjects creditors to an obligation to inform the insurer as soon as they are aware of such situations.

These events are subsequent to the issuing of the insurance policy, and this leads me to conclude that it is such situations that the insurers sought to provide for in their hypothecary (mortgage) clause.

With respect, I consider that the nullity *ab initio* of the insurance policy issued by [the respondents] has the effect of invalidating the hypothecary (mortgage) clause contained in that policy as well, and that there is no reason to depart from the existing precedents.

He accordingly allowed the appeal and denied the appellants and the National Bank of Greece (Canada) the right to the insurance indemnity.

Beauregard J.A.

Beauregard J.A. was also of the view that the appeals should be allowed. The gist of his brief reasons reads as follows (at p. 47):

déclarations postérieurs des propriétaires des biens assurés.

Le juge Desmeules note que le juge Bisson en serait venu à une conclusion identique même en admettant l'existence de deux contrats distincts dans une police d'assurance comportant une clause de garantie hypothécaire. Il cite de plus la décision de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Vallée du Richelieu, Compagnie mutuelle d'assurance de dommages c. Caisse populaire des Deux Rives*, [1988] R.J.Q. 2355, où le juge Gendreau, qui avait participé à l'arrêt *Madill*, a cru bon de réitérer la position de la Cour d'appel (à la p. 2356):

... c'est pourquoi nous avons décidé que la protection du créancier hypothécaire ne valait que si le contrat d'assurance s'était vraiment et réellement formé entre l'assuré qui l'avait effectivement requis et l'assureur qui s'apprêtait à le souscrire. En statuant à l'absence de la formation du contrat, à sa nullité *ab initio*, nous avons alors rejeté la reconnaissance de la garantie conférée par la clause hypothécaire.

La conclusion du juge Desmeules est conforme en tous points à cette jurisprudence de la Cour d'appel (aux pp. 50 et 51):

Le texte de la clause de garantie hypothécaire actuelle en vigueur depuis 1972 réfère à certaines situations telles que les transferts d'intérêts, la vacance ou l'inoccupation ou l'affectation des lieux à des fins plus dangereuses que celles déclarées, et elle fait obligation aux créanciers d'aviser l'assureur dès qu'il est (*sic*) au courant de telles situations.

Il s'agit là d'événements subséquents à l'émission de la police d'assurance, et ceci m'amène à conclure que ce sont de telles situations que les assureurs ont voulu prévoir dans leur clause de garantie hypothécaire.

Avec respect, je suis d'opinion que la nullité *ab initio* de la police d'assurance, émise par les [intimées] a pour effet de rendre nulle également la garantie hypothécaire contenue à cette police et qu'il n'y a pas lieu d'aller à l'encontre de la jurisprudence actuelle.

Il accueille donc l'appel et nie aux appelants et à la Banque nationale de Grèce (Canada) le droit à l'indemnité d'assurance.

Le juge Beauregard

Le juge Beauregard est également d'avis d'accueillir les pourvois. Le corps de ses brefs motifs est lit comme suit (à la p. 47):

[TRANSLATION] Despite the use of the adverb "including", by application of the "rule" of interpretation *noscitur a sociis* or the *ejusdem generis* rule, we must conclude that "any act, neglect, omission or misrepresentation attributable to the mortgagor, owner or occupant of the property insured" is an "act, neglect, omission or misrepresentation" which took place or was made after the policy was issued, just as "transfer of interest, vacancy or non-occupancy or the occupation of the property for purposes more hazardous than those specified".

Analysis

As in the *Caisse populaire* appeal, *supra*, the present case concerns an insurance contract purchased by the hypothecary debtor, pursuant to an undertaking made in hypothecary loan contracts to keep the hypothecated property insured for the benefit of the hypothecary creditors. The insurance policy purchased from the respondents contains the standard hypothecary (mortgage) clause approved by the Insurance Bureau of Canada. I have set out the clause below.

The judgment of this Court in *Caisse populaire* is to the effect that the insurance clause in a hypothecary loan contract is a contract of mandate, by which the hypothecary debtor undertakes to insure the hypothecated property on behalf of his hypothecary creditor. The insurance policy taken out in accordance with this mandate contains a standard hypothecary (mortgage) clause which thus sets out two separate insurance contracts, one between the insurer and the hypothecary debtor and the other between the insurer and the hypothecary creditor. I refer to the reasons I gave in *Caisse populaire* in this regard and adopt them for these purposes.

Given these premises, this appeal must deal with the consequences of the alleged misrepresentations by the hypothecary debtor, first on his own insurance contract and then on the insurance contract between the hypothecary creditors and the insurers, in light of the existence of a standard hypothecary (mortgage) clause in the contract.

Malgré l'utilisation de l'adverbe «notamment», il faut conclure en appliquant la «règle» d'interprétation *noscitur a sociis* ou la règle *ejusdem generis* que des actes, négligences ou déclarations des propriétaires, locataires ou occupants des biens assurés sont des «actes, négligences ou déclarations» qui ont lieu ou qui sont faits après l'établissement de la police, comme «les transferts d'intérêts, la vacance ou l'inoccupation, ou l'affectation des lieux à des fins plus dangereuses que celles déclarées».

Analyse

Tout comme dans le pourvoi *Caisse populaire*, précité, la présente affaire met en cause un contrat d'assurance souscrit par le débiteur hypothécaire, suite à un engagement pris en vertu de contrats de prêts hypothécaires de maintenir les biens hypothéqués assurés au bénéfice des créanciers hypothécaires. La police d'assurance souscrite auprès des intimées contient la clause hypothécaire standard approuvée par le Bureau d'assurance du Canada, reproduite plus loin.

Le jugement de notre Cour dans *Caisse populaire* décide que la clause d'assurance du contrat de prêt hypothécaire constitue un contrat de mandat, en vertu duquel le débiteur hypothécaire s'engage à assurer au nom de son créancier hypothécaire les biens hypothéqués. La police d'assurance souscrite en conformité avec ce mandat contient une clause hypothécaire standard qui constate donc deux contrats d'assurance distincts, l'un entre le débiteur hypothécaire et l'assureur, et l'autre entre le créancier hypothécaire et l'assureur. Je réfère aux motifs que j'exprimais dans l'arrêt *Caisse populaire* à cet égard et je les adopte aux fins des présentes.

Ces prémisses posées, il faut, dans le présent pourvoi, examiner les conséquences des fausses représentations du débiteur hypothécaire, alléguées par les intimées, d'abord sur son contrat d'assurance, puis sur le contrat d'assurance liant les créanciers hypothécaires et les assureurs, compte tenu de la présence dans ce contrat d'une clause hypothécaire standard.

1. *Nullity ab initio of the Hypothecary Debtor's Insurance Contract*

Under arts. 2485 and 2486 *C.C.L.C.*, the holder of an insurance policy must disclose to the insurer, in the utmost good faith, all the circumstances relevant to determining the risk, otherwise the contract may be cancelled at the insurer's request under art. 2487 *C.C.L.C.*:

2485. The policyholder, and the insured if the insurer requires it, is bound to represent all the facts known to him which are likely to influence a reasonable insurer materially in the setting of the premium, the appraisal of the risk or the decision to cover it.

2486. The obligation respecting representations is deemed met if the facts are substantially as represented and there is no material concealment.

There is no obligation to represent facts known to the insurer or which from their notoriety he is presumed to know, except in answer to inquiries.

Misrepresentation or deceitful concealment by the insurer is in all cases a cause of nullity of the contract that the party acting in good faith may invoke.

2487. Subject to articles 2510 to 2515, misrepresentation or concealment by either the policyholder or the insured, in regard to the facts contemplated in articles 2485 and 2486, nullifies the contract at the instance of the insurer, even for losses not connected with the risks so misrepresented.

(Articles 2510 to 2515 *C.C.L.C.*, mentioned in art. 2487 *C.C.L.C.*, being concerned exclusively with life insurance, are not relevant here.)

According to the evidence, the hypothecary debtor or his representative did not disclose to the insurers various facts of importance in the insurers' determination of the risk, concerning *inter alia* previous insurance coverage, the occurrences of criminal fires on the insured premises and the refusal by the previous insurers to continue insuring the property. This non-disclosure surely constitutes misrepresentation, as the trial judge found (at p. 1268):

The existence of the Pelletier, Symons policy, the decision of that insurer to cancel that policy, and the

1. *Nullité ab initio du contrat d'assurance du débiteur hypothécaire*

Selon les art. 2485 et 2486 *C.c.B.-C.*, il revient au preneur d'un contrat d'assurance de dévoiler à l'assureur, avec la plus grande bonne foi, toutes les circonstances pertinentes à l'évaluation du risque, sous peine de voir le contrat annulé à la demande de l'assureur en vertu de l'art. 2487 *C.c.B.-C.*:

2485. Le preneur, de même que l'assuré si l'assureur le demande, est tenu de déclarer toutes les circonstances connues de lui qui sont de nature à influencer de façon importante un assureur raisonnable dans l'établissement de la prime, l'appréciation du risque ou la décision de l'accepter.

2486. L'obligation relative aux déclarations est réputée remplie si les circonstances en cause sont en substance conformes aux déclarations et s'il n'y a pas de réticence importante.

Il n'est pas obligatoire de déclarer les circonstances que l'assureur connaît ou est présumé connaître en raison de leur notoriété, sauf en réponse aux questions posées.

Les fausses représentations ou réticences frauduleuses de la part de l'assureur sont dans tous les cas des causes de nullité du contrat que la partie qui est de bonne foi peut invoquer.

2487. Sous réserve des articles 2510 à 2515, les fausses déclarations et les réticences, tant du preneur que de l'assuré, sur des circonstances visées aux articles 2485 et 2486 entraînent, à la demande de l'assureur, la nullité du contrat même en ce qui concerne les sinistres non rattachés aux risques ainsi dénaturés.

(Les articles 2510 à 2515 *C.c.B.-C.* mentionnés à l'art. 2487 *C.c.B.-C.* concernent exclusivement l'assurance sur la vie et ne sont donc pas ici pertinents.)

Le débiteur hypothécaire ou son représentant, selon la preuve, n'ont pas dévoilé aux assureurs divers faits importants à l'évaluation du risque par les assureurs, ayant trait notamment à la couverture d'assurance préalable, à l'existence d'incendies criminels sur les lieux assurés, ainsi qu'au refus par les précédentes des intimées de continuer à assurer l'immeuble. Cette non-divulgence constitue en fait des fausses représentations, ainsi que l'a déterminé le premier juge (à la p. 1268):

[TRADUCTION] L'existence de la police Pelletier, Symons, la décision de cet assureur d'annuler cette

previous fires, all of criminal origin, which occurred in the building housing the insured's restaurant Athens by Night and in the Bélanger St. building, were facts known to Katsikonouris and which were material to the risk. Hofman's [Katsikonouris's broker's] failure to disclose these facts therefore nullifies the contract *ab initio* between the insured Katsikonouris and the Defendant Insurers. [Emphasis added.]

The Superior Court judge's conclusion in this regard and the resulting nullity of the insurance contract between the hypothecary debtor and the insurers were not disputed in the Quebec Court of Appeal and were not the subject of argument in this Court.

It thus seems clear that the hypothecary debtor's insurance contract is void *ab initio* because of the latter's misrepresentations when the policy was purchased.

2. Nullity of the Hypothecary Creditors' Insurance Contract

The hypothecary creditors purchased their insurance contract from the insurers through their mandatary, the hypothecary debtor. The mandate, set out in the insurance clause of the hypothecary loan contracts, provides that the hypothecary debtor must keep the hypothecated property insured for the lenders' benefit. Accordingly, by purchasing the insurance contract, the hypothecary debtor performed his mandate in accordance with his undertaking.

Under art. 1727 *C.C.L.C.* mandators, in this case the lenders, are bound by the acts of their mandatary in the performance of the mandate:

1727. The mandator is bound in favor of third persons for all the acts of his mandatary, done in execution and within the powers of the mandate, except in the case provided for in article 1738 of this title, and the cases wherein by agreement or the usage of trade the latter alone is bound.

The mandator is also answerable for acts which exceed such power, if he have ratified them either expressly or tacitly. [Emphasis added.]

As Rodière puts it, [TRANSLATION] "a mandatary [cannot] be regarded as a third party *vis-à-vis* the

police, et les incidents précédents, tous d'origine criminelle, qui se sont produits dans l'immeuble qui abritait le restaurant de l'assuré Athens by Night et dans l'immeuble de la rue Bélanger, étaient des faits connus par Katsikonouris et qui étaient importants quant à l'appréciation du risque. L'omission de Hofman [le courtier de Katsikonouris] de révéler ces faits annule donc le contrat *ab initio* entre l'assuré Katsikonouris et les assureurs défendeurs. [Je souligne.]

^b La conclusion du juge de la Cour supérieure à cet égard de même que la nullité en résultant du contrat d'assurance entre le débiteur hypothécaire et les assureurs, n'ont pas été contestées devant la Cour d'appel du Québec et ne sont pas l'objet de débats devant notre Cour.

Il apparaît donc clair que le contrat d'assurance du débiteur hypothécaire est nul *ab initio* en raison des fausses représentations de ce dernier lors de la souscription de la police.

2. Nullité du contrat d'assurance des créanciers hypothécaires

^e Les créanciers hypothécaires ont souscrit leur contrat d'assurance auprès des assureurs par l'entremise de leur mandataire, le débiteur hypothécaire. Le mandat, contenu à la clause d'assurance des contrats de prêts hypothécaires, prévoit que le débiteur hypothécaire doit maintenir assurés les biens hypothéqués au bénéfice des prêteurs. En souscrivant le contrat d'assurance, le débiteur hypothécaire a donc rempli son mandat conformément à son engagement.

En vertu de l'art. 1727 *C.c.B.-C.*, les mandants, en l'espèce les prêteurs, sont liés par les actes de leur mandataire dans l'accomplissement du mandat:

^h 1727. Le mandant est responsable envers les tiers pour tous les actes de son mandataire faits dans l'exécution et les limites du mandat; excepté dans le cas de l'article 1738, et dans les cas où, par la convention ou les usages du commerce, le mandataire en est le seul responsable.

Le mandant est aussi responsable des actes qui excèdent les limites du mandat, lorsqu'il les a ratifiés expressément ou tacitement. [Je souligne.]

^j Tel que le formule Rodière, «le mandataire [ne peut] être considéré comme un tiers vis-à-vis du

mandator" (*Encyclopédie juridique Dalloz: Répertoire de droit civil*, vol. 5, 2^e éd., "Mandat", at p. 26, No. 337). Domenget (*Du mandat, de la commission et de la gestion d'affaires*, vol. 1, *Du mandat* (1862)) specifically mentions the case of bad faith by the mandatary, stating that it cannot be invoked against third parties (at p. 257, No. 405):

[TRANSLATION] Bad faith by the mandatary could not even be invoked against third parties by the mandator, if indeed those third parties were not in bad faith, in accordance with the rule "*qui mandavit ipse fecisse videtur*".

Since the hypothecary debtor was acting in accordance with his mandate by purchasing the hypothecary creditors' insurance contract, the misrepresentations he made at that time must therefore be regarded, for the purposes of considering the validity of this contract, as misrepresentations made by the hypothecary creditors themselves.

These misrepresentations by the broker will have, as to the insurance contract between the hypothecary creditors and the insurers, consequences similar to those produced on the hypothecary debtor's personal insurance contract. Thus, the misrepresentations of the hypothecary debtor, acting as mandatary of the hypothecary creditors, had the effect of misrepresenting the risk to the insurers and thereby vitiating their consent to the insurance contract purchased for the hypothecary creditors, in the same way as these misrepresentations vitiated the insurers' consent to the hypothecary debtor's insurance contract. The insurance contract between the insurers and the hypothecary creditors is thus also void *ab initio*.

3. *Whether the Nullity ab initio Can Be Invoked Against the Hypothecary Creditors*

The appellants argue, however, that the nullity of the hypothecary creditors' insurance contract, whether *ab initio* or otherwise, cannot be invoked against them on account of the undertakings made by the insurers and set forth in the hypothecary (mortgage) clause of this insurance contract. The content of this clause, which reads as follows, must therefore be considered:

mandant» (*Encyclopédie juridique Dalloz: Répertoire de droit civil*, t. 5, 2^e éd., «Mandat», à la p. 26, n° 337). Domenget (*Du mandat, de la commission et de la gestion d'affaires*, t. 1, *Du mandat* (1862)) mentionne spécifiquement le cas de la mauvaise foi du mandataire, la déclarant inopposable aux tiers (à la p. 257, n° 405):

La mauvaise foi du mandataire ne pourrait même pas être opposée aux tiers par le mandant, si d'ailleurs ces tiers n'étaient pas de mauvaise foi, par application de la règle "*qui mandavit ipse fecisse videtur*".

Puisque le débiteur hypothécaire agissait conformément à son mandat en souscrivant le contrat d'assurance des créanciers hypothécaires, les fausses représentations qu'il a faites à ce moment doivent donc être considérées, aux fins de l'examen de la validité de ce contrat, comme des fausses représentations effectuées par les créanciers hypothécaires eux-mêmes.

Ces fausses représentations du courtier auront, quant au contrat d'assurance entre les créanciers hypothécaires et les assureurs, des conséquences similaires à celles produites sur le contrat d'assurance personnel du débiteur hypothécaire. Ainsi, les fausses représentations du débiteur hypothécaire, agissant à titre de mandataire des créanciers hypothécaires, ont eu pour effet de dénaturer le risque aux yeux des assureurs et de vicier par le fait même son consentement au contrat d'assurance souscrit au nom des créanciers hypothécaires, au même titre que ces fausses représentations ont vicié le consentement des assureurs au contrat d'assurance du débiteur hypothécaire. Le contrat d'assurance liant les assureurs aux créanciers hypothécaires est donc également nul *ab initio*.

3. *Opposabilité de la nullité ab initio aux créanciers hypothécaires*

Les appelants soutiennent cependant que la nullité du contrat d'assurance des créanciers hypothécaires, fut-elle *ab initio*, ne peut leur être opposée en raison des engagements souscrits par les assureurs et constatés à la clause hypothécaire de ce contrat d'assurance. Un examen du contenu de cette clause, qui se lit comme suit, s'impose donc:

(For use with Quebec Policy Forms only)

STANDARD MORTGAGE CLAUSE
(approved by the Insurance Bureau of Canada)

IT IS HEREBY PROVIDED AND AGREED THAT:

BREACH OF CONDITIONS BY MORTGAGOR, OWNER OR OCCUPANT

This insurance and every documented renewal thereof—AS TO THE INTEREST OF THE MORTGAGEE ONLY THEREIN—is and shall be in force notwithstanding any act, neglect, omission or misrepresentation attributable to the mortgagor, owner or occupant of the property insured, including transfer of interest, any vacancy or non-occupancy, or the occupation of the property for purposes more hazardous than specified in the description of the risk.

PROVIDED ALWAYS that the Mortgagee shall notify forthwith the Insurer (if known) of any vacancy or non-occupancy extending beyond thirty (30) consecutive days, or of any transfer of interest or increased hazard THAT SHALL COME TO HIS KNOWLEDGE, and that every increase of hazard (not permitted by the policy) shall be paid for by the Mortgagee—on reasonable demand—from the date such hazard existed, according to the established scale of rates for the acceptance of such increased hazard, during the continuance of this insurance.

RIGHT OF SUBROGATION

Whenever the Insurer pays the Mortgagee any loss award under this policy and claims that—as to the Mortgagor or Owner—no liability therefor existed, it shall be legally subrogated to all rights of the Mortgagee against the Insured, but any subrogation shall be limited to the amount of such loss payment and shall be subordinate and subject to the basic right of the Mortgagee to recover the full amount of its mortgage equity in priority to the Insurer, or the Insurer may at its option pay the Mortgagee all amounts due or to become due under the mortgage or on the security thereof, and shall thereupon receive a full assignment and transfer of the mortgage together with all securities held as collateral to the mortgage debt.

OTHER INSURANCE

If there be other valid and collectible insurance upon the property with loss payable to the Mortgagee—at law or in equity—then any amount payable thereunder shall be taken into account in determining the amount payable to the Mortgagee.

(À utiliser avec polices du Québec seulement)

CLAUSE TYPE RELATIVE AUX GARANTIES
HYPOTHÉCAIRES
(Formule approuvée par le Bureau d'assurance du
Canada)

VIOLATIONS DU CONTRAT

Ne sont pas opposables aux créanciers hypothécaires les actes, négligences ou déclarations des propriétaires, locataires ou occupants des biens assurés, notamment en ce qui concerne les transferts d'intérêts, la vacance ou l'inoccupation, ou l'affectation des lieux à des fins plus dangereuses que celles déclarées.

Les créanciers hypothécaires sont tenus d'aviser l'Assureur (si ce dernier leur est connu) dès qu'ils sont au courant de toute inoccupation ou vacance de plus de trente jours consécutifs, de tout changement dans les droits de propriété ou de toute aggravation du risque, à charge pour eux d'acquitter, sur demande raisonnable, les surprimes afférentes aux aggravations dépassant les normes d'acceptation fixées par le présent contrat et cela au tarif établi à cet égard et pour la durée du contrat restant à courir à compter du début des aggravations en question.

SUBROGATION

À concurrence des indemnités versées par lui aux créanciers hypothécaires, l'Assureur est subrogé dans les droits de ces derniers contre les débiteurs ou propriétaires auxquels il se croit justifié d'opposer un motif de non-garantie, les créanciers hypothécaires n'en demeurant pas moins en droit de recouvrer le solde de leurs créances avant que la subrogation ci-dessus puisse être exercée. L'Assureur se réserve cependant le droit d'acquitter les créances intégralement, auquel cas il a droit au transfert de celles-ci et de toutes les sûretés les garantissant.

PLURALITÉ D'ASSURANCES

Si d'autres assurances sont, à quelque titre que ce soit, acquises aux créanciers hypothécaires, les indemnités qu'ils peuvent en recevoir doivent être prises en ligne de compte pour la détermination des sommes qui leur sont payables.

WHO MAY GIVE PROOF OF LOSS

In the absence of the Insured, or the inability, refusal or neglect of the Insured to give notice of loss or deliver the required Proof of Loss under the policy, then the Mortgagee may give the notice upon becoming aware of the loss and deliver as soon as practicable the Proof of Loss.

TERMINATION

The term of this Mortgage Clause coincides with the term of the policy;

PROVIDED ALWAYS that the Insurer reserves the right to cancel the policy as provided by Articles 2567 and 2568 of the Civil Code of the Province of Quebec, but agrees that the insurer will neither terminate nor alter the policy to the prejudice of the Mortgagee without 15 days' notice to the Mortgagee by registered letter.

FORECLOSURE

Should title or ownership to said property become vested in the Mortgagee and/or assigns as owner or purchaser under foreclosure or otherwise, this insurance shall continue until expiry or cancellation for the benefit of the said Mortgagee and/or assigns.

SUBJECT TO THE TERMS OF THIS MORTGAGE CLAUSE (and these shall supersede any policy provisions in conflict therewith BUT ONLY AS TO THE INTEREST OF THE MORTGAGEE), loss under this policy is made payable to the Mortgagee. [Emphasis added.]

The wording of this clause is very similar to the one considered in *Caisse populaire, supra*.

Before proceeding with the analysis of this clause as such, however, it may be worth taking a comparative look at the interpretation in other jurisdictions of clauses similarly worded to see whether the nullity *ab initio* of the insurance contract, as a consequence of misrepresentations by the hypothecary debtor, can be invoked against the hypothecary creditor.

A. Comparative Analysis

The hypothecary (mortgage) clause at issue here is in fact derived from clauses of the same type developed in the State of New York in the 1860s. This clause became widely used over the years throughout the United States and in Canada. Although known in France, it is seldom used there.

PRÉSENTATION DES DEMANDES D'INDEMNITÉ

En cas d'absence ou incapacité de l'Assuré, ou s'il refuse ou néglige de présenter les déclarations de sinistre ou formulaires de demande d'indemnité exigées par le contrat, ces déclarations peuvent être faites par les créanciers hypothécaires dès qu'ils sont au courant des sinistres, les formulaires de demande devant dès lors être produits par eux dans les meilleurs délais.

CESSATION

Les effets de la présente clause prennent fin en même temps que le contrat, sous réserve des droits de résiliation dont l'Assureur peut se prévaloir aux termes de ce dernier, et à charge pour l'Assureur de se conformer aux dispositions des articles 2567 et 2568 du Code civil de la province de Québec, et de donner aux créanciers hypothécaires, par courrier recommandé, préavis de quinze jours de toute résiliation ou modification pouvant leur causer préjudice.

SAISIE

Si les créanciers hypothécaires ou leurs ayants droit acquièrent, par saisie ou autrement, les titres ou les droits de propriété des biens assurés, ils ont droit dès lors au bénéfice de la présente assurance tant qu'elle demeure en vigueur.

Aux conditions ci-dessus (lesquelles doivent par ailleurs prévaloir en ce qui concerne les intérêts des créanciers hypothécaires contre toutes celles du contrat entrant en conflit avec elles), les sinistres sont payables directement aux créanciers hypothécaires ou à leurs ayants droit. [Je souligne.]

Cette clause se rapproche grandement de la formulation de celle étudiée dans le pourvoi *Caisse populaire*, précité.

Avant toutefois de procéder à l'analyse comme telle de cette clause, il peut être utile de jeter un coup d'œil comparatiste sur l'interprétation dans d'autres juridictions de clauses dont le texte se rapproche de celui ici en cause, en ce qui concerne l'opposabilité au créancier hypothécaire de la nullité *ab initio* du contrat d'assurance en raison des fausses représentations du débiteur hypothécaire.

i A. Analyse comparée

La clause hypothécaire dont il est ici question, est en effet dérivée des clauses du même type développées dans l'État de New York au cours des années 1860. Cette clause s'est répandue au fil des ans dans l'ensemble des États-Unis, de même qu'au Canada, alors que si elle est connue en France, elle y est peu usitée.

(i) *France*

The writers Picard and Besson in their classic treatise give an example of a hypothecary (mortgage) clause under which, according to them, the nullity *ab initio* of the insurance contract as a consequence of misrepresentation by the hypothecary debtor could not be invoked against the hypothecary creditor:

[TRANSLATION] This clause—known as the standard hypothecary or mortgage clause—has been in widespread use in America since the late 19th century. It is however quite rare in French practice. The guarantee it provides creditors of course varies according to the policy. The following is an example of the standard hypothecary clause:

“At the request of the insured, the Company agrees not to take advantage of (but only as to hypothecary creditors registered against the immovable pursuant to a deed recorded by Mr. X, a notary) the failure to make the declarations prescribed by the general conditions of the policy, but only to the extent that their debts fall in the correct order on the indemnity to which the insured would have been entitled if his position had been in order.”

With a clause of this kind, hypothecary creditors whose names are given to the insurer cannot be affected by nullities or disqualifications incurred by the insured, in particular as the result of an incorrect declaration of risk, even if they knew of such irregularities before the loss. [Emphasis added.]

(*Traité général des assurances terrestres en droit français*, vol. 2, *Assurances de dommages—Règles générales* (1940), at pp. 471-73.)

This clause is clearly specific and provides that an inaccurate initial statement of risk will not invalidate the hypothecary creditor's right to indemnification. It is interesting to note that it was thought necessary to use a very specific formula so as to cover nullity of the contract resulting from the absence of consent by one of the parties. The hypothecary (mortgage) clause at issue here is different and contains no specific mention of an “incorrect declaration of risk”.

(ii) *United States*

The mortgage clause used in insurance policies in the United States usually reads as follows, with

(i) *France*

Les auteurs Picard et Besson donnent dans leur traité classique un exemple de clause hypothécaire en vertu de laquelle, selon eux, la nullité *ab initio* du contrat d'assurance suite aux fausses représentations du débiteur hypothécaire serait inopposable au créancier hypothécaire:

Cette clause—dite clause hypothécaire type—est usitée couramment en Amérique depuis la fin du XIX^e siècle. Elle est au contraire assez rare dans la pratique française. La garantie qu'elle confère aux créanciers varie évidemment suivant les polices. Voici un exemple de clause hypothécaire type:

«Sur la demande de l'assuré, la Compagnie consent à ne pas se prévaloir, mais au regard seulement des créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble suivant acte reçu par M^e X . . . , notaire, de l'omission des déclarations prescrites par les conditions générales de la police, mais dans la mesure seulement où leurs créances viendraient en ordre utile sur l'indemnité à laquelle l'assuré aurait pu prétendre si sa situation avait été régulière. . . »

Avec une clause de ce genre, les créanciers hypothécaires nominativement désignés à l'assureur ne peuvent pas se voir opposer les nullités ou déchéances encourues par l'assuré, spécialement en raison d'une déclaration irrégulière du risque, même s'ils ont eu connaissance avant le sinistre de ces irrégularités. [Je souligne.]

(*Traité général des assurances terrestres en droit français*, t. 2, *Assurances de dommages—Règles générales* (1940), aux pp. 471 à 473.)

Cette clause est évidemment spécifique et prévoit que la déclaration initiale inexacte du risque n'invalidera pas le droit du créancier hypothécaire à l'indemnisation. Il est intéressant de noter que, dans ce cas, on a jugé nécessaire d'utiliser une formulation très spécifique afin de couvrir la nullité du contrat en raison de l'absence de consentement de l'une des parties. La clause hypothécaire ici en cause est différente et ne contient pas de mention spécifique à une «déclaration irrégulière du risque».

(ii) *États-Unis*

La clause hypothécaire utilisée dans les polices d'assurance aux États-Unis se lit habituellement

regard to waiver of the right to raise the mortgagor's actions against the mortgagee:

It is hereby specially agreed that this insurance, as to the interest of the mortgagee only therein, shall not be invalidated by any act or neglect of the mortgagor or owner of the property insured, nor by the occupation of the premises for purposes more hazardous than are permitted by this policy. [Emphasis added.]

Unlike the case of the existence of a second separate contract in the same policy containing a hypothecary (mortgage) clause, discussed in *Caisse populaire*, the specific question of whether the nullity *ab initio* of an insurance contract because of the mortgagor's misrepresentations can be invoked against the mortgagee has not been dealt with by the U.S. Supreme Court. The plethora of judgments in various states on this point does however disclose two trends: the majority of the decisions hold that such nullity cannot be invoked against the mortgagee, and the minority hold that it can.

The first judgment of the majority view is probably the decision by the New York Court of Appeal in *Hastings v. Westchester Fire Insurance Co.*, 73 N.Y. 141 (1878). In that case, the mortgagor had bought such insurance. One of the conditions was that any other insurance was to be disclosed to the insurer. The mortgagor, however did not reveal that he had other insurance. The mortgagor's wrongful act thus occurred at the very time the policy was bought. The New York Court of Appeal found this policy to be null and void with respect to the mortgagor, but rejected the insurer's defence that this nullity extended to the mortgage clause. In his judgment Rapallo J. found that there were two separate insurance contracts in the policy and went on to say (at p. 153):

To hold otherwise would, I think, defeat the purpose intended, and deprive the mortgagees of the protection upon which they had a right to rely. Although the clause might be construed so as to exempt the mortgagees from the consequences only of acts of the owners done after the making of the agreement, I do not think, in view of

comme suit, en ce qui concerne la renonciation à opposer au créancier hypothécaire les agissements du débiteur hypothécaire:

[TRADUCTION] Il est particulièrement convenu que la présente assurance, en ce qui a trait à l'intérêt du créancier hypothécaire seulement, ne doit pas être annulée par un acte ou une négligence du débiteur hypothécaire ou du propriétaire du bien assuré, ni par l'affectation des lieux à des fins plus dangereuses que celles déclarées. [Je souligne.]

Contrairement à ce qu'il en était de l'existence d'un second contrat distinct dans une même police contenant une clause hypothécaire, discutée dans le pourvoi *Caisse populaire*, le problème précis de l'opposabilité au créancier hypothécaire de la nullité *ab initio* du contrat d'assurance en raison des fausses représentations du débiteur hypothécaire n'a pas fait l'objet d'arrêts de la Cour suprême des États-Unis. On peut, par ailleurs, discerner parmi la pléthore d'arrêts de divers états concernant cette question, deux courants divergents: l'un, majoritaire, déclarant telle nullité inopposable au créancier hypothécaire, et l'autre, minoritaire, autorisant au contraire l'opposabilité.

Le premier arrêt du courant majoritaire est probablement la décision de la Cour d'appel de New York *Hastings v. Westchester Fire Insurance Co.*, 73 N.Y. 141 (1878). Le débiteur hypothécaire avait dans cette affaire souscrit l'assurance en question, dont l'une des conditions était que toute autre assurance devait être déclarée à l'assureur, sans révéler qu'il possédait en fait une autre assurance. La faute du débiteur hypothécaire se situait donc au moment même de la souscription de la police. La Cour d'appel de New York a déclaré cette police nulle quant au débiteur hypothécaire, mais a rejeté la défense de l'assureur selon laquelle cette nullité entraînait celle de la clause hypothécaire. Dans son jugement, le juge Rapallo constate la présence de deux contrats d'assurance distincts dans la police et ajoute (à la p. 153):

[TRADUCTION] Toute autre conclusion aurait, à mon avis, pour effet de contrecarrer l'objet voulu et de priver les créanciers hypothécaires de la protection sur laquelle ils ont le droit de se fonder. Bien que la clause puisse être interprétée de manière à exclure les créanciers hypothécaires seulement à l'égard des conséquences des

its apparent purpose, that any such distinction was intended. [Emphasis added.]

This case was followed by a long line of decisions by other courts, in which the refusal to allow the nullity *ab initio* of the insurance contract to be invoked against the mortgagee was justified either by referring to the intent of the parties or by interpreting the mortgage clause as a sufficiently express waiver by the insurer of its right to invoke the nullity: *Syndicate Ins. Co. v. Bohn*, 65 F. 165 (8th Cir. 1894); *Reed v. Firemen's Insurance Co. of Newark*, 35 L.R.A. (N.S.) 343 (N.J. 1911); *Federal Land Bank of Columbia v. Atlas Assur. Co.*, 125 S.E. 631 (N.C. 1924); *Collins v. Michigan Commercial Underwriters*, 6 Tenn. App. 528 (1928); *Fayetteville Building & Loan Ass'n v. Mutual Fire Ins. Co. of West Virginia*, 141 S.E. 634 (W. Va. 1928); *National Union Fire Ins. Co. v. Short*, 32 F.2d 631 (6th Cir. 1929); *Stockton v. Atlantic Fire Ins. Co.*, 175 S.E. 695 (N.C. 1934); *National Fire Ins. Co. of Hartford, Conn. v. Dallas Joint Stock Land Bank of Dallas*, 50 P.2d 326 (Okla. 1935); *Western Assur. Co. v. Hughes*, 66 P.2d 1056 (Okla. 1937); *Great American Insurance Co. of New York v. Southwestern Finance Co.*, 297 P.2d 403 (Okla. 1956); *Northwestern National Insurance Co. v. Mildenerger*, 359 S.W.2d 380 (Mo. Ct. App. 1962); *Equality Savings and Loan Association v. Missouri Property Insurance Placement Facility*, 537 S.W.2d 440 (Mo. Ct. App. 1976); *Meade v. North Country Co-Operative Insurance Co.*, 487 N.Y.S.2d 983 (Sup. Ct. 1985).

Despite these precedents, another line of authority, though less weighty, has taken the contrary view and denied the mortgagee the right to be indemnified where there have been misrepresentations by the mortgagor prior to or at the time the policy was bought, resulting in its nullity *ab initio*. A specific example of this approach is found in *Hanover Fire Ins. Co. v. National Exchange Bank*, 34 S.W. 333 (Tex. Civ. App. 1896). In that case the insurance policy was vitiated *ab initio* because of a fraud committed when it was purchased. The trial court, in conformity with *Hastings*, held that the mortgagee had the right to be indemnified

actes des propriétaires accomplis après la conclusion de l'entente, je ne suis pas d'avis, compte tenu de son objet apparent, qu'une telle distinction était voulue. [Je souligne.]

^a Cet arrêt fut suivi par une longue lignée de décisions de divers tribunaux, où l'on justifie l'inopposabilité au créancier hypothécaire de la nullité *ab initio* du contrat d'assurance soit en s'en remettant à l'intention des parties, soit en interprétant la clause hypothécaire comme une renonciation suffisamment explicite de la part de l'assureur à invoquer la nullité: *Syndicate Ins. Co. v. Bohn*, 65 F. 165 (8th Cir. 1894); *Reed v. Firemen's Insurance Co. of Newark*, 35 L.R.A. (N.S.) 343 (N.J. 1911); *Federal Land Bank of Columbia v. Atlas Assur. Co.*, 125 S.E. 631 (N.C. 1924); *Collins v. Michigan Commercial Underwriters*, 6 Tenn. App. 528 (1928); *Fayetteville Building & Loan Ass'n v. Mutual Fire Ins. Co. of West Virginia*, 141 S.E. 634 (W. Va. 1928); *National Union Fire Ins. Co. v. Short*, 32 F.2d 631 (6th Cir. 1929); *Stockton v. Atlantic Fire Ins. Co.*, 175 S.E. 695 (N.C. 1934); *National Fire Ins. Co. of Hartford, Conn. v. Dallas Joint Stock Land Bank of Dallas*, 50 P.2d 326 (Okla. 1935); *Western Assur. Co. v. Hughes*, 66 P.2d 1056 (Okla. 1937); *Great American Insurance Co. of New York v. Southwestern Finance Co.*, 297 P.2d 403 (Okla. 1956); *Northwestern National Insurance Co. v. Mildenerger*, 359 S.W.2d 380 (Mo. Ct. App. 1962); *Equality Savings and Loan Association v. Missouri Property Insurance Placement Facility*, 537 S.W.2d 440 (Mo. Ct. App. 1976); *Meade v. North Country Co-Operative Insurance Co.*, 487 N.Y.S.2d 983 (Sup. Ct. 1985).

^h Malgré cette jurisprudence, un autre courant, moins important il est vrai, adopte l'interprétation contraire et refuse au créancier hypothécaire le droit d'être indemnisé face à de fausses représentations du débiteur hypothécaire avant ou lors de la souscription de la police entraînant sa nullité *ab initio*. On peut concrétiser ce courant dans l'arrêt *Hanover Fire Ins. Co. v. National Exchange Bank*, 34 S.W. 333 (Tex. Civ. App. 1896). Dans cette affaire, la police d'assurance était viciée *ab initio* en raison d'une fraude commise lors de sa souscription. Le tribunal de première instance, conformément à l'arrêt *Hastings*, a reconnu au créancier

under the “standard” mortgage clause. In allowing the appeal the Court of Appeal said (Lightfoot C.J. for the court, at p. 334):

The fraudulent concealment of a fact so material to the risk itself, which fact was expressly provided against on the face of the policy, and a knowledge of which would have stopped the issuance of the policy, prevented it from becoming a valid contract in favor of the assured, or the party for whose security it provided. The doctrine is well established in this state that A., for a consideration paid by him, may make a contract with B., for the benefit of C., and the latter will have a right of action to enforce it But, if the contract was obtained by a fraudulent device of A., the person for whose benefit he fraudulently obtained it can gain no higher right than A. held, and, if the contract is void as to him, it is void as to his beneficiary. [Emphasis added.]

The court thus interpreted the formation of the second contract as the performance of a contract of agency between the mortgagee and the mortgagor. It went on to expressly reject the applicability of *Hastings*, concluding that the mortgagee could not validly claim both the benefits of the agency and immunity from its disadvantages. The court accordingly concluded that, in a case of fraud at the very time the policy is purchased (at p. 335): “The contract, as a whole, in such a case, must stand or fall” (see to the same effect, *Graham v. Fireman's Insurance Co.*, 87 N.Y. 69 (1881); *Young Men's Lyceum of Tarrytown v. National Ben Franklin Fire Ins. Co. of Pittsburgh*, 163 N.Y.S. 226 (Sup. Ct., App. Div. 1917); *Imperial Building and Loan Ass'n v. Aetna Ins. Co.*, 166 S.E. 841 (W. Va. 1932).)

Since the case law is thus divided and there is no ruling by the U.S. Supreme Court on the point, and as the wording of the clause in question differs from that at issue in the present appeal in a crucial respect, the U.S. precedents are of limited assistance.

(iii) *Canada (common law)*

The courts in the common law jurisdictions of Canada, including this Court, have on various

hypothécaire le droit de se faire indemniser en vertu de la clause hypothécaire “standard”. La Cour d'appel accueille l'appel en ces termes (le juge en chef Lightfoot au nom de la cour, à la p. 334):

[TRADUCTION] La non-divulgateion frauduleuse d'un fait important relativement à l'appréciation du risque lui-même, fait qui était expressément prévu sur la police et dont la connaissance aurait arrêté la délivrance de la police, l'a empêché de devenir un contrat valide en faveur de l'assuré, ou de la partie à qui la garantie est accordée. La doctrine est bien établie dans cet État que A., pour une contrepartie qu'il paye, peut conclure un contrat avec B., à l'avantage de C., et ce dernier aura un droit d'action pour le faire exécuter. [. . .] Toutefois, si le contrat a été obtenu par un acte frauduleux de A., la personne pour le bénéfice de qui il l'a obtenu frauduleusement ne peut acquérir un droit supérieur à celui de A. et si le contrat est nul à son égard, il est nul à l'égard de son bénéficiaire. [Je souligne.]

Le tribunal interprète donc la formation du second contrat comme l'exécution d'un mandat entre le créancier et le débiteur hypothécaire. Il rejette explicitement par la suite l'applicabilité de l'arrêt *Hastings*, pour conclure que le créancier hypothécaire ne peut valablement prétendre à la fois jouir des avantages du mandat et être immunisé contre ses inconvénients. La cour en conclut que, dans un cas de fraude lors de la souscription elle-même de la police (à la p. 335): [TRADUCTION] «Dans un tel cas, le contrat doit être confirmé ou annulé dans son ensemble» (voir au même effet: *Graham v. Fireman's Insurance Co.*, 87 N.Y. 69 (1881); *Young Men's Lyceum of Tarrytown v. National Ben Franklin Fire Ins. Co. of Pittsburgh*, 163 N.Y.S. 226 (Sup. Ct., App. Div. 1917); *Imperial Building & Loan Ass'n v. Aetna Ins. Co.*, 166 S.E. 841 (W. Va. 1932).)

Face à cette jurisprudence divisée, à l'absence d'arrêt de la Cour suprême des États-Unis, et vu la clause dont le texte diffère de celle en jeu dans le présent pourvoi sur un élément critique, la jurisprudence américaine ne jette qu'un éclairage limité sur la question.

(iii) *Canada (common law)*

Les tribunaux des juridictions de common law du Canada, y compris notre Cour, se sont à quel-

occasions considered the question of whether the nullity *ab initio* of an insurance contract as the result of misrepresentations by the mortgagor when the contract was purchased can be invoked against the mortgagee.

In *Omnium Securities Co. v. Canada Fire and Mutual Insurance Co.* (1882), 1 O.R. 494, the Ontario Court of Queen's Bench rejected the solution put forward in the United States in *Hastings* four years earlier. Hagarty C.J. wrote (at pp. 496-97):

It seems to me that this provision only points to the future, and that insurers are not thereby debarred from setting up that the insurance had been effected by fraud.

I do not think they [the insurers] thereby guarantee to him [the mortgagee] that his mortgagor has committed no such fraud upon them in effecting the insurance—they do not warrant it to be an indisputable risk.

I repeat, I do not see how the insurers can be held to condone undiscovered fraud, or warrant the policy to be conclusively binding at the time of this bargain, any more than they could insist that the mortgagees warranted the validity of the mortgage as to title, value, &c., &c. [Emphasis added.]

The mortgage clause at issue in that case was similar in all respects to that used in the U.S. at the time. The judge accordingly rejected both the argument based on the apparent intent of the parties and the argument holding that, by giving the mortgagee the insurance contract found in the mortgage clause, the insurer had undertaken to guarantee the validity of the policy purchased by the mortgagor.

The same clause was involved in the judgment of this Court in *Liverpool and London and Globe Insurance Co. v. Agricultural Savings and Loan Co.* (1903), 33 S.C.R. 94. The policy was found to be void *ab initio*, and the Court held *per* Davies J., with whom the majority concurred, that this invalidity could be invoked against the mortgagee (at p. 110):

ques reprises penchés sur la question de l'opposabilité au créancier hypothécaire de la nullité *ab initio* du contrat d'assurance, suite aux fausses représentations du débiteur hypothécaire lors de la souscription.

Dans l'arrêt *Omnium Securities Co. v. Canada Fire and Mutual Insurance Co.* (1882), 1 O.R. 494, la Cour du Banc de la Reine de l'Ontario rejette la solution avancée quatre ans plus tôt aux États-Unis dans l'arrêt *Hastings*. Le juge en chef Hagarty écrit (aux pp. 496 et 497):

[TRANSDUCTION] Il me semble que cette disposition ne vise que l'avenir, et qu'il n'est par conséquent pas interdit aux assureurs d'établir que l'assurance a été souscrite au moyen de la fraude.

Je ne crois pas qu'ils [les assureurs] lui [le créancier hypothécaire] garantissent ainsi que son débiteur hypothécaire n'a pas commis une telle fraude à leur égard en obtenant l'assurance—they ne garantissent pas qu'il s'agit d'un risque incontestable.

Je le répète, je ne vois pas de quelle manière les assureurs peuvent être tenus de fermer les yeux sur une fraude dissimulée, ou de garantir que la police est définitivement obligatoire au moment de cette convention, pas plus qu'ils ne peuvent insister sur le fait que les créanciers hypothécaires ont garanti la validité de l'hypothèque quant à son type, à sa valeur, etc. [Je souligne.]

La clause hypothécaire en cause dans cette affaire était en tous points similaire à celle utilisée aux États-Unis à ce moment. Le juge rejette donc à la fois l'argument fondé sur l'intention apparente des parties et celui portant que, en présentant au créancier hypothécaire le contrat d'assurance contenu dans la clause hypothécaire, l'assureur se portait garant de la validité de la police souscrite par le débiteur hypothécaire.

Était en cause cette même clause dans l'arrêt de notre Cour, *Liverpool and London and Globe Insurance Co. v. Agricultural Savings and Loan Co.* (1903), 33 R.C.S. 94. La police avait été trouvée nulle *ab initio*, nullité qui fut considérée comme opposable au créancier hypothécaire par le juge Davies, auquel la majorité de la Cour se rallie (à la p. 110):

I have already stated that it is not necessary on this appeal for us to determine, and we do not determine, whether such a mortgage clause as was inserted in this policy gave the mortgagees such a beneficial right and interest or constituted such a direct contract between the mortgagees and the insurance company as would enable the former to sue in their own name alone and irrespective of [the mortgagor]. But we are all of the opinion that whether there was or was not such a direct contract, it did not cover or relate to the statements or omissions made by the applicant [the mortgagor], in his application for insurance and which were expressly made

the basis of the liability of the company, and a part and a condition of the insurance contract.

In our opinion the provision in the mortgage clause already quoted in words by me to the effect that

the insurance should not be invalidated by any act or neglect of the mortgagor or owner of the property insured, etc.

had reference to the subsequent acts or neglects of the mortgagor only and did not apply to his application for insurance or his statements or omissions therein. [Emphasis added.]

This interpretation was again recently adopted by the Ontario High Court in *Chenier v. Madill* (1973), 2 O.R. (2d) 361, where Galligan J., citing *Omnium Securities, supra*, noted (at p. 365):

It is clear that the mortgage clause provides only against future acts by the insured. It has no relation to misrepresentation or fraudulent omissions by the insured affecting the validity of the contract of insurance . . . Accordingly, if either of the defences of misrepresentation or fraudulent omission to disclose circumstances material to the risk succeed, the defendant [the insurer] would be justified in denying liability to the mortgagees. [Emphasis added.]

The judgment of the British Columbia Supreme Court in *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Dominion of Canada General Insurance Co.* (1987), 29 C.C.L.I. 313, is to the contrary. In a short oral decision on a motion, Huddart J. held that the fact the policy was void *ab initio* could not be invoked against the mortgagee (at p. 316):

[TRADUCTION] J'ai déjà dit qu'il n'était pas nécessaire dans le présent pourvoi de déterminer, et nous ne le faisons pas, si une telle clause hypothécaire qui a été inscrite dans la police accorde aux créanciers hypothécaires un tel droit et un tel intérêt à titre de bénéficiaires ou constitue un contrat direct entre les créanciers hypothécaires et la compagnie d'assurances qui permettrait à ceux-ci de poursuivre en leur propre nom seulement et sans tenir compte du [débiteur hypothécaire]. Toutefois, nous sommes tous d'avis, qu'il y ait ou non un tel contrat direct, qu'il ne visait pas les déclarations ou les omissions du requérant, [le débiteur hypothécaire], dans sa demande d'assurance et qui constituaient expressément

le fondement de la responsabilité de la société ainsi qu'une partie et une condition du contrat d'assurance.

À notre avis la disposition de la clause hypothécaire que j'ai déjà citée selon laquelle

l'assurance ne pouvait être invalidée par un acte ou une négligence du débiteur hypothécaire ou du propriétaire du bien assuré, etc.

visait la négligence ou les actes subséquents du débiteur hypothécaire seulement et ne s'appliquait pas à sa demande d'assurance ou aux déclarations ou omissions qu'elle contenait. [Je souligne.]

Cette interprétation fut adoptée encore récemment par la Haute Cour de l'Ontario dans *Chenier v. Madill* (1973), 2 O.R. (2d) 361, où le juge Galligan, citant la décision *Omnium Securities*, précitée, note (à la p. 365):

[TRADUCTION] Il est évident que la clause hypothécaire ne vise que les actes qu'accomplira l'assuré dans l'avenir. Elle n'a aucun rapport à l'égard des fausses représentations ou les omissions frauduleuses faites par l'assuré qui ont un effet sur la validité du contrat d'assurance. [. . .] En conséquence, s'il est fait droit à l'un ou l'autre des moyens de défense de fausses déclarations ou d'omissions frauduleuses de révéler des circonstances importantes relativement à l'appréciation du risque, le défendeur [l'assureur] serait justifié de nier sa responsabilité envers les créanciers hypothécaires. [Je souligne.]

Le jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Dominion of Canada General Insurance Co.* (1987), 29 C.C.L.I. 313 est à l'effet contraire. Le juge Huddart, dans une courte décision orale sur une requête, considère inopposable au créancier hypothécaire la nullité *ab initio* de la police (à la p. 316):

In my view, the only reasonable interpretation of the mortgage clause is that Mr. Dley suggests. By it the insurers are in effect entering into a separate contract with the mortgagee as an insured, a contract whose validity is independent of the acts or omissions of the owner.

Like the American precedents, most of the Canadian decisions on this point deal with hypothecary (mortgage) clauses whose wording is not in all respects identical to the one at issue here. In particular, they do not contain the words "omission or misrepresentation", which are present in the clause we are concerned with here. It is nonetheless interesting to note that these decisions almost unanimously hold that nullity *ab initio* resulting from misrepresentations by the hypothecary debtor at the time the insurance contract is purchased can be invoked against the hypothecary creditor.

This background does not dispense with the necessity of considering the wording of the hypothecary (mortgage) clause at issue in the present appeal so as to determine its true scope.

B. Analysis of the Words "Omission or Misrepresentation" in the Hypothecary (Mortgage) Clause: Wording and Context

The hypothecary (mortgage) clause in the insurance contract between the insurers and the hypothecary creditors is, as I have already mentioned, the standard formula approved by the Insurance Bureau of Canada, and is found in a great many insurance contracts throughout the country. The contract indeed contains both a French and an English version of this clause.

The crux of the problem is to define the exact meaning of the words "omission or misrepresentation" in subclause one of the hypothecary (mortgage) clause, by analysing first the words themselves and then their context.

(i) *Wording*

The appellants relied in particular on subclause one of the hypothecary (mortgage) clause, which states that "omission or misrepresentation" ("*déclarations*" in the French version) by the owner of the insured property cannot be invoked against the

[TRANSLATION] À mon avis, la seule interprétation raisonnable de la clause hypothécaire est celle que propose M. Dley. En vertu de celle-ci, les assureurs concluent en fait un contrat distinct avec le créancier hypothécaire à titre d'assuré, un contrat dont la validité ne tient pas compte des actes ou des omissions du propriétaire.

Tout comme la jurisprudence américaine, la grande partie des décisions canadiennes sur cette question porte sur des clauses hypothécaires dont le libellé n'est pas en tous points identique à celui ici en cause. En particulier on n'y retrouve pas le terme «déclarations» (en anglais «*omission or misrepresentation*»), présent dans le libellé de la clause en l'espèce. Il apparaît tout de même intéressant de noter que, presque unanimement, ces décisions déclarent opposable au créancier hypothécaire la nullité *ab initio* découlant des fausses représentations du débiteur hypothécaire au moment de la souscription du contrat d'assurance.

Cette toile de fond ne nous dispense cependant pas d'examiner le texte de la clause hypothécaire en cause dans le présent pourvoi afin d'en déterminer la portée véritable.

B. Analyse du terme «déclarations» à la clause hypothécaire: le texte et le contexte

La clause hypothécaire contenue au contrat d'assurance entre les assureurs et les créanciers hypothécaires est, comme je l'ai déjà mentionné, la formule type approuvée par le Bureau d'assurance du Canada, que l'on retrouve dans un grand nombre de contrats d'assurance dans tout le pays. Le contrat contient d'ailleurs à la fois une version française et une version anglaise de cette clause.

Le nœud du problème est de définir la signification précise du terme «déclarations» au premier paragraphe de la clause hypothécaire, au moyen d'une analyse, d'abord du terme lui-même et ensuite de son contexte.

(i) *Le texte*

Les appelants s'appuient particulièrement sur le premier paragraphe de la clause hypothécaire, qui déclare inopposables aux créanciers hypothécaires les «déclarations» (dans la version anglaise «*omission or misrepresentation*») du propriétaire des

hypothecary creditors. For the sake of convenience, I shall set out the French and English texts of the first paragraph of subclause one of the hypothecary (mortgage) clause:

VIOLATIONS DU CONTRAT

Ne sont pas opposables aux créanciers hypothécaires les actes, négligences ou déclarations des propriétaires, locataires ou occupants des biens assurés, notamment en ce qui concerne les transferts d'intérêts, la vacance ou l'inoccupation, ou l'affectation des lieux à des fins plus dangereuses que celles déclarées.

BREACH OF CONDITIONS BY MORTGAGOR, OWNER OR OCCUPANT

This insurance and every documented renewal thereof—AS TO THE INTEREST OF THE MORTGAGEE ONLY THEREIN—is and shall be in force notwithstanding any act, neglect, omission or misrepresentation attributable to the mortgagor, owner or occupant of the property insured, including transfer of interest, any vacancy or non-occupancy, or the occupation of the property for purposes more hazardous than specified in the description of the risk. [Emphasis added.]

The appellants first contended that the term “omission or misrepresentation” can only apply to omissions or misrepresentations by the policyholder at the time the policy is purchased. With respect, it is not clear that this term has such a wide meaning here. If this term can in fact be applied to the initial declaration of the risk (arts. 2485 and 2486 C.C.L.C. and condition 1 of the insurance contract), it can equally apply to other situations: the owner (or tenant or occupant) of the insured property has an obligation to notify the insurer of any aggravation of risk (art. 2566 C.C.L.C.), as well as any loss affecting that property (arts. 2572 and 2573 C.C.L.C.). In particular, that part of the *Civil Code of Lower Canada* dealing with notification of loss is titled “Of the notification of loss”. Further, the clause does not mention the concept of “concealment”, the word used in art. 2487 C.C.L.C. in connection with the concealment of information at the time of purchase, which is one of the actions alleged against the hypothecary debtor in the present case. Accordingly, the words “omission or misrepresentation” by themselves are ambiguous. In view of this vague wording, it is necessary to examine the context in which the words “omission or misre-

biens assurés. Pour des considérations pratiques, je reproduis ci-dessous les textes français et anglais du premier alinéa du premier paragraphe de la clause hypothécaire:

^a VIOLATIONS DU CONTRAT

Ne sont pas opposables aux créanciers hypothécaires les actes, négligences ou déclarations des propriétaires, locataires ou occupants des biens assurés, notamment en ce qui concerne les transferts d'intérêts, la vacance ou l'inoccupation, ou l'affectation des lieux à des fins plus dangereuses que celles déclarées.

^b BREACH OF CONDITIONS BY MORTGAGOR, OWNER OR OCCUPANT

^c This insurance and every documented renewal thereof—AS TO THE INTEREST OF THE MORTGAGEE ONLY THEREIN—is and shall be in force notwithstanding any act, neglect, omission or misrepresentation attributable to the mortgagor, owner or occupant of the property insured, including transfer of interest, any vacancy or non-occupancy, or the occupation of the property for purposes more hazardous than specified in the description of the risk. [Je souligne.]

^d Les appelants avancent d'abord que le terme «déclarations» ne peut que viser les déclarations du preneur de la police au moment de la souscription. Avec égard, il n'est pas évident que ce terme ait une portée aussi large à cet égard. En effet, si ce terme peut effectivement s'appliquer à la déclaration initiale du risque (art. 2485 et 2486 C.c.B.-C. et condition 1 du contrat d'assurance), il peut tout aussi bien avoir trait à d'autres instances: le propriétaire (ou locataire ou occupant) des biens assurés a l'obligation de déclarer à l'assureur toute aggravation du risque (art. 2566 C.c.B.-C.), ainsi que tout sinistre affectant ces biens (art. 2572 et 2573 C.c.B.-C.). En particulier, dans le cas de la ^e déclaration de sinistre, la partie du *Code civil du Bas-Canada* qui en traite s'intitule «De la déclaration de sinistre». De plus, la clause ne fait pas ^f mention de la notion de «réticence», terme utilisé à l'art. 2487 C.c.B.-C. en rapport avec la dissimulation d'information lors de la souscription, soit l'un des comportements reprochés au débiteur hypothécaire en l'espèce. Ainsi, le simple terme «déclarations» en soi ne saurait en définir nettement la portée. Face à ce terme imprécis, il est nécessaire ^g d'examiner le contexte dans lequel s'insère le mot «déclarations», afin d'en préciser la signification au ^h

presentation” occur, so as to determine the meaning by an analysis of the other provisions of the insurance contract.

(ii) *Context*

The appellants base an argument on the use, in the English text of the hypothecary (mortgage) clause, of the present and future tenses of the verb “to be” (“is and shall be in force”), and conclude that the insurance contract is stated to be valid at the time it is purchased. In the appellants’ submission, this immediate validation, concurrent with the formation of the insurance contract, is specifically designed to cover any misrepresentation by the policyholder. This argument is somewhat circular, however, since the policy could only be confirmed if it already exists. Thus, the present tense in the contract would apply to actions occurring at the time of formation, which are therefore subsequent to the purchase, preceding formation of the contract. This argument therefore does not appear to have the weight given to it by the appellants.

The wording of the first paragraph of the hypothecary (mortgage) clause contains a list of acts that will not affect the rights of hypothecary creditors. While this list is not in any way exhaustive, as indicated by the adverb “including”, it indicates the type of acts the parties intended to include in the expression “act, neglect, omission or misrepresentation”. All the items contained in this list (“transfer of interest, any vacancy or non-occupancy, or the occupation of the property for purposes more hazardous than specified in the description of the risk”) can only take place after the policy has been purchased. As we know, in accordance with the rule of interpretation *noscitur a sociis* and its particular application, the *ejusdem generis* rule, the generality of a term can be limited by a series of more specific terms which precede or follow it. Professor Côté writes in this regard (*The Interpretation of Legislation in Canada* (1984), at p. 242):

Noscitur a sociis helpfully draws attention to the fact that a statute’s context can indicate a meaning far more restrictive than that found in the dictionary.

moyen d’une exégèse des autres dispositions du contrat d’assurance.

a (ii) *Le contexte*

Les appellants tirent un argument de l’utilisation, dans le texte anglais de la clause hypothécaire, des temps présent et futur du verbe «être» (*«is and shall be in force»*), pour conclure que le contrat d’assurance est déclaré valide au moment même de la souscription. Selon les appellants, cette validation immédiate et concurrente à la formation du contrat d’assurance a pour objet spécifique de couvrir toute fausse déclaration de la part du preneur de la police. Cet argument est toutefois quelque peu circulaire, puisque la police ne saurait être confirmée que si elle est déjà en existence. Ainsi, le temps présent dans le contrat viserait des agissements simultanés à sa formation, donc ultérieurs à la souscription qui précède la formation du contrat. Cet argument ne paraît donc pas avoir le poids que lui accordent les appellants.

On trouve au texte du premier paragraphe de la clause hypothécaire une énumération de faits qui ne porteront pas atteinte aux droits des créanciers hypothécaires. Si cette énumération n’est en rien exhaustive, comme le souligne l’adverbe «notamment», elle indique par ailleurs le genre d’actes que les parties avaient l’intention d’inclure dans l’expression «les actes, négligences ou déclarations». Tous les éléments contenus à cette énumération («les transferts d’intérêts, la vacance ou l’inoccupation, ou l’affectation des lieux à des fins plus dangereuses que celles déclarées») ne peuvent prendre place qu’après la souscription de la police. On sait que, par application de la règle d’interprétation *noscitur a sociis* et de son application particulière, la règle *ejusdem generis*, la généralité d’un terme peut être restreinte par une suite de termes plus spécifiques qui le précèdent ou le suivent. Le professeur Côté écrit à ce sujet (*Interprétation des lois* (1982), à la p. 263):

La règle *noscitur a sociis* est utile dans la mesure où elle attire l’attention de l’interprète sur le fait qu’un mot peut avoir, en raison du contexte formel, un sens plus restreint que son «sens du dictionnaire».

Professor Côté further cites the following passage from *Renault v. Bell Asbestos Mines Ltd.*, [1980] C.A. 370, concerning the *ejusdem generis* rule (at p. 372 of that judgment, *per* Turgeon J.A. for the court):

[TRANSLATION] The *ejusdem generis* rule means that a generic or collective term that completes an enumeration of terms should be restricted to the same genus as those words, even though the generic or collective term may ordinarily have a much broader meaning.

He added the following caveat, however (at pp. 244-45):

Certain conditions must be satisfied for *ejusdem generis* to apply. According to some cases, the general expression must be preceded by several specific terms; otherwise there would be no *genus* permitting its restriction. But this condition is not universally respected, and its [*sic*] does not seem unreasonable to restrict the meaning of a broad expression even if it is preceded by only one specific term. Instead of *ejusdem generis*, the rule of *noscitur a sociis* could be invoked. Sometimes the courts have refused to apply *ejusdem generis* when a general term is preceded by only one specific term. However, such decisions have been based on ordinary principles of interpretation, and not simply on the fact that a single specific term preceded a general one.

A second condition for application of the rule, according to some authorities, is that the general term follow rather than precede the specific ones. But these cases do not eliminate the possibility of attenuating the meaning of generic terms with less general terms which follow. Even if strictly speaking *ejusdem generis* doesn't apply, the principle of contextual interpretation set forth by *noscitur a sociis* holds in any case.

As a third condition, the specific terms must have a significant common denominator to be considered within one given category. If this is lacking, *ejusdem generis* doesn't apply. [References omitted. Emphasis added.]

Le professeur Côté cite ce passage de l'arrêt *Renault c. Bell Asbestos Mines Ltd.*, [1980] C.A. 370, quant à la règle *ejusdem generis* (à la p. 372 de cet arrêt, par le juge Turgeon au nom de la cour):

La règle *ejusdem generis* signifie que le terme générique ou collectif qui complète une énumération se restreint à des choses de même genre que celles qui sont énumérées, même si, de par sa nature, ce terme générique ou collectif, cette expression générale, est susceptible d'embrasser beaucoup plus.

Il y apporte toutefois ce caveat (aux pp. 265 à 267):

Pour que la règle *ejusdem generis* proprement dite soit applicable, certaines conditions doivent être réunies. Premièrement, il faudrait, selon certains arrêts, que l'expression générale soit précédée de plusieurs termes spécifiques sinon il n'y aurait pas de *genus* dont on puisse s'autoriser pour limiter la portée de l'expression générale. Cette condition d'application n'est pas uniformément respectée et il y a lieu de croire que le sens d'une expression générale peut être restreint en raison d'un seul terme plus spécifique qui la précède: si ce n'est pas en vertu de la règle *ejusdem generis* proprement dite, on pourra alors sans doute invoquer la règle *noscitur a sociis*. Il est vrai que l'on peut trouver plusieurs arrêts où les tribunaux ont refusé d'appliquer la règle *ejusdem generis* au cas d'une expression générale précédée d'un seul terme spécifique. Dans ces cas, cependant, la décision se fonde sur les principes généraux d'interprétation et non simplement sur le fait qu'un seul terme spécifique précédait le terme général.

Comme seconde condition d'application de la règle, il faudrait, selon certains arrêts, que le terme général vienne à la suite des termes spécifiques et non qu'il les précède. Ces décisions ne doivent pas s'interpréter cependant comme écartant la possibilité qu'un terme général soit entendu dans un sens restreint en raison de termes moins généraux qui lui feraient suite: peut-être ne pourrait-on pas invoquer dans ce cas la règle *ejusdem generis* au sens strict, mais le principe général de l'interprétation contextuelle, tel qu'il est consacré dans la règle *noscitur a sociis* en particulier, serait néanmoins applicable.

Troisième condition d'application: il faut que les termes spécifiques aient en commun une caractéristique significative, qu'on puisse les considérer comme des espèces d'une catégorie de choses. Sans caractéristique commune, la règle *ejusdem generis* est inapplicable. [Références omises. Je souligne.]

The acts listed in the present case, as mentioned above, are a homogeneous group having as their common feature occurrence after the purchase of the contract. I adopt in this regard the reasoning of Beauregard J.A. in the Court of Appeal when he wrote (at p. 47):

[TRANSLATION] Despite the use of the adverb "including", by application of the "rule" of interpretation *noscitur a sociis* or the *ejusdem generis* rule, we must conclude that "any act, neglect, omission or misrepresentation attributable to the mortgagor, owner or occupant of the property insured" is an "act, neglect, omission or misrepresentation" which took place or was made after the policy was issued, just as "transfer of interest, any vacancy or non-occupancy or the occupation of the property for purposes more hazardous than specified".

According to this interpretation, the words "omission or misrepresentation" would thus apply only to omissions or misrepresentations subsequent to the formation of a valid insurance contract between the hypothecary creditor and the insurer.

This interpretation in my opinion is confirmed by the wording of the second paragraph of subclause one of the hypothecary (mortgage) clause, which provides that the hypothecary creditor shall be liable for increased premiums resulting from increases in the risk. In this connection one must differentiate between an increase in the risk and a different risk resulting from misrepresentations by the holder of the insurance. In the case of misrepresentations when the risk was initially declared, there is not necessarily an increase in the risk since the insurer may simply refuse to insure the risk. Additionally, when these misrepresentations that aggravate the risk are subsequently discovered, an additional premium may be due the insurer to reflect the risk actually insured. Coverage of a different risk, on the other hand, is not a situation contemplated by the second paragraph of subclause one of the hypothecary (mortgage) clause, which makes the hypothecary creditor liable for additional premiums that may be due on account of an increase in the risk, but which could not apply to a different risk. This is a further indication supporting the conclusion that only omissions or misrepresentations subsequent to pur-

En l'espèce, les faits énumérés à la suite du terme général, tel que mentionné plus haut, constituent un groupe homogène ayant comme trait commun leur postériorité à la souscription du contrat. À cet égard, j'adopte le raisonnement du juge Beauregard en Cour d'appel lorsqu'il écrit (à la p. 47):

Malgré l'utilisation de l'adverbe «notamment», il faut conclure en appliquant la «règle» d'interprétation *noscitur a sociis* ou la règle *ejusdem generis* que «les actes, négligences ou déclarations des propriétaires, locataires ou occupants des biens assurés» sont des «actes, négligences ou déclarations» qui ont lieu ou qui sont faits après l'établissement de la police comme «les transferts d'intérêts, la vacance ou l'inoccupation, ou l'affectation des lieux à des fins plus dangereuses que celles déclarées».

Selon cette interprétation, le mot «déclarations» ne viserait donc que les déclarations postérieures à la formation d'un contrat d'assurance valide entre le créancier hypothécaire et l'assureur.

Cette interprétation me semble confirmée par le texte du second alinéa du premier paragraphe de la clause hypothécaire, où il est prévu que le créancier hypothécaire sera tenu des surprimes résultant des aggravations du risque. On doit opposer à cet égard l'aggravation du risque au risque différent suite aux fausses représentations du preneur de l'assurance. Dans le cas de fausses représentations lors de la déclaration initiale du risque, il n'y a pas nécessairement aggravation du risque puisque l'assureur peut refuser d'assurer le risque tout simplement. Par ailleurs, lorsque ces fausses représentations, aggravant le risque, sont par la suite découvertes, une surprime pourrait être due à l'assureur afin de refléter le risque réellement assuré. La couverture d'un risque différent n'est cependant pas une situation visée par le second alinéa du premier paragraphe de la clause hypothécaire, qui rend le créancier hypothécaire responsable des surprimes exigibles en raison de l'aggravation du risque, mais qui ne saurait s'appliquer à un risque différent. Il s'agit là d'un indice supplémentaire venant renforcer la conclu-

chase are covered by the hypothecary (mortgage) clause.

The apparent generality of the words "omission or misrepresentation" is thus actually limited by what follows the first paragraph of subclause one of the hypothecary (mortgage) clause. This seems to indicate that the parties did not intend to cover the insurer's defect of consent resulting from misrepresentations by the hypothecary debtor when the insurance contract was taken out on behalf of the hypothecary creditors.

The word "any" in the English text, on which the trial judge relied, only qualifies the words "act, neglect" and it will differ in scope depending on the definition and scope of the words "act, neglect" in the English text, or "déclarations" in the French text, so that no conclusion can be drawn from this. If the "déclarations" or "act[s], neglect[s]" apply only to "déclarations" or "act[s]" subsequent to a valid contract, the word "any" cannot have the meaning given to it by the trial judge. Similarly, the words "is and shall be" seem to me to seal the fate of the meaning of the hypothecary (mortgage) clause only if it is assumed that the parties intended to guarantee insurance that is void *ab initio*, an intention which I do not impute to the parties.

The intent of the parties as indicated by the wording and context of the hypothecary (mortgage) clause seems to me to be all the clearer as the logic of the system requires that the mandator be bound by the misrepresentations of his mandatory, who himself has taken out a separate insurance policy with the insurers on behalf of the hypothecary creditors. In such a case, the second insurance contract thus entered into is in principle void *ab initio*. If that is the case, it seems to me that much more specific language than that in the hypothecary (mortgage) clause at issue would be needed to conclude that the parties intended to cover this nullity *ab initio*, as is the case in France for example.

Additionally, bearing in mind that Quebec insurance law is based on the [TRANSLATION] "genius of the French language" and [TRANSLA-

sion que seules les déclarations postérieures à la souscription sont visées par la clause hypothécaire.

La généralité apparente du terme «déclarations» se trouve donc en réalité restreinte par ce qui suit le premier alinéa du premier paragraphe de la clause hypothécaire. Ceci semble indiquer que les parties n'ont pas entendu couvrir le vice de consentement des assureurs causé par les fausses déclarations du débiteur hypothécaire lors de la souscription du contrat d'assurance au nom des créanciers hypothécaires.

Le terme «any» au texte anglais, sur lequel le juge de première instance s'est appuyé, n'est qu'un qualificatif des termes «act, neglect» et sa portée sera plus ou moins étendue dépendant de la définition et portée des termes «act, neglect» au texte anglais ou «déclarations» au texte français, de sorte qu'on ne saurait en tirer un argument décisif. En effet, si les «déclarations» ou les «act[s], neglect[s]» ne portent que sur les déclarations subséquentes ou «act[s]» postérieurs à un contrat valide, le terme «any» ne saurait avoir la portée que lui attribue le juge de première instance. De même, les mots «is and shall be» ne me paraissent sceller le sort de la portée de la clause hypothécaire que si on tient pour acquis que les parties ont entendu cautionner une assurance nulle *ab initio*, ce que je ne crois pas.

L'intention des parties, à partir de l'examen du texte et du contexte de la clause hypothécaire, me paraît d'autant plus claire que la logique du système veut que le mandant soit lié par les fausses représentations de son mandataire qui, lui, a souscrit la police d'assurance distincte avec les assureurs au nom des créanciers hypothécaires. Dans un tel cas, le deuxième contrat d'assurance ainsi intervenu est en principe nul *ab initio*. Si tel est le cas, il m'apparaît que des termes beaucoup plus spécifiques que ceux de la clause hypothécaire en question seraient nécessaires pour conclure que les parties ont entendu couvrir cette nullité *ab initio*, comme c'est le cas par exemple en France.

Par ailleurs, nous rappelant que le droit de l'assurance au Québec s'inspire du «génie de la langue française» et de la «pratique nord-améri-

TION] "North American practice" (Faribault, "Du papillon à la chrysalide ou l'étrange métamorphose de l'assurance de responsabilité" (1987), 55 *Assurances* 300, at p. 308) in accordance with the opinion of the codifiers (see *Caisse populaire*), it would be surprising if the standard hypothecary (mortgage) clause at issue here were to be given a different interpretation here, as it is purely a question of the application of the rules of interpretation of contracts in either system, rules which are very similar. A clause to the same effect, though worded differently, is in use throughout Canada and has been interpreted on numerous occasions in the common law provinces as denying mortgagees the protection of an insurance contract that is void *ab initio*. If the parties intended to circumvent these precedents, which are not recent, they could easily have adopted a wording specifically designed to do so. In this connection the simple addition of the words "déclarations" in French and "omission or misrepresentation" in English, without further qualification, was not intended in my opinion to make it impossible to invoke against the hypothecary creditor "déclarations" or "omission[s] or misrepresentation[s]" made when the policy was purchased. I would instead interpret this addition as being intended solely to cover a possible lacuna in the earlier hypothecary (mortgage) clause, the language of which might suggest that the hypothecary debtor's "omission[s] or misrepresentation[s]" during the life of the contract could be invoked against the hypothecary creditor. It must be remembered that in our legal system it is the intent of the parties that governs and it was thus open to the contracting parties to indicate clearly their common intention to cover nullity *ab initio* of the insurance contract toward the hypothecary creditor if they could legally do so. In view of the wording and context of the hypothecary (mortgage) clause, in my opinion, such an intent has not been established.

This result is also consistent with the unanimous jurisprudence of the Quebec Court of Appeal: *Duchesneau v. Great American Insurance Co.*, [1955] Que. Q.B. 120; *Madill v. Lirette*, *supra*; *Amin v. Cie d'assurance American Home*, [1989] R.R.A. 151; *Veilleux v. Victoria Insurance Co.*, [1989] R.J.Q. 1075. This result is also in accord

caine» (Faribault, «Du papillon à la chrysalide ou l'étrange métamorphose de l'assurance de responsabilité» (1987), 55 *Assurances* 300, à la p. 308) conformément d'ailleurs à l'opinion des codificateurs (voir *Caisse populaire*), il serait surprenant que la clause hypothécaire standard, ici en cause, puisse recevoir une interprétation différente ici, s'agissant purement de l'application de règles d'interprétation des contrats dans l'un ou l'autre système, règles qui se rapprochent grandement. Une telle clause, même si non textuellement similaire, est en usage partout au Canada, et a été interprétée massivement dans les provinces de common law jusqu'ici comme niant aux créanciers hypothécaires la protection du contrat d'assurance nul *ab initio*. Si l'intention des parties était de contrecarrer cette jurisprudence, qui n'est pas récente, elles auraient pu facilement adopter une formulation précise à cet égard. À cet égard, l'ajout des simples termes, non autrement qualifiés, «déclarations» en français et «omission or misrepresentation» en anglais, n'avait pas pour objet, à mon avis, de rendre inopposables au créancier hypothécaire les déclarations, «omission[s]» ou «misrepresentation[s]» lors de la souscription de la police. J'interpréterais plutôt cet ajout comme ayant pour unique but de combler une lacune possible dans la clause hypothécaire antérieure, dont les termes pouvaient laisser supposer que les déclarations du débiteur hypothécaire au cours de la vie du contrat étaient opposables au créancier hypothécaire. Il ne faut pas oublier que, dans notre droit, la volonté des parties fait loi et il était donc loisible aux contractants d'indiquer de façon claire leur commune intention de couvrir la nullité *ab initio* du contrat d'assurance envers le créancier hypothécaire si tant est qu'elles aient pu le faire légalement. Étant donné le texte et le contexte de la clause hypothécaire, j'estime que cette intention n'a pas été établie.

ⁱ Ce résultat est d'ailleurs conforme à celui auquel en arrive unanimement la jurisprudence de la Cour d'appel du Québec: *Duchesneau v. Great American Insurance Co.*, [1955] B.R. 120; *Madill c. Lirette*, précité; *Amin c. Cie d'assurance American Home*, [1989] R.R.A. 151; *Veilleux c. Victoria Insurance Co.*, [1989] R.J.Q. 1075. Ce résultat

with the presumption of good faith implicit in any contract (art. 1024 C.C.L.C.), according to which the insurance contract, like any other contract, was concluded. Assuming, as it was entitled to do, the good faith of its insured when the insurance contract was formed, the insurer could not have had any reservations regarding the second contract attached to it in favour of the insured's hypothecary creditor. It has to be asked whether, in the absence of such good faith on the part of the insured, the insurer would have assumed the risk towards the hypothecary creditor, a risk which it agreed to run precisely because of the assumed good faith of its insured. In other words, in practical terms I find it hard to understand how an insurer, knowing before issuing the policy of the facts not declared or misrepresented here by the insured, would have concluded an insurance contract with that insured. Moreover, this contract has been declared void *ab initio* for this reason. The second contract, attached to the one concluded between the hypothecary debtor and the insurer under the mandate conferred by the hypothecary creditor, would thus not have been made in those circumstances. The position of the hypothecary creditor is accordingly no different here from what it would have been there.

If the parties did intend the hypothecary creditor to benefit from the policy's protection, even in a case where the insurer would have refused to issue a policy to the hypothecary debtor, they were obviously free to agree to this, subject of course to the validity of such an agreement. However, it seems to me that such an agreement, the effect of which would be to negate, with respect to the hypothecary creditor, the provisions in the policy (and the provisions of the law) regarding the initial misrepresentations of the insured hypothecary debtor, must be written in clear and express language. In my opinion, the hypothecary (mortgage) clause at issue here does not meet these requirements.

Additionally, the obvious advantage for the insurer and insured as well as for the hypothecary creditor in covering the insured risk in a single policy instead of using two separate contracts does not seem to me to be threatened by the conclusions

est aussi en accord avec la présomption de bonne foi, implicite dans tout contrat (art. 1024 C.c.B.-C.), selon laquelle le contrat d'assurance, comme tout autre contrat, a été conclu. Présument, comme il en a le droit, de la bonne foi de son assuré lors de la formation du contrat d'assurance, l'assureur ne saurait entretenir de réserve quant au second contrat y greffé en faveur du créancier hypothécaire de l'assuré. Il y a lieu de se demander si, en l'absence de cette bonne foi de l'assuré, l'assureur aurait assumé le risque envers le créancier hypothécaire, risque que précisément il acceptait de courir en raison de la bonne foi présumée de son assuré. En d'autres termes, au plan pratique, j'ai peine à imaginer qu'un assureur, au courant avant l'émission de la police des faits non déclarés ou faussement représentés ici par l'assuré, aurait conclu un contrat d'assurance avec cet assuré. Ce contrat a d'ailleurs, pour cette raison, été déclaré nul *ab initio*. Le second contrat, greffé à celui intervenu entre le débiteur hypothécaire et l'assureur en vertu du mandat conféré par le créancier hypothécaire, ne serait donc pas intervenu dans ces circonstances. La situation du créancier hypothécaire n'est donc pas différente ici qu'elle ne l'aurait été là.

Certes, si les parties entendaient faire bénéficier le créancier hypothécaire de la protection de la police, même dans un cas où l'assureur aurait refusé d'émettre une police en faveur du débiteur hypothécaire, libre à elles d'en convenir sous réserve, évidemment, de la validité d'une telle convention. Il m'apparaît toutefois qu'une telle convention, qui aurait pour conséquence de mettre à néant vis-à-vis le créancier hypothécaire les stipulations de la police (et les dispositions de la loi) visant les fausses déclarations initiales du débiteur hypothécaire assuré, doit être rédigée en termes clairs et explicites. À mon avis, la clause hypothécaire ici en cause ne répond pas à ces impératifs.

Par ailleurs, l'avantage évident tant pour l'assureur et l'assuré que pour le créancier hypothécaire de couvrir le risque assuré par le biais d'une seule police au lieu de recourir à deux contrats séparés ne me paraît pas menacé par les conclusions aux-

at which I arrive. First, there is nothing to indicate that a second contract between the hypothecary creditor and the insurer could not have included restrictions regarding the initial statements by the insured so as to make the policy void *ab initio* with respect to protection of the hypothecary creditor. Second, the hypothecary (mortgage) clause attached to the policy issued to the hypothecary debtor retains its full value without any need to resort to the procedure of a second contract, so long as the parties expressly indicate the extent of the risk which the hypothecary (mortgage) clause is to cover.

Having found that the meaning of the hypothecary (mortgage) clause is free of ambiguity, it is not necessary to refer to the rule of interpretation contained in art. 2499 *C.C.L.C.*

Conclusion

I therefore conclude that the nullity *ab initio* of the insurance contract entered into by the appellants and the respondents, as a consequence of misrepresentations by the hypothecary debtor when this contract was purchased, is not covered by the wording of this clause. This conclusion, based on an analysis of the clause itself and its context, is in keeping with the majority interpretations given to various versions of the hypothecary (mortgage) clause by decisions of this Court and the Quebec Court of Appeal.

If, however, one had to conclude that the parties intended in the hypothecary (mortgage) clause that the insurers would waive their right to have the insurance contract invalidated *ab initio*, it would then be necessary to consider the validity of such a waiver (in this regard reference can be made, in particular, to Bouzat, "De la clause par laquelle une partie dans une convention s'engage à ne pas en demander la nullité" (1934), 54 *Rev. crit. lég. et jur.* 350). However, in view of the conclusion at which I have arrived it is not necessary to discuss this question here.

Accordingly, for all these reasons I would affirm the judgment of the Quebec Court of Appeal and dismiss the appeal, with costs throughout.

quelles j'en arrive. D'une part, rien ne permet d'affirmer, en effet, qu'un second contrat, entre le créancier hypothécaire et l'assureur celui-là, n'aurait pas comporté de restrictions relativement aux déclarations initiales de l'assuré de nature à rendre la police nulle *ab initio* en ce qui regarde la protection du créancier hypothécaire. D'autre part, la clause hypothécaire greffée à la police émise en faveur du débiteur hypothécaire conserve toute sa valeur sans nécessité de recourir au mécanisme d'un second contrat si tant est que les parties soient explicites quant à l'étendue du risque que la clause hypothécaire entend couvrir.

Ayant déterminé que la signification de la clause hypothécaire est dénuée d'ambiguïté, il n'est pas nécessaire de s'en remettre à la règle d'interprétation de l'art. 2499 *C.c.B.-C.*

Conclusion

Je conclus donc que la nullité *ab initio* du contrat d'assurance intervenu entre les appelants et les intimées, suite aux fausses représentations du débiteur hypothécaire lors de la souscription de ce contrat, n'est pas visée par le libellé de cette clause. Cette conclusion tirée de l'analyse de la clause elle-même et de son contexte s'harmonise avec les interprétations majoritaires données aux diverses versions de la clause hypothécaire par la jurisprudence de notre Cour et celle de la Cour d'appel du Québec.

Si toutefois on devait conclure, à l'opposé, que l'intention des parties était que les assureurs, par le biais de la clause hypothécaire, renoncent à demander la nullité *ab initio* du contrat d'assurance, il faudrait alors examiner la validité d'une telle renonciation (à ce sujet on peut consulter en particulier: Bouzat, «De la clause par laquelle une partie dans une convention s'engage à ne pas en demander la nullité» (1934), 54 *Rev. crit. lég. et jur.* 350). Cependant, vu la conclusion à laquelle j'en arrive, il n'est pas nécessaire de discuter ici de cette question.

En conséquence, pour tous ces motifs, je suis d'avis de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel du Québec et de rejeter le pourvoi, le tout avec dépens en toutes les cours.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ and GONTHIER J. dissenting.

Solicitors for the appellants: Mondor, Fournier, Montréal.

Solicitors for the respondents: Colas & Associés, Montréal.

Pourvoi accueilli, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et GONTHIER sont dissidents.

Procureurs des appelants: Mondor, Fournier, Montréal.

Procureurs des intimées: Colas & Associés, Montréal.

Timothy S. B. Danson *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: DANSON v. ONTARIO (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 20854.

1990: June 1; 1990: October 4.

Present: Lamer C.J.* and Wilson, Sopinka, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Charter litigation — Factual basis — Proceedings brought by way of application to enforce Charter rights — Application not supported by facts — Whether or not Charter action can be brought absent factual basis — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 15 — Constitution Act, 1867, s. 92(14) — Constitution Act, 1982, s. 52 — Rules of Civil Procedure, Rules 14.05(3)(h), 15.02(1), (3), 37.03(6), 57.07.

Courts — Jurisdiction — Mootness — Courts below considering issue in absence of factual situation — Fresh evidence adduced in Supreme Court of Canada — Whether the legal issue considered by the courts below rendered moot by the appellant's introduction of fresh evidence here.

Civil procedure — Commencement of proceedings — Application challenging constitutionality of Rules permitting assessment of costs against solicitors — Application made absent factual basis — Whether or not application can be brought absent factual basis — Rules of Civil Procedure, Rules 14.05(3)(h), 15.02(1), (3), 37.03(6), 57.07.

Rule 57.07 of Ontario's new *Rules of Civil Procedure* provided for the assessment of costs against solicitors personally in certain circumstances. Other rules to the same effect included Rules 37.03(6), 15.02(1) and (3). Appellant, an Ontario lawyer, sought to have these Rules declared to be of no force and effect as being beyond provincial competence. It was alleged that the Rules attacked the independence of the bar, exceeded the scope of s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867* and violated ss. 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights*

* Chief Justice at the time of judgment.

Timothy S. B. Danson *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

a RÉPERTORIÉ: DANSON c. ONTARIO (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 20854.

b 1990: 1^{er} juin; 1990: 4 octobre.

Présents: Le juge en chef Lamer* et les juges Wilson, Sopinka, Cory et McLachlin.

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

c *Droit constitutionnel — Charte des droits — Litige fondé sur la Charte — Contexte factuel — Procédure intentée par requête en exécution de droits reconnus par la Charte — Absence de faits à l'appui de la requête — Une action en vertu de la Charte peut-elle être intentée sans contexte factuel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 15 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(14) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Règles de procédure civile, règles 14.05(3)(h), 15.02(1), (3), 37.03(6), 57.07.*

Tribunaux — Compétence — Caractère théorique — Examen de la question par les tribunaux d'instance inférieure en l'absence de contexte factuel — Nouveaux éléments de preuve présentés à la Cour suprême du Canada — La question juridique examinée par les tribunaux d'instance inférieure est-elle devenue théorique parce que l'appelant a produit de nouveaux éléments de preuve?

Procédure civile — Introduction de l'instance — Requête contestant la constitutionnalité de règles autorisant la condamnation de procureurs aux dépens — Requête présentée en l'absence de contexte factuel — Une requête peut-elle être présentée en l'absence de contexte factuel? — Règles de procédure civile, règles 14.05(3)(h), 15.02(1), (3), 37.03(6), 57.07.

La règle 57.07 des nouvelles *Règles de procédure civile* de l'Ontario prévoit qu'en certaines circonstances le procureur peut être condamné personnellement aux dépens. Les règles 37.03(6) et 15.02(1) et (3) ont le même effet. L'appelant, un avocat de l'Ontario, a demandé que ces règles soient déclarées inopérantes parce qu'elles ne relèvent pas de la compétence provinciale. Il allègue que les règles portent atteinte à l'indépendance du barreau, s'étendent au-delà de la portée du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et violent

* Juge en chef à la date du jugement.

and Freedoms. Appellant brought an application in the Supreme Court of Ontario pursuant to Rule 14.05(3)(h), which allows a proceeding to be brought by application where it is unlikely that there would be any material facts in dispute. The application contained no supporting affidavit, and no facts were alleged. The Attorney General of Ontario brought a motion to quash the application. The motions judge dismissed the motion. He held that it properly fell within Rule 14.05(3)(h) and that, apart from Rule 14.05(3)(h), the court had inherent jurisdiction to determine the constitutionality of the impugned rules by application. An appeal was dismissed by the Divisional Court but was allowed by the Ontario Court of Appeal.

Appellant filed a notice of application for leave to appeal to this Court before its "new Rules" providing for documentary applications had come into effect. The application made no mention of a motion to adduce fresh evidence. The respondent submitted a factum and did not attend the oral hearing. After respondent's factum on the application for leave had been filed, the appellant filed a notice of motion to adduce fresh evidence in the appeal. This fresh evidence included the appellant's opinions concerning the role of counsel, the dynamics of courtroom advocacy, and the manner in which the impugned rules undermine the independence of the bar. Also included was evidence of specific instances in which particular counsel were threatened with the invocation of the impugned rules. The Court did not have the benefit of oral or written argument in opposition to the motion to adduce fresh evidence. The application for leave to appeal and the application to adduce fresh evidence were granted on the date of the oral hearing.

At issue here were: (1) whether the legal issue considered by the courts below (i.e., can this application be heard without reference to any factual situation and without any affidavit evidence) had been rendered moot by the appellant's introduction of fresh evidence in this Court; and (2) whether the appellant could bring an application pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982* and/or to Rule 14.05(3)(h) of the *Ontario Rules of Civil Procedure* to seek a declaration that Rules 57.07, 37.03(6) and 15.02(1) and (3) of the *Ontario Rules of Civil Procedure* are unconstitutional, if no facts are alleged by the applicant in support of the relief claimed.

Held: The appeal should be dismissed.

les art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'appelant a présenté une requête en Cour suprême de l'Ontario conformément à la règle 14.05(3)h, qui prévoit qu'une instance peut être intentée par requête lorsque la question n'est pas susceptible de donner lieu à une contestation des faits pertinents. La requête n'était appuyée d'aucun affidavit et aucun fait n'était allégué. Le procureur général de l'Ontario a présenté une motion en annulation de la requête. Le juge qui a entendu la motion l'a rejetée. Il a conclu qu'elle relevait de la règle 14.05(3)h et que, sous réserve de la règle 14.05(3)h, la cour avait le pouvoir inhérent de déterminer la constitutionnalité des règles contestées par requête. La Cour divisionnaire a rejeté l'appel mais la Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel de cette décision.

L'appelant a déposé un avis de requête en autorisation de pourvoi à notre Cour avant l'entrée en vigueur des «nouvelles règles» concernant la présentation par écrit de ces requêtes. L'avis ne mentionnait pas de requête en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve. L'intimée a produit un mémoire et n'a pas comparu à l'audience. Après le dépôt du mémoire de l'intimée relativement à la requête en autorisation de pourvoi, l'appelant a déposé un avis de requête en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve, comportant essentiellement des opinions de l'appelant sur le rôle de l'avocat, sur la dynamique de la plaidoirie devant le tribunal et sur la manière dont les règles contestées portent atteinte à l'indépendance du barreau ainsi que des exemples précis où on avait menacé des avocats d'invoquer les règles contestées. La Cour n'a pu bénéficier d'arguments oraux ou écrits en opposition à la requête en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve. La requête en autorisation de pourvoi et la requête en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve ont été accueillies le jour de l'audition.

Les questions en litige sont les suivantes: 1) la question de droit examinée par les juridictions inférieures (c.-à-d. la demande peut-elle être entendue en l'absence de tout contexte factuel et sans preuve par affidavit) est-elle devenue théorique en raison de la production par l'appelant de nouveaux éléments de preuve devant notre Cour? et 2) l'appelant peut-il présenter une demande en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou de la règle 14.05(3)h des *Règles de procédure civile* de l'Ontario pour obtenir un jugement déclaratoire portant que les règles 57.07, 37.03(6) et 15.02(1) et (3) des *Règles de procédure civile* de l'Ontario sont inconstitutionnelles si le requérant ne présente aucun fait à l'appui du redressement demandé?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

The appeal was not moot. A decision was required on the question of whether appellant's application under Rule 14.05(3)(h) could proceed without a factual underpinning. It would be highly unusual for this Court to accede to the submission that its own act of granting a motion to adduce fresh evidence in an appeal has rendered the appeal itself moot.

A proper factual foundation must exist before measuring legislation against the provisions of the *Charter*, particularly where the effects of impugned legislation are the subject of the attack. A distinction must be drawn between two categories of facts in constitutional litigation: "adjudicative facts" and "legislative facts". Adjudicative facts are those that concern the immediate parties. They are specific and must be proved by admissible evidence. Legislative facts are those that establish the purpose and background of legislation, including its social, economic and cultural context. Such facts are of a more general nature, and are subject to less stringent admissibility requirements.

The application, which seeks to attack the impugned rules on the basis of their alleged effects upon the legal profession in Ontario, should not be proceeded with because a *Charter* challenge based upon allegations of the unconstitutional effects of impugned legislation must be accompanied by admissible evidence of the alleged effects. It would be difficult if not impossible for a motions judge to assess the merits of the appellant's application under Rule 14.05(3)(h) without evidence of those effects by way of adjudicative facts and legislative facts. Appellant has the facts needed to bring his challenge, by way of application, to a conclusion on the merits if he so chooses. He need not prove that the impugned rules were applied against him personally as standing was not an issue; but he must present admissible evidence that the effects of the impugned rules violate provisions of the *Charter*.

Cases Cited

Applied: *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; referred to: *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59; *Re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110.

Le pourvoi n'est pas théorique. Il est nécessaire de déterminer si la requête de l'appelant en vertu de la règle 14.05(3)(h) peut être présentée sans contexte factuel. Il serait inusité de la part de la Cour d'accepter la prétention qu'un pourvoi est devenu théorique en raison de sa propre décision d'accueillir une requête en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve.

Un contexte factuel adéquat doit exister avant qu'on puisse examiner une loi en regard des dispositions de la *Charte*, surtout lorsque le litige porte sur les effets de la loi contestée. Une distinction doit être établie entre deux catégories de faits dans un litige constitutionnel: «les faits en litige» et «les faits législatifs». Les faits en litige sont ceux qui concernent directement les parties au litige. Ils sont précis et doivent être établis par des éléments de preuve recevables. Les faits législatifs sont ceux qui établissent l'objet et l'historique de la loi, y compris son contexte social, économique et culturel. Ces faits sont d'une nature plus générale et les conditions de leur recevabilité sont moins sévères.

La requête, qui vise à contester les règles pour le motif qu'elles portent atteinte à la profession juridique en Ontario, ne devrait pas être présentée parce qu'une contestation relative à la *Charte* fondée sur la prétention que les effets de la loi contestée sont inconstitutionnels doit être appuyée par une preuve recevable concernant les effets contestés. Il serait difficile sinon impossible au juge saisi de la motion d'apprécier le bien-fondé de la requête que l'appelant présente en vertu de la règle 14.05(3)(h) sans preuve de ces effets par l'apport de faits en litige et de faits législatifs. L'appelant dispose des faits nécessaires pour obtenir par requête, s'il le veut, une conclusion sur le bien-fondé de sa contestation. Il n'a pas à établir que les règles contestées ont été appliquées dans son cas personnel puisque la qualité pour agir n'est pas en litige; mais il doit présenter des éléments de preuve recevables montrant que les effets des règles contestées violent les dispositions de la *Charte*.

^h Jurisprudence

Arrêt appliqué: *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; **arrêts mentionnés:** *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Renvoi: Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110.

Statutes and Regulations Cited

Act to Amend the Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. 34 (3rd Supp.), s. 4.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 15.
Constitution Act, 1867, s. 92(14).
Constitution Act, 1982, s. 52.
Courts of Justice Act, 1984, S.O. 1984, c. 11.
Election Finances Act, S.M. 1982-83-84, c. 45.
Liquor Control Act, R.S.N.B. 1973, c. L-10.
Retail Business Holidays Act, R.S.O. 1980, c. 453.
Rules of Civil Procedure, O. Reg. 560/84, Rules 14.05(3)(h), 15.02(1), (3), 37.03(6), 57.07.
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/88-247, Rules 23, 32(1).
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26.

Authors Cited

Davis, Kenneth Culp. *Administrative Law Treatise*, vol. 2. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1958.
 Morgan. "Proof of Facts in Charter Litigation," in Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1987), 60 O.R. (2d) 676, allowing the Attorney General for Ontario's appeal from the decision of the Divisional Court (1986), 55 O.R. (2d) 1, upholding the dismissal of the motion to quash (1985), 51 O.R. (2d) 405. Appeal dismissed.

Morris Manning, Q.C., and *Theresa R. Simone*, for the appellant.

Blenus Wright, Q.C., and *Robert E. Charney*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—This appeal concerns the question of the appropriateness of seeking constitutional declarations by way of application, without alleging facts in support of the relief claimed.

The Facts

On January 1, 1985, new *Rules of Civil Procedure*, O. Reg. 560/84, came into force in the

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 15.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(14).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
^a *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, L.O. 1984, ch. 11.
Loi modifiant la Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. 34 (3^e suppl.), art. 4.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26.
^b *Loi sur la réglementation des alcools*, L.R.N.-B. 1973, ch. L-10.
Loi sur le financement des campagnes électorales, L.M. 1982-83-84, ch. 45.
Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail, L.R.O. 1980, ch. 453.
^c *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/88-247, règles 23, 32(1).
Règles de procédure civile, Règl. de l'Ont. 560/84, règles 14.05(3)h, 15.02(1), (3), 37.03(6), 57.07.

d Doctrine citée

Davis, Kenneth Culp. *Administrative Law Treatise*, vol. 2. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1958.
 Morgan. «Proof of Facts in Charter Litigation,» in Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1987), 60 O.R. (2d) 676, qui a accueilli l'appel interjeté par le procureur général de l'Ontario de la décision de la Cour divisionnaire (1986), 55 O.R. (2d) 1, confirmant le rejet de la motion en annulation (1985), 51 O.R. (2d) 405. Pourvoi rejeté.

Morris Manning, c.r., et *Theresa R. Simone*, pour l'appellant.

Blenus Wright, c.r., et *Robert E. Charney*, pour l'intimée.

^h Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA—Il s'agit en l'espèce de déterminer s'il est approprié de demander un jugement déclaratoire en matière constitutionnelle, par requête, sans alléguer de faits à l'appui de la réparation demandée.

Les faits

^j Le 1^{er} janvier 1985, les nouvelles *Règles de procédure civile*, Règl. de l'Ont. 560/84, adoptées

Province of Ontario, enacted pursuant to the *Courts of Justice Act, 1984*, S.O. 1984, c. 11. Among these rules is Rule 57.07, known colloquially among the Ontario Bar as the "Torquemada Rule". (Torquemada was the first grand inquisitor of the Spanish Inquisition whose name has become synonymous with cruelty.) The rule provides for the assessment of costs against solicitors personally in certain circumstances. Other rules to the same effect include Rules 37.03(6) and 15.02(1) and (3). Rule 57.07 provides as follows:

57.07 (1) Where a solicitor for a party has caused costs to be incurred without reasonable cause or to be wasted by undue delay, negligence or other default, the court may make an order,

- (a) disallowing costs between the solicitor and client or directing the solicitor to repay to the client money paid on account of costs;
- (b) directing the solicitor to reimburse the client for any costs that the client had been ordered to pay to any other party; and
- (c) requiring the solicitor personally to pay the costs of any party.

(2) An order under subrule (1) may be made by the court on its own initiative or on the motion of any party to the proceeding, but no such order shall be made unless the solicitor is given a reasonable opportunity to make representations to the court.

(3) The court may direct that notice of an order against a solicitor under subrule (1) be given to the client in the manner specified in the order.

The appellant is a barrister and solicitor, and a member of the Law Society of Upper Canada. On January 16, 1985, the appellant brought an application in the Supreme Court of Ontario pursuant to Rule 14.05(3)(h) of the *Rules of Civil Procedure* for a declaration that Rules 57.07, 37.03(6) and 15.02(1) and (3) are of no force or effect. Rule 14.05(3)(h) provides as follows:

14.05 ...

(3) A proceeding may be brought in the Supreme Court by application where these rules authorize the commencement of a proceeding by application or where the relief claimed is,

en application de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, L.O. 1984, ch. 11, sont entrées en vigueur en Ontario. Parmi ces règles se trouve la règle 57.07, surnommée au barreau de l'Ontario la «règle Torquemada». (Torquemada, dont le nom est devenu synonyme de cruauté, fut le premier grand inquisiteur de l'Inquisition espagnole.) La règle prévoit qu'en certaines circonstances le procureur peut être condamné personnellement aux dépens. Les règles 37.03(6) et 15.02(1) et (3) ont le même effet. La règle 57.07 prévoit:

57.07 (1) Si le procureur d'une partie a fait engager des dépens sans raison valable ou les a fait augmenter inutilement par des retards abusifs, par négligence ou par une autre omission, le tribunal peut, par ordonnance:

- a) lui refuser les dépens procureur-client ou lui enjoindre de rembourser son client des sommes que celui-ci lui a versées pour les dépens;
- b) lui enjoindre de rembourser son client des dépens que celui-ci est tenu de payer à une autre partie;
- c) lui enjoindre de payer personnellement les dépens d'une autre partie.

(2) L'ordonnance visée au paragraphe (1) peut être rendue par le tribunal, de son propre chef ou à la suite d'une motion d'une partie à l'instance; elle ne peut être rendue que si le procureur a eu une occasion raisonnable d'être entendu par le tribunal.

(3) Le tribunal peut prescrire que le client du procureur contre lequel une ordonnance est rendue en application du paragraphe (1) en soit avisé de la façon prévue par l'ordonnance.

L'appelant est avocat et membre de la Société du barreau du Haut-Canada. Le 16 janvier 1985, l'appelant a présenté une requête en Cour suprême de l'Ontario en vertu de la règle 14.05(3)(h) des *Règles de procédure civile* pour obtenir un jugement déclaratoire portant que les règles 57.07, 37.03(6) et 15.02(1) et (3) sont inopérantes. La règle 14.05(3)(h) prévoit:

14.05 ...

(3) Une instance peut être intentée par requête à la Cour suprême si les présentes règles l'autorisent ou si elle vise à obtenir une des mesures de redressement suivantes:

(h) in respect of any matter where it is unlikely that there will be any material facts in dispute. [Emphasis added.]

The application was stated to be based on the ground that the impugned rules are *ultra vires* the provincial legislature, owing to their alleged attack on the independence of the bar and their alleged extension beyond the power granted to the provincial legislature by s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*, and on the ground that the rules violate ss. 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The application contained no supporting affidavit, and no facts were alleged.

The Proceedings Below

Prior to the scheduled hearing date for the application, counsel for the Attorney General for Ontario brought a cross-motion to quash the application, on the grounds that there is no statute or rule, apart from Rule 14.05(3)(h), granting the court jurisdiction to determine the constitutionality of the impugned rules by application, and that the application did not comply with the requirements of Rule 14.05(3)(h). The motions judge, McRae J. ((1985), 51 O.R. (2d) 405), held that the application properly fell within Rule 14.05(3)(h) as there were, in his view, no material facts in dispute. McRae J. held further that, apart from Rule 14.05(3)(h), the court had inherent jurisdiction to determine the constitutionality of the impugned rules by application. The motion to quash the application was accordingly dismissed.

The Divisional Court ((1986), 55 O.R. (2d) 1), by a majority, dismissed the Attorney General's appeal from the dismissal of the motion to quash. Osler J. (Sirois J. concurring) held that the meaning of Rule 14.05(3)(h) was not that adjudicative facts must necessarily be present in an application under the rule, but that if there are such facts they must be undisputed. Osler J. held further that Rule 14.05(3)(h) had been properly invoked, and that there were no material facts in dispute within the meaning of the rule. Van Camp J., dissenting, took the view that to permit the applicant to proceed under Rule 14.05(3)(h) in the circumstances of this case would be to stretch the words of the rule beyond their clear meaning.

h) une mesure relative à une question qui n'est pas susceptible de donner lieu à une contestation des faits pertinents. [Je souligne.]

La requête était fondée sur les moyens suivants: les règles contestées sont *ultra vires* de la législature provinciale parce qu'elles portent atteinte à l'indépendance du barreau et parce que leur portée va au-delà du pouvoir conféré à la législature provinciale par le par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et ces règles portent atteinte aux art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La requête n'est appuyée d'aucun affidavit et aucun fait n'est allégué.

Les juridictions inférieures

Avant la date d'audition prévue pour la requête, l'avocat du procureur général de l'Ontario a présenté une motion incidente en annulation de la requête parce que, selon lui, aucune loi ni règle, sous réserve de la règle 14.05(3)h), ne conférerait compétence à la cour pour déterminer sur requête la constitutionnalité des règles contestées et parce que la requête en cause n'était pas conforme aux exigences de la règle 14.05(3)h). Le juge McRae a entendu la motion ((1985), 51 O.R. (2d) 405) et a conclu que la requête relevait à juste titre de la règle 14.05(3)h) parce qu'à son avis aucun fait pertinent n'était contesté. Le juge McRae a décidé en outre que, sous réserve de la règle 14.05(3)h), la cour avait le pouvoir inhérent de déterminer la constitutionnalité des règles contestées par requête. La motion en annulation de la requête a donc été rejetée.

La Cour divisionnaire ((1986), 55 O.R. (2d) 1), à la majorité, a rejeté l'appel interjeté par le procureur général par suite du rejet de la motion en annulation. Le juge Osler (avec l'appui du juge Sirois) a décidé qu'il n'était pas nécessaire au sens de la règle 14.05(3)h) qu'il existe des faits en litige, mais que, s'il existait des faits, ils ne devaient pas faire l'objet de contestation. Le juge Osler a décidé en outre que la règle 14.05(3)h) avait été invoquée à bon droit et qu'aucun fait pertinent n'était contesté au sens de la règle. Le juge Van Camp, dissidente, a exprimé l'avis que permettre au requérant de procéder en vertu de la règle 14.05(3)h), dans les circonstances de l'espèce, reviendrait à élargir la portée des termes clairs de la règle.

The Ontario Court of Appeal ((1987), 60 O.R. (2d) 676) allowed the Attorney General's appeal from the decision of the Divisional Court, and quashed the application. Finlayson J.A. stated that the motions judge had misconceived the Attorney General's motion to quash as an attack on the jurisdiction of a High Court judge to entertain a challenge to the rules, and as an attack on the standing of the present appellant to bring the application. Finlayson J.A. was of the view that the sole issue before the motions judge was whether Rule 14.05(3)(h) "... had been complied with so as to permit the applicant to proceed in the manner proposed by him" (at p. 680). Finlayson J.A. held that the application, as framed, could not be brought pursuant to Rule 14.05(3)(h). He referred to the general principle that constitutional cases require a factual underpinning, and pointed out that Rule 14.05(3)(h), at p. 680:

... assumes the adjudication of a real issue between parties where there is no dispute as to the material facts. If there are no facts then there must be agreement that there are no facts. That is not the case here and it is wrong to assume that "it is unlikely that there will be any material facts in dispute". If it was "unlikely" at one time, the position of the [Attorney General] makes it clear that it is not any more.

Finlayson J.A. listed a number of potential areas of factual dispute that would arise on the appellant's application, as follows, at pp. 683-84:

- (1) The facts supporting his standing to make the complaint.
- (2) How he is or could be affected by the rules in question.
- (3) Are we dealing solely with his perceptions of the effect of the rules, on the profession, or is this the view of the profession?
- (4) How his perceptions of the diminished role of the advocate, or that of anyone else, translate into a threat to the legal profession.
- (5) How his perceptions of the effect of the rules, or that of anyone else, adversely affect a client's rights.

La Cour d'appel de l'Ontario ((1987), 60 O.R. (2d) 676) a accueilli l'appel du procureur général contre la décision de la Cour divisionnaire et a annulé la requête. Le juge Finlayson a affirmé que le juge qui avait entendu la motion avait interprété à tort la motion en annulation du procureur général comme une contestation de la compétence d'un juge de la Haute Cour pour entendre une demande visant les règles et comme une contestation de la qualité du présent appelant pour présenter la requête. Le juge Finlayson était d'avis que la seule question que devait trancher le juge saisi de la motion était de savoir si la règle 14.05(3)(h) [TRANSDUCTION] «... avait été respectée de façon à permettre au requérant de procéder de la manière qu'il avait proposée» (à la p. 680). Le juge Finlayson a conclu que la requête, telle qu'elle était formulée, ne pouvait être présentée en application de la règle 14.05(3)(h). Il a mentionné le principe général selon lequel les affaires constitutionnelles exigent un contexte factuel et a souligné, à la p. 680, que la règle 14.05(3)(h):

[TRANSDUCTION] ... suppose l'existence d'une véritable question à trancher entre les parties lorsqu'aucun fait pertinent n'est contesté. S'il n'y a pas de faits, il faut que les parties conviennent qu'il n'y en a pas. Ce n'est pas le cas en l'espèce et il est incorrect de supposer que la question «n'est pas susceptible de donner lieu à une contestation des faits pertinents». S'il en était ainsi à un moment donné, la position du [procureur général] établit maintenant clairement le contraire.

Le juge Finlayson a formulé plusieurs questions pouvant donner lieu à contestation de faits dans le cadre de la requête de l'appelant, aux pp. 683 et 684:

[TRANSDUCTION]

- (1) Les faits donnant à l'appelant qualité pour présenter la demande?
- (2) En quoi est-il ou peut-il être visé par les règles en question?
- (3) S'agit-il seulement de sa perception de l'effet des règles sur les membres de la profession ou s'agit-il de l'opinion des membres de la profession?
- (4) De quelle manière le rôle réduit de l'avocat, tel que lui-même ou toute autre personne le perçoit devient-il une menace pour les membres de la profession juridique?
- (5) En quoi l'effet des règles tel que lui-même ou toute autre personne le perçoit, porte-t-il atteinte aux droits d'un client?

- (6) How this alleged threat to the legal profession offends a Charter protected right.
- (7) What factual underpinning is there for the assertion that the rules are “beyond the scope of s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*”?

- (6) En quoi cette menace, s'il en est, à la profession juridique porte-t-elle atteinte à un droit protégé par la *Charte*?
- (7) Existe-t-il un contexte factuel permettant d'affirmer que les règles «s'étendent au-delà de la portée du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*»?

In addition to making the precise nature of the application difficult to discern, Finlayson J.A. pointed out that the absence of a factual basis makes the Attorney General's task of defending the rules under s. 1 of the *Charter* (if the need should arise) all the more difficult. Finlayson J.A. was particularly concerned that “. . . the court might on this sketchy record, feel constrained to make some sweeping generality which would later appear unwise” (at p. 685). Thus the failure of a diffuse challenge could prejudice subsequent challenges to the impugned rules by parties with specific and factually established complaints.

Le juge Finlayson a souligné que, en plus de rendre difficile la définition précise de la nature de la requête, l'absence de contexte factuel rendrait encore plus difficile, le cas échéant, la défense des règles par le procureur général en vertu de l'article premier de la *Charte*. Le juge Finlayson était particulièrement préoccupé de ce que [TRADUCTION] «. . . la cour puisse, à partir d'un dossier aussi sommaire, se sentir obligée de faire des déclarations trop générales qui se révéleraient plus tard ne pas être sages» (à la p. 685). Ainsi, l'échec d'une contestation trop diffuse pourrait faire obstacle à des contestations ultérieures des règles en question, par certaines parties qui auraient des plaintes précises fondées sur des faits.

Krever and Tarnopolsky J.J.A. wrote separate judgments concurring in the conclusion arrived at by Finlayson J.A. Krever J.A. expressed the view that there could be cases in which a law could be challenged by application under Rule 14.05(3)(h). This would be so if the nature of an applicant's challenge to an impugned law were such that the supporting arguments were not dependent upon factual circumstances—as, for example, in a claim that the *Charter* prevents the assessment of costs against a solicitor under any circumstances whatever. Here, however, the claim related to the effects of the impugned rules on the legal profession in the event of judicial abuse of the rules, and these effects could not be assessed in the absence of facts.

Les juges Krever et Tarnopolsky ont rédigé des opinions distinctes mais souscrivent à la conclusion du juge Finlayson. Le juge Krever a exprimé l'avis qu'il pourrait y avoir des cas où une loi pourrait être contestée en vertu de la règle 14.05(3)h). Ce serait le cas si la nature des arguments invoqués par un requérant pour contester une loi ne dépendait pas de circonstances factuelles—comme, par exemple, si l'on prétendait que la *Charte* interdit dans toutes les circonstances qu'un procureur soit condamné aux dépens. Cependant, en l'espèce, la demande concernait les effets des règles contestées sur les membres de la profession juridique dans l'éventualité où le pouvoir judiciaire abuserait des règles et ces effets ne pouvaient être évalués en l'absence de faits.

Tarnopolsky J.A. agreed with both Finlayson and Krever J.J.A., and emphasized, at p. 688, that:

Le juge Tarnopolsky s'est dit d'accord avec les juges Finlayson et Krever, et a souligné, à la p. 688, que:

. . . because of the widespread effects of a successful constitutional challenge, especially where it would result in invalidation of parliamentary or delegated legislation, a court should not countenance such a challenge in the absence of an adequate factual underpinning.

[TRADUCTION] . . . en raison des larges répercussions qu'aurait une décision constitutionnelle favorable, surtout si elle avait pour effet d'invalider la législation parlementaire ou déléguée, un tribunal ne devrait pas accepter une telle contestation en l'absence d'un contexte factuel adéquat.

The Application for Leave to Appeal

It is necessary now to set out the chronology of events that led up to the granting of leave to appeal to this Court, because, as will shortly be seen, the granting of the appellant's motion to adduce fresh evidence has become an issue in the appeal itself.

The present appellant filed a notice of application for leave to appeal to this Court on April 5, 1988. In that notice of application there is no mention of a motion to adduce fresh evidence. On September 21, 1988, counsel for the respondent filed his factum on the application for leave, in which he submitted, at paragraph 1, as follows:

1. Although this matter was commenced prior to the new Rules on applications for leave to appeal, the Attorney General for Ontario, in the interest of saving time and costs is complying with the new Rules by submitting a factum and will not appear by counsel.

Counsel's reference to the "new Rules" is to the change in this Court's practice on applications for leave from a system of oral applications to a system of, in general, documentary applications. This change occurred on April 25, 1988 (twenty days after the notice of application for leave was filed in the present appeal), upon the proclamation into force (SI/88-87) of *An Act to Amend the Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. 34 (3rd Supp.), s. 4, which enacted a new s. 43 for the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26. (See also SOR/88-247, which promulgated a new Rule 23 for the *Rules of the Supreme Court of Canada*.)

Two days after the filing of the respondent's factum on the application for leave, on September 23, 1988, the appellant filed a notice of motion to adduce fresh evidence in the appeal, consisting of an affidavit of the appellant and numerous exhibits thereto. The content of the fresh evidence, in brief, includes the opinions of the appellant concerning the role of counsel, the dynamics of courtroom advocacy, and the manner in which the impugned rules undermine the independence of the bar. Also

La requête en autorisation de pourvoi

Il faut maintenant relater la chronologie des événements à l'origine de l'autorisation de pourvoi en notre Cour parce que, comme nous le verrons bientôt, la décision d'accueillir la requête de l'appelant de produire de nouveaux éléments de preuve est devenue une question dans le pourvoi lui-même.

Le 5 avril 1988, le présent appelant a déposé un avis de requête en autorisation de pourvoi à notre Cour. Cet avis ne fait pas mention d'une requête en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve. Le 21 septembre 1988, l'avocat de l'intimée a produit son mémoire relativement à la requête en autorisation de pourvoi dans lequel il prétend, au paragraphe 1, ce qui suit:

[TRADUCTION] 1. Bien que cette affaire ait été introduite avant l'entrée en vigueur des nouvelles règles en matière d'autorisation de pourvoi, le procureur général de l'Ontario, en vue d'économiser du temps et de l'argent, se conforme aux nouvelles règles en présentant un mémoire et ne comparaitra pas par avocat.

Par «nouvelles règles», l'avocat entend la modification des règles de pratique de notre Cour en matière de requêtes en autorisation de pourvoi qui ne font plus l'objet d'une audience mais, en général, sont présentées par écrit. Cette modification est entrée en vigueur le 25 avril 1988 (vingt jours après le dépôt en l'espèce de l'avis de requête en autorisation de pourvoi), à la suite de l'entrée en vigueur (TR/88-87) de l'art. 4 de la *Loi modifiant la Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. 34 (3^e suppl.), édictant un nouvel art. 43 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26. (Voir également DORS/88-247, qui promulgue la nouvelle règle 23 des *Règles de la Cour suprême du Canada*.)

Le 23 septembre 1988, deux jours après le dépôt du mémoire de l'intimée concernant la requête en autorisation de pourvoi, l'appelant a déposé un avis de requête en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve, c'est-à-dire un affidavit de l'appelant et plusieurs pièces à l'appui. Cette nouvelle preuve comporte essentiellement des opinions exprimées par l'appelant sur le rôle de l'avocat, sur la dynamique de la plaidoirie devant le tribunal et sur la manière dont les règles contestées portent

included is evidence of specific instances in which particular counsel were threatened with the invocation of the impugned rules by opposing counsel, and, in one incident, by a Master of the Supreme Court of Ontario.

The respondent filed no documents in response to the notice of motion to adduce fresh evidence. In accordance with the position expressed in the factum of September 21, 1988, the respondent did not appear by counsel at the oral hearing of the application for leave held on December 5, 1988, before a panel of this Court comprising McIntyre J., Lamer J. (as he then was), and Wilson, La Forest and Sopinka JJ. However, the change in the Court's practice does not apply when a motion to which Rule 23 does not apply is joined with an application for leave. A motion to adduce fresh evidence is such a motion. We did not, therefore, have the benefit of oral or written argument in opposition to the motion to adduce fresh evidence, and on the date of the oral hearing the application for leave to appeal and the motion to adduce fresh evidence were granted: [1988] 2 S.C.R. vi.

The Issues

The appeal book filed jointly by the parties contains what purports to be an order of Chief Justice Dickson, dated October 30, 1989, stating constitutional questions for the purposes of this appeal. The purported constitutional questions coincide with the issues as stated in the appellant's factum, in the following terms:

1. What kind of evidentiary base, if any, is required before a person can challenge the constitutional validity of government legislation under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*?
2. In bringing an application for declaratory relief pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, must the applicant establish adjudicative facts?
3. Are the decisions of this Honourable Court in *Singh v. Minister of Employment and Immigration, Oper-*

atteinte à l'indépendance du barreau. Elle comporte en outre des exemples précis où l'avocat de la partie adverse et, dans un cas, un protonotaire de la Cour suprême de l'Ontario ont menacé d'invoquer les règles contestées.

L'intimée n'a produit aucun document en réponse à l'avis de requête en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve. Conformément à la position exprimée dans le mémoire du 21 septembre 1988, l'intimée n'a pas comparu par avocat à l'audition de la requête en autorisation de pourvoi tenue le 5 décembre 1988 devant un banc de notre Cour composé des juges McIntyre, Lamer (aujourd'hui Juge en chef), Wilson, La Forest et Sopinka. Cependant, la modification apportée aux règles de pratique de la Cour n'entre pas en jeu lorsqu'une requête à l'égard de laquelle la règle 23 ne s'applique pas est jointe à une requête en autorisation de pourvoi. Une requête en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve en constitue un exemple. Nous n'avons donc pu bénéficier d'arguments oraux ou écrits en opposition à la requête en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve et, à la date d'audition, la requête en autorisation de pourvoi ainsi que la requête en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve ont été accueillies: [1988] 2 R.C.S vi.

Les questions

Le dossier conjoint produit par les parties contient ce qui semble être une ordonnance dans laquelle le juge en chef Dickson en date du 30 octobre 1989 formule des questions constitutionnelles aux fins du présent pourvoi. Ces questions constitutionnelles correspondent aux questions formulées dans le mémoire de l'appelant et se lisent ainsi:

[TRADUCTION]

1. Quel fondement factuel est nécessaire, le cas échéant, pour qu'un justiciable puisse contester la validité constitutionnelle d'une loi en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?
2. Dans une demande en vue d'obtenir un redressement de la nature d'un jugement déclaratoire en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le requérant doit-il établir des faits en litige?
3. Les arrêts *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, Operation Dismantle c. La Reine, R. c.*

ation Dismantle Inc. v. The Queen, R. v. Morgentaler and R. v. Big M Drug Mart Ltd. to be interpreted in such a way so as to obviate the necessity of leading adjudicative facts in applications under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*?

Inexplicably, the order was not taken out, and therefore in this appeal no constitutional questions were stated and no corresponding notices were served on the federal and provincial attorneys general under Rule 32 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*. It is irregular, to say the least, for this Court to be presented with an order that has not been made as part of the record in an appeal. In the circumstances, however, this error is inconsequential. In their written and oral submissions, the parties did not refer to the order; and since the issues raised by the appellant in this appeal do not attack the constitutional validity, or urge the inoperability, of a federal or provincial statute or regulation, constitutional questions were not required to be stated in this case: see Rule 32(1). In any event, the questions presented by the appellant are so vague as to be incapable of a categorical answer.

The respondent Attorney General states the issues in this appeal as follows:

1. Has the legal issue considered by the courts below (i.e. can this application be heard without reference to any factual situation and without any affidavit evidence) been rendered moot by the Appellant's introduction of fresh evidence in this Court?

2. May the Appellant bring an application pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982* and/or to Rule 14.05(3)(h) of the *Ontario Rules of Civil Procedure* to seek a declaration that Rules 57.07, 37.03(6) and 15.02(1) and (3) of the *Ontario Rules of Civil Procedure* are unconstitutional, if no facts are alleged by the Applicant in support of the relief claimed?

Mootness

The only issue considered by the courts below, in adjudicating upon the respondent's motion to quash, was whether the appellant could obtain, by an application under Rule 14.05(3)(h), the declaration sought in circumstances in which no facts

Morgentaler et R. c. Big M Drug Mart Ltd. de notre Cour doivent-ils être interprétés de manière à écarter l'obligation de présenter des faits en litige dans des demandes en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

De manière inexplicable, l'ordonnance n'a pas été délivrée, ce qui signifie qu'aucune question constitutionnelle n'a été formulée et donc qu'aucun avis correspondant n'a été signifié aux procureurs généraux fédéral et provinciaux en vertu de la règle 32 des *Règles de la Cour suprême du Canada*. Il est pour le moins irrégulier de soumettre à notre Cour une ordonnance qui n'a pas été produite comme élément du dossier d'appel. Cependant, dans les circonstances, cette erreur est sans conséquence. Dans leur mémoire et dans leur plaidoirie, les parties n'ont pas fait allusion à l'ordonnance; et puisque l'appellant, dans les questions qu'il soulève, ne conteste pas la validité constitutionnelle d'une loi ou d'un règlement fédéral ou provincial ni ne demande de les déclarer inopérants, il n'était pas nécessaire de formuler de questions constitutionnelles en l'espèce: voir règle 32(1). Quoi qu'il en soit, les questions formulées par l'appellant sont tellement vagues qu'on ne peut y répondre catégoriquement.

Le procureur général intimé formule ainsi les questions que soulève ce pourvoi:

[TRADUCTION] 1. La question de droit examinée par les juridictions inférieures (c.-à-d. cette demande peut-elle être entendue en l'absence de tout contexte factuel et sans preuve par affidavit) est-elle devenue théorique en raison de la production par l'appellant de nouveaux éléments de preuve devant notre Cour?

2. L'appellant peut-il présenter une demande en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou de la règle 14.05(3)(h) des *Règles de procédure civile de l'Ontario* pour obtenir un jugement déclaratoire portant que les règles 57.07, 37.03(6) et 15.02(1) et (3) des *Règles de procédure civile de l'Ontario* sont inconstitutionnelles si l'appellant ne présente aucun fait à l'appui du redressement demandé?

Le caractère théorique de la demande

Dans l'examen de la motion en annulation présentée par l'intimée, les tribunaux d'instance inférieure ont examiné uniquement la question de savoir si l'appellant pouvait obtenir, par requête en vertu de la règle 14.05(3)(h), le jugement déclara-

are alleged in support of the relief claimed. The respondent now argues that, in view of the fresh evidence filed in this appeal, that issue is no longer alive in these proceedings. In the course of the hearing of this appeal, counsel for the respondent indicated that if the affidavit and exhibits that are now before us in the form of fresh evidence had been filed originally in support of the appellant's application under Rule 14.05(3)(h), the respondent would have cross-examined on that affidavit and proceeded to argue the application on its merits.

The response of counsel for the appellant, under questioning from the bench, was to say that if this appeal were allowed, the fresh evidence would *not* be submitted to the motions judge on the application, because the use to which the impugned rules could be put and the basic principle of the independence of the bar (both of which are the subject of the appellant's affidavit) are matters that can be judicially noticed or put forward in argument, rather than by way of evidence. The appellant's position is that the fresh evidence placed before this Court is merely illustrative of the sorts of matters that would be presented, in argument, on the application.

I pause to observe that the appellant's submissions at the hearing of the appeal concerning the significance of the fresh evidence are inconsistent with the submissions that were made in support of the motion for leave to adduce the evidence. In an effort to come within this Court's requirements for the adduction of fresh evidence (see *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480), the appellant submitted at the application for leave that the proposed evidence was in the nature of adjudicative facts, so as to satisfy the concern of the Court of Appeal that there be a factual underpinning. The appellant now contends that the fresh evidence is in the nature of legislative facts, and that no adjudicative facts are necessary to allow the application under Rule 14.05(3)(h) to proceed.

toire demandé sans qu'aucun fait ne soit allégué à l'appui du redressement en question. L'intimée prétend maintenant que, compte tenu des nouveaux éléments de preuve produits en l'espèce, cette question ne se pose plus dans cette procédure. Pendant l'audition du pourvoi, l'avocat de l'intimée a souligné que si l'affidavit et les pièces qui sont maintenant devant nous comme nouveaux éléments de preuve avaient été produits à l'origine à l'appui de la requête de l'appelant en vertu de la règle 14.05(3)h), l'intimée aurait tenu un contre-interrogatoire relativement à l'affidavit et plaidé la demande au fond.

En réponse à cette prétention et à des questions posées par la Cour, l'avocat de l'appelant a dit que si le pourvoi était accueilli, les nouveaux éléments de preuve *ne* seraient *pas* présentés au juge qui entend les motions parce que l'usage qu'on pourrait faire des règles contestées et le principe fondamental de l'indépendance du barreau (qui font l'objet de l'affidavit de l'appelant) sont des points dont on peut prendre connaissance d'office ou que l'on peut présenter dans les débats plutôt que par voie de preuve. Selon la thèse de l'appelant, les nouveaux éléments de preuve soumis à notre Cour servent simplement à illustrer le genre de points qui seraient abordés dans les débats.

Je m'arrête pour souligner que les arguments de l'appelant à l'audition du pourvoi concernant l'importance des nouveaux éléments de preuve sont incompatibles avec les arguments présentés à l'appui de la requête en vue d'obtenir l'autorisation de présenter de nouveaux éléments de preuve. Vouloir se conformer aux exigences de notre Cour en matière de présentation de nouveaux éléments de preuve (voir l'arrêt *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480), l'appelant a soutenu au moment de la présentation de la requête en autorisation de pourvoi que les nouveaux éléments de preuve constituaient des faits en litige, de façon à dissiper les préoccupations de la Cour d'appel quant à l'existence d'un contexte factuel. L'appelant prétend maintenant que les nouveaux éléments de preuve sont de la nature de faits législatifs et qu'il n'est pas nécessaire qu'il existe des faits en litige pour que la requête présentée en vertu de la règle 14.05(3)h) puisse suivre son cours.

Furthermore, the appellant submitted in his factum on the application for leave that the proposed evidence “. . . bears directly upon a decisive issue relevant to these proceedings to wit: whether the impugned rules threaten the independence of the bar.” The question whether the impugned rules threaten the independence of the bar relates to the merits of the application under Rule 14.05(3)(h), but is entirely irrelevant to the matter under decision. This appeal is concerned with a preliminary procedural issue that has no bearing on the merits of the appellant’s original application under Rule 14.05(3)(h).

If the appellant’s position (i.e., that the appellant’s affidavit would not be submitted to the motions judge and that the appellant insists upon proceeding with no factual underpinning) and the respondent’s position (i.e., that the respondent would have been content to cross-examine on the affidavit and proceed with the merits of the application) had been represented to us at the motion for leave to adduce fresh evidence, it is possible—even likely—that the motion would have been dismissed. The Court would not likely have heard an appeal in order to determine an issue which could so easily be cured by filing material that was already prepared. Had counsel for the respondent appeared at the hearing of the application for leave, this misunderstanding would probably not have arisen.

In light of the appellant’s current submissions on the significance of the fresh evidence, it cannot be said that this appeal is moot. A decision is still required on the question whether the appellant’s application under Rule 14.05(3)(h) can proceed without a factual underpinning. In any event, it would be highly unusual for this Court to accede to the submission that its own act of granting a motion to adduce fresh evidence in an appeal has rendered the appeal itself moot.

I turn now to the merits of the appeal.

En outre, l’appellant soutient dans son mémoire à l’appui de la requête que les éléments de preuve envisagés [TRADUCTION] « . . . portent directement sur une question déterminante qui est pertinente en l’espèce, celle de savoir si les règles contestées menacent l’indépendance du barreau? » La question de savoir si les règles contestées menacent l’indépendance du barreau concerne le fond de la requête présentée en vertu de la règle 14.05(3)h, mais n’est absolument pas pertinente relativement au litige à trancher. Le présent pourvoi porte sur une question de procédure préliminaire qui n’a aucune incidence sur le fond de la requête présentée initialement par l’appellant en vertu de la règle 14.05(3)h.

Si la thèse de l’appellant (c.-à-d., que son affidavit ne serait pas soumis au juge saisi de la motion et qu’il insiste pour procéder sans contexte factuel) et la thèse de l’intimée (c.-à-d., qu’il aurait tenu un contre-interrogatoire sur l’affidavit et qu’il aurait procédé à l’examen de la demande au fond) nous avaient été exposées au moment de la requête en autorisation en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve, il est possible—et même probable—que la requête aurait été rejetée. Il est peu probable en effet que la Cour aurait entendu un pourvoi en vue de trancher une question qui pouvait être résolue si facilement par le dépôt de documents qui existaient déjà. Si l’avocat de l’intimée avait comparu à l’audition de la requête en autorisation, ce malentendu ne serait probablement pas survenu.

Compte tenu des arguments actuels de l’appellant sur l’importance des nouveaux éléments de preuve, on ne peut dire que ce pourvoi est théorique. Il faut encore décider si la requête de l’appellant en vertu de la règle 14.05(3)h peut être présentée sans contexte factuel. De toute façon, il serait inusité de la part de la Cour d’accepter la prétention qu’un pourvoi est devenu théorique en raison de sa propre décision d’accueillir une requête en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve dans ce pourvoi.

J’examine maintenant le pourvoi au fond.

The Need for Facts

This Court has been vigilant to ensure that a proper factual foundation exists before measuring legislation against the provisions of the *Charter*, particularly where the effects of impugned legislation are the subject of the attack. For example, in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 767-68, this Court declined to hold that the *Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453, infringed the s. 2(a) *Charter* rights of Hindus or Moslems in the absence of evidence about the details of their respective religious observance. Similarly, in *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59, at p. 83, this Court declined to consider a s. 2(b) *Charter* challenge to certain provisions of the *Liquor Control Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-10, in the absence of evidence on the nature of the conduct that was claimed to constitute "expression" within the meaning of s. 2(b).

It is necessary to draw a distinction at the outset between two categories of facts in constitutional litigation: "adjudicative facts" and "legislative facts". These terms derive from Davis, *Administrative Law Treatise* (1958), vol. 2, para. 15.03, p. 353. (See also Morgan, "Proof of Facts in Charter Litigation", in Sharpe, ed., *Charter Litigation* (1987).) Adjudicative facts are those that concern the immediate parties: in Davis' words, "who did what, where, when, how, and with what motive or intent . . ." Such facts are specific, and must be proved by admissible evidence. Legislative facts are those that establish the purpose and background of legislation, including its social, economic and cultural context. Such facts are of a more general nature, and are subject to less stringent admissibility requirements: see e.g., *Re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, per Laskin C.J., at p. 391; *Re Residential Tenancies Act*, 1979, [1981] 1 S.C.R. 714, per Dickson J. (as he then was), at p. 723; and *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297, per McIntyre J., at p. 318.

La nécessité de faits

Notre Cour a toujours veillé soigneusement à ce qu'un contexte factuel adéquat existe avant d'examiner une loi en regard des dispositions de la *Charte*, surtout lorsque le litige porte sur les effets de la loi contestée. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 767 et 768, notre Cour a refusé de conclure que la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, L.R.O. 1980, ch. 453, violait les droits des hindous et des musulmans reconnus à l'al. 2a) de la *Charte* en l'absence de preuve concernant les détails de leur observance religieuse respective. De même, dans l'arrêt *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59, à la p. 83, notre Cour a refusé d'examiner la contestation, fondée sur l'al. 2b) de la *Charte*, de certaines dispositions de la *Loi sur la réglementation des alcools*, L.R.N.-B. 1973, ch. L-10, en l'absence de preuve relative à la nature de la conduite que l'on prétendait constituer une «expression» au sens de l'al. 2b).

Il est nécessaire d'établir au départ une distinction entre deux catégories de faits dans un litige constitutionnel: [TRADUCTION] «les faits en litige» et [TRADUCTION] «les faits législatifs». Ces expressions proviennent de l'ouvrage de Davis, *Administrative Law Treatise* (1958), vol. 2, par. 15.03, à la p. 353. (Voir également Morgan, «Proof of Facts in Charter Litigation», dans Sharpe, ed., *Charter Litigation* (1987).) Les faits en litige sont ceux qui concernent les parties au litige: pour reprendre les termes de Davis [TRADUCTION] «qui a fait quoi, où, quand, comment et dans quelle intention . . .» Ces faits sont précis et doivent être établis par des éléments de preuve recevables. Les faits législatifs sont ceux qui établissent l'objet et l'historique de la loi, y compris son contexte social, économique et culturel. Ces faits sont de nature plus générale et les conditions de leur recevabilité sont moins sévères: par exemple, voir *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, le juge en chef Laskin, à la p. 391; *Renvoi: Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), à la p. 723; et *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297, le juge McIntyre, à la p. 318.

In the present case, the appellant contends that he ought to be entitled to proceed with his application under Rule 14.05(3)(h) in the complete absence of adjudicative facts, and, moreover, that it is sufficient that he present in argument (but not prove by affidavit or otherwise) legislative “facts”, in the form of textbooks and academic material about the prevailing understanding of the concept of the independence of the bar, and material concerning the legislative history of the impugned rules. In the view I take of this matter, the appellant is not entitled to proceed with the application as presently constituted.

In the time between the granting of leave to appeal in this matter and the hearing of the appeal, this Court heard and decided *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, a case concerning an action for a declaration that certain provisions of *The Elections Finances Act*, S.M. 1982-83-84, c. 45, violated the guarantee of freedom of expression contained in s. 2(b) of the *Charter*. Cory J., speaking for a unanimous Court, stated, at pp. 361-62:

Charter decisions should not and must not be made in a factual vacuum. To attempt to do so would trivialize the *Charter* and inevitably result in ill-considered opinions. The presentation of facts is not, as stated by the respondent, a mere technicality; rather, it is essential to a proper consideration of *Charter* issues . . . *Charter* decisions cannot be based upon the unsupported hypotheses of enthusiastic counsel.

Later, Cory J. stated, at p. 366:

A factual foundation is of fundamental importance on this appeal. It is not the purpose of the legislation which is said to infringe the *Charter* but its effects. If the deleterious effects are not established there can be no *Charter* violation and no case has been made out. Thus the absence of a factual base is not just a technicality that could be overlooked, but rather it is a flaw that is fatal to the appellants' position.

This is not to say that such facts must be established in all *Charter* challenges. Each case must be considered on its own facts (or lack thereof). As Beetz J. pointed out in *Manitoba*

En l'espèce, l'appellant prétend qu'on devrait lui permettre de présenter sa requête en vertu de la règle 14.05(3)h même en l'absence totale de faits en litige et, en outre, qu'il suffit de présenter dans sa plaidoirie (mais sans en faire la preuve par affidavit ou autrement) les «faits» législatifs, sous forme d'ouvrages et de documentation savante concernant la notion d'indépendance du barreau et l'historique législatif des règles contestées. À mon avis, l'appellant en l'espèce n'a pas le droit de présenter la requête dans sa forme actuelle.

Entre la date de l'autorisation de pourvoi et son audition, notre Cour a entendu et décidé le pourvoi *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, concernant une action en jugement déclaratoire portant que certaines dispositions de la *Loi sur le financement des campagnes électorales*, L.M. 1982-83-84, ch. 45, violaient la garantie de la liberté d'expression prévue à l'al. 2b) de la *Charte*. Le juge Cory, au nom de la Cour unanime, affirme, aux pp. 361 et 362:

Les décisions relatives à la *Charte* ne doivent pas être rendues dans un vide factuel. Essayer de le faire banaliserait la *Charte* et produirait inévitablement des opinions mal motivées. La présentation des faits n'est pas, comme l'a dit l'intimé, une simple formalité; au contraire, elle est essentielle à un bon examen des questions relatives à la *Charte* [. . .] Les décisions relatives à la *Charte* ne peuvent pas être fondées sur des hypothèses non étayées qui ont été formulées par des avocats enthousiastes.

Plus loin, le juge Cory affirme, à la p. 366:

Un contexte factuel est d'une importance fondamentale dans le présent pourvoi. On ne prétend pas que c'est l'objet visé par la loi qui viole la *Charte*, mais ses conséquences. Si les conséquences préjudiciables ne sont pas établies, il ne peut y avoir de violation de la *Charte* ni même de cause. Le fondement factuel n'est donc pas une simple formalité qui peut être ignorée et, bien au contraire, son absence est fatale à la thèse présentée par les appelants.

Cela ne veut pas dire que de tels faits doivent être établis dans toutes les contestations fondées sur la *Charte*. Chaque instance doit être examinée en regard de ses propres faits (ou absence de faits).

(Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd., [1987] 1 S.C.R. 110, at p. 133:

There may be rare cases where the question of constitutionality will present itself as a simple question of law alone which can be finally settled by a motion judge. A theoretical example which comes to mind is one where Parliament or a legislature would purport to pass a law imposing the beliefs of a state religion. Such a law would violate s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, could not possibly be saved under s. 1 of the *Charter*, and might perhaps be struck down right away; see *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66, at p. 88. It is trite to say that these cases are exceptional. [Emphasis added.]

The unconstitutional purpose of Beetz J.'s hypothetical law is found on the face of the legislation, and requires no extraneous evidence to flesh it out. It is obvious that this is not one of those exceptional cases. In general, any *Charter* challenge based upon allegations of the unconstitutional effects of impugned legislation must be accompanied by admissible evidence of the alleged effects. In the absence of such evidence, the courts are left to proceed in a vacuum, which, in constitutional cases as in nature, has always been abhorred. As Morgan put it, *op. cit.*, at p. 162: "... the process of constitutional litigation remains firmly grounded in the discipline of the common law methodology."

The present case is, for these purposes, indistinguishable from *MacKay*, and I would respectfully adopt and apply Cory J.'s comments to these circumstances. The appellant here seeks to attack the impugned rules on the basis of their alleged effects upon the legal profession in Ontario. It would be, in my view, difficult if not impossible for a motions judge to assess the merits of the appellant's application under Rule 14.05(3)(h) without evidence of those effects, by way of adjudicative facts (i.e., actual instances of the use or threatened use of the impugned rules) and legislative facts (i.e., the purpose, history and perceptions among the profession of the impugned rules).

Comme le juge Beetz l'a souligné dans l'arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, à la p. 133:

Il peut exister des cas rares où la question de la constitutionnalité se présente sous la forme d'une question de droit purement et simplement, laquelle peut être définitivement tranchée par un juge saisi d'une requête. Un exemple théorique qui vient à l'esprit est la situation où le Parlement ou une législature prétendrait adopter une loi imposant les croyances d'une religion d'État. Pareille loi enfreindrait l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ne pourrait possiblement pas être justifiée par l'article premier de celle-ci et courrait peut-être le risque d'être frappée d'illégalité sur-le-champ: voir *Procureur général du Québec c. Québec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, à la p. 88. Or, il va sans dire qu'il s'agit là de cas exceptionnels. [Je souligne.]

Dans le cas hypothétique présenté par le juge Beetz, l'objet inconstitutionnel de la loi ressort clairement du texte même de la loi et n'exige aucune preuve extrinsèque. Il est évident qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'un de ces cas exceptionnels. En général, toute contestation relative à la *Charte* fondée sur la prétention que les effets de la loi visée sont inconstitutionnels doit être appuyée par une preuve recevable concernant les effets contestés. En l'absence de telle preuve, les tribunaux auraient à se prononcer dans le vide ce qui est tout aussi difficile en matière constitutionnelle que dans la nature. Comme Morgan le dit, *op. cit.*, à la p. 162: [TRADUCTION] «... le processus du litige constitutionnel demeure fermement ancré à la discipline de la méthodologie de common law.»

On ne peut donc distinguer le présent litige de l'affaire *MacKay*, et, avec égards, je ferais mien-nes et j'appliquerais les remarques du juge Cory dans cet arrêt. L'appelant veut contester les règles en raison des effets qu'elles auraient sur la profession juridique en Ontario. À mon avis, il serait difficile sinon impossible au juge saisi de la motion d'apprécier le bien-fondé de la requête de l'appelant selon la règle 14.05(3)(h) sans preuve de ces effets par l'apport de faits en litige (c'est-à-dire des cas réels d'utilisation ou de menaces d'utilisation des règles contestées) et de faits législatifs (c'est-à-dire l'objet et l'historique des règles contestées ainsi que la perception qu'en ont les membres de la profession).

We have discovered by a roundabout route that the appellant is in possession of the facts he needs to bring his challenge, by way of application, to a conclusion on the merits if he so chooses. As the application is presently framed, however, it cannot proceed without a factual foundation. It is not necessary that the appellant prove that the impugned rules were applied against him personally (standing not being an issue); but he must present admissible evidence that the effects of the impugned rules violate provisions of the *Charter*.

This appeal must, therefore, be dismissed. In view of the circumstances outlined above, there will be no order as to costs.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Morris Manning, Toronto.

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

Nous avons constaté par un moyen détourné que l'appelant dispose des faits nécessaires pour obtenir par requête, s'il le veut, une conclusion sur le bien-fondé de sa contestation. Cependant, compte tenu de la formulation actuelle de la requête, il ne peut procéder sans contexte factuel. Il n'est pas nécessaire que l'appelant établisse que les règles contestées ont été appliquées dans son cas personnel (la qualité pour agir n'étant pas en litige); mais il doit présenter des éléments de preuve recevables montrant que les effets des règles contestées violent les dispositions de la *Charte*.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi. Compte tenu des circonstances déjà mentionnées, il n'y aura aucune ordonnance quant aux dépens.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: Morris Manning, Toronto.

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

Luc Paquette Appellant

v.

The Attorney General of Canada and the Attorney General for Alberta Respondents

INDEXED AS: R. v. PAQUETTE

File No.: 20623.

1990: October 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Language rights — Alberta courts — Federal offence — Whether accused has a right to use the French language in proceedings before the Alberta courts — The North-West Territories Act, R.S.C. 1886, c. 50, s. 110.

Criminal law — Procedure — Language rights — Alberta courts — Possession of a narcotic for the purpose of trafficking — Whether accused has a right to use the French language in proceedings before the Alberta courts — The North-West Territories Act, R.S.C. 1886, c. 50, s. 110.

Cases CitedApplied: *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234.**Statutes and Regulations Cited**

North-West Territories Act, R.S.C. 1886, c. 50, s. 110 [rep. & sub. 1891, c. 22, s. 18].

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1987), 55 Alta. L.R. (2d) 1, 81 A.R. 12, [1988] 1 W.W.R. 97, 46 D.L.R. (4th) 47, 38 C.C.C. (3d) 333, allowing respondents' appeal and dismissing the accused's appeal from an order of the Court of Queen's Bench (1985), 40 Alta. L.R. (2d) 38, 63 A.R. 258, [1985] 6 W.W.R. 594, 22 D.L.R. (4th) 67, 22 C.C.C. (3d) 27, respecting the accused's rights under s. 110 of *The North-West Territories Act*. Appeal dismissed.

Mary T. Moreau, for the appellant.

D. Martin Low, Q.C., and *Isabelle Plante*, for the respondent the Attorney General of Canada.

Luc Paquette Appellant

c.

Le procureur général du Canada et le procureur général de l'Alberta Intimés

RÉPERTORIÉ: R. c. PAQUETTE

N° du greffe: 20623.

1990: 2 octobre.

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

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

Droit constitutionnel — Droits linguistiques — Tribunaux de l'Alberta — Infraction fédérale — L'accusé a-t-il le droit d'utiliser le français dans les procédures devant les tribunaux de l'Alberta? — Acte des territoires du Nord-Ouest, S.R.C. 1886, ch. 50, art. 110.

Droit criminel — Procédure — Droits linguistiques — Tribunaux de l'Alberta — Possession d'un stupéfiant pour en faire le trafic — L'accusé a-t-il le droit d'utiliser le français dans les procédures devant les tribunaux de l'Alberta? — Acte des territoires du Nord-Ouest, S.R.C. 1886, ch. 50, art. 110.

Jurisprudencef Arrêt appliqué: *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234.**Lois et règlements cités**

Acte des territoires du Nord-Ouest, S.R.C. 1886, ch. 50, art. 110 [abr. & rempl. 1891, ch. 22, art. 18].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1987), 55 Alta. L.R. (2d) 1, 81 A.R. 12, [1988] 1 W.W.R. 97, 46 D.L.R. (4th) 47, 38 C.C.C. (3d) 333, qui a accueilli l'appel des intimés et rejeté l'appel de l'accusé à l'encontre d'une ordonnance de la Cour du Banc de la Reine (1985), 40 Alta. L.R. (2d) 38, 63 A.R. 258, [1985] 6 W.W.R. 594, 22 D.L.R. (4th) 67, 22 C.C.C. (3d) 27, relative aux droits de l'accusé en vertu de l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest*. Pourvoi rejeté.

Mary T. Moreau, pour l'appellant.

D. Martin Low, c.r., et *Isabelle Plante*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Peter T. Costigan and Larry A. Reynolds, for the respondent the Attorney General for Alberta.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

LAMER C.J.—Since the Attorney General of Canada shares the appellant's view and the Attorney General for Alberta does not dispute it, we are of the view that the constitutional question should be answered as follows:

Question: Is s. 110 of *The North-West Territories Act*, R.S.C. 1886, c. 50, as amended by S.C. 1891, c. 22, s. 18, in force in Alberta in relation to proceedings commenced under federal legislation which are criminal in nature or which involve penal consequences?

Answer: Yes.

The real issue that arises in this appeal is stated by the appellant in his factum as follows: does [TRANSLATION] “s. 110, in the context of a criminal proceeding, require that the court, either the judge or the judge and jury, understand the accused in his official language without the assistance of an interpreter or of simultaneous translation and require that the judge and the Crown attorney address the court in the accused's official language at all stages in a criminal prosecution”?

We are all of the view that *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234, a recent decision of our Court, disposes of this question.

The appeal is accordingly dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Rand Moreau, Edmonton.

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

Solicitor for the respondent the Attorney General for Alberta: Peter T. Costigan, Edmonton.

Peter T. Costigan et Larry A. Reynolds, pour l'intimé le procureur général de l'Alberta.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Eu égard au fait que le procureur général du Canada partage l'avis de l'appelant et que, par ailleurs, le procureur général de l'Alberta ne le conteste pas, nous sommes d'avis de répondre à la question constitutionnelle comme suit:

Question: L'article 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest*, S.R.C. 1886, ch. 50, modifié par S.C. 1891, ch. 22, art. 18, est-il en vigueur en Alberta en ce qui concerne les procédures intentées selon les lois fédérales de nature criminelle ou qui comportent des conséquences pénales?

Réponse: Oui.

La véritable question qui nous est soumise dans ce pourvoi est ainsi formulée par l'appelant dans son mémoire: est-ce que «l'article 110, dans le contexte d'une procédure criminelle, oblige le tribunal, soit le juge, soit le juge et jury, à comprendre l'accusé dans sa langue officielle sans l'aide d'un interprète ou de la traduction simultanée et oblige le juge et le procureur de la Couronne à s'adresser à la cour dans la langue officielle de l'accusé durant toutes les étapes d'une poursuite criminelle»?

Nous sommes tous d'avis que l'arrêt *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234, une décision récente de notre Cour, dispose de cette question.

Le pourvoi est donc rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Rand Moreau, Edmonton.

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

Procureur de l'intimé le procureur général de l'Alberta: Peter T. Costigan, Edmonton.

Rong Ya Huang Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. HUANG

File No.: 21546.

1990: October 3.

Present: Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier and Stevenson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Corroboration — Evidence — Sexual assault causing bodily harm — Complainant a minor — Note written by complainant 45 minutes after incident not part of res gestae and therefore inadmissible — Other evidence of sufficient confirmatory weight, including emotional state following assault — Conviction affirmed.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1989), 7 W.C.B. (2d) 427, dismissing an appeal from conviction by Campbell Co. Ct. J. Appeal dismissed.

Richard Peck, Q.C., for the appellant.

Elizabeth Bennett, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

WILSON J.—The appeal is dismissed for the reasons given by the majority of the Court of Appeal.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Robertson, Peck, Thompson, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

Rong Ya Huang Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée^a RÉPERTORIÉ: R. c. HUANG

N° du greffe: 21546.

1990: 3 octobre.

^b Présents: Les juges Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier et Stevenson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

^c *Droit criminel — Corroboration — Preuve — Agres- sion sexuelle causant des lésions corporelles — La plaignante est une personne mineure — La note rédigée par la plaignante 45 minutes après l'incident ne fait pas partie de la res gestae et est donc inadmissible — Valeur confirmative suffisante d'autres éléments de preuve, dont l'état émotionnel qui a suivi l'agression — Déclaration de culpabilité confirmée.*

^e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1989), 7 W.C.B. (2d) 427, qui a rejeté l'appel interjeté contre une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Campbell de la Cour de comté. Pourvoi rejeté.

^f *Richard Peck, c.r.*, pour l'appellant.

Elizabeth Bennett, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

^g LE JUGE WILSON—Le pourvoi est rejeté pour les motifs du jugement de la majorité en Cour d'appel.

Jugement en conséquence

^h *Procureurs de l'appellant: Robertson, Peck, Thompson, Vancouver.*

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

André Tremblay Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. TREMBLAY

File No.: 20629.

1990: October 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Charge to jury — First degree murder — Premeditation — Whether trial judge mis-directed jury.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1987] R.J.Q. 2389, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of first degree murder¹. Appeal dismissed.

Jean-Claude Danis and Alain Roy, for the appellant.

Stella Gabbino, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J.—It will not be necessary to hear from you, Ms. Gabbino. We are ready to hand down judgment.

With respect, we do not agree with the dissenting judge and, consequently, the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Jean-Claude Danis and Alain Roy, Montréal.

Solicitor for the respondent: Stella Gabbino, Montréal.

André Tremblay Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée^a RÉPERTORIÉ: R. c. TREMBLAY

N° du greffe: 20629.

1990: 5 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^c *Droit criminel — Exposé au jury — Meurtre au premier degré — Préméditation — Le juge du procès a-t-il donné des directives erronées?*

^d POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1987] R.J.Q. 2389, qui a rejeté l'appel de l'accusé à l'encontre de sa déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré¹. Pourvoi rejeté.

^e *Jean-Claude Danis et Alain Roy*, pour l'appellant.

Stella Gabbino, pour l'intimée.

^f Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre, M^e Gabbino. Nous sommes prêts à rendre jugement.

^g Avec respect, nous ne partageons pas l'avis du juge dissident, et par voie de conséquence, le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

^h *Procureurs de l'appellant: Jean-Claude Danis et Alain Roy, Montréal.*

Procureur de l'intimée: Stella Gabbino, Montréal.

¹ Sup. Ct. Montréal, No. 500-01-010480-827, February 22, 1984.

¹ C.S. Montréal, n° 500-01-010480-827, le 22 février 1984.

Pierre Drolet *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. DROLET

File No.: 21324.

1990: October 9.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Impaired driving — Care or control of a motor vehicle — Whether the offence of having care or control of a motor vehicle with a blood alcohol level of over .08 is included in the offence of driving a motor vehicle with a blood alcohol level of over .08.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1988), 14 M.V.R. (2d) 50, 20 Q.A.C. 94, dismissing the accused's appeal from a judgment of the Superior Court¹, affirming the judgment of the Court of Sessions of the Peace², convicting the accused of having care or control of a motor vehicle while his blood alcohol level exceeded .08 contrary to s. 236 of the *Criminal Code*. Appeal dismissed.

Alain Dumas, for the appellant.

Alain Gaumont, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J.—It will not be necessary to hear from you, Mr. Gaumont. We are ready to hand down judgment from the Bench. We agree with the reasons of Justice LeBel, and the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Hamel, Lavoie & Associés, Québec.

Solicitor for the respondent: Alain Gaumont, Québec.

¹ Sup. Ct. Québec, No. 200-36-000004-861, February 19, 1986.

² S.P. Québec, No. 200-01-4630-85, December 20, 1985.

Pierre Drolet *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

^a

RÉPERTORIÉ: R. c. DROLET

N° du greffe: 21324.

1990: 9 octobre.

^b

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^c

Droit criminel — Conduite avec facultés affaiblies — Garde et contrôle d'un véhicule à moteur — L'infraction d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors que le taux d'alcoolémie dépasse .08 est-elle comprise dans celle d'avoir conduit un tel véhicule avec un taux d'alcoolémie supérieur à .08?

^d

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1988), 14 M.V.R. (2d) 50, 20 Q.A.C. 94, qui a rejeté l'appel de l'accusé à l'encontre d'un jugement de la Cour supérieure¹, qui avait confirmé le jugement de la Cour des sessions de la paix², déclarant l'accusé coupable d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors que son taux d'alcoolémie excédait .08 contrairement à l'art. 236 du *Code criminel*. Pourvoi rejeté.

^e

Alain Dumas, pour l'appellant.

Alain Gaumont, pour l'intimée.

^f

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre, M^e Gaumont. Nous sommes prêts à rendre jugement séance tenante. Nous sommes d'accord avec les motifs du juge LeBel, et le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

ⁱ

Procureurs de l'appellant: Hamel, Lavoie & Associés, Québec.

Procureur de l'intimée: Alain Gaumont, Québec.

¹ C.S. Québec, n° 200-36-000004-861, le 19 février 1986.

² C.S.P. Québec, n° 200-01-4630-85, le 20 décembre 1985.

Galyn George Shupe *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R.V. SHUPE

File No.: 20920.

1990: October 9.

Present: Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Stay of proceedings — Allegation that Charter right to fair trial infringed — Accused unable to communicate with court and incapable of understanding charge — Stay granted but set aside on appeal — Appellant unable to show trial judge not appropriate forum for application.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1988), 58 Alta. L.R. (2d) 109, 85 A.R. 73, 47 C.C.C. (3d) 91, 63 C.R. (3d) 393, allowing an appeal from and setting aside the stay of proceedings granted by Cooke J. (1987), 53 Alta. L.R. (2d) 387, 80 A.R. 122, 38 C.C.C. (3d) 64, 59 C.R. (3d) 329, [1987] 5 W.W.R. 656. Appeal dismissed.

Brian Beresh, for the appellant.

Michael Watson, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

WILSON J.—It will not be necessary to hear from you, Mr. Watson. The Court is ready to give judgment from the Bench.

Whether or not the Chambers Judge had jurisdiction, the appellant has failed to satisfy us that the trial judge was not the appropriate forum for this application. The appeal is accordingly dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Beresh, DePoe, Cunningham, Edmonton.

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

Galyn George Shupe *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

a RÉPERTORIÉ: R. c. SHUPE

N° du greffe: 20920.

1990: 9 octobre.

Présents: Les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin.

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

Droit criminel — Suspension des procédures — Allégation d'atteinte au droit à un procès équitable reconnu par la Charte — Incapacité de l'accusé de communiquer avec la cour et de comprendre l'accusation portée — Suspension accordée mais annulée en appel — Incapacité de l'appellant de démontrer que le juge du procès ne constituait pas le tribunal compétent pour entendre la requête.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1988), 58 Alta. L.R. (2d) 109, 85 A.R. 73, 47 C.C.C. (3d) 91, 63 C.R. (3d) 393, qui a accueilli l'appel interjeté contre la suspension des procédures accordée par le juge Cooke (1987), 53 Alta. L.R. (2d) 387, 80 A.R. 122, 38 C.C.C. (3d) 64, 59 C.R. (3d) 329, [1987] 5 W.W.R. 656, et qui l'a annulée. Pourvoi rejeté.

Brian Beresh, pour l'appellant.

Michael Watson, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE WILSON—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M^e Watson. La Cour est prête à rendre jugement sur le banc.

Peu importe que le juge en chambre ait eu compétence ou non, l'appellant ne nous a pas convaincus que le juge du procès ne constituait pas le tribunal compétent pour entendre cette requête. Le pourvoi est donc rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant: Beresh, DePoe, Cunningham, Edmonton.

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

Lanificio Fratelli Bettazzi S.N.C. Appellant

v.

Tissus Ranchar Inc. RespondentINDEXED AS: LANIFICIO FRATELLI BETTAZZI S.N.C. v.
TISSUS RANCHAR INC.

File No.: 21373.

1990: October 10.

Present: Lamer C.J. and Wilson, La Forest,
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory and Stevenson J.J.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC*Sale of goods — Action for goods sold and delivered
— Court of Appeal reversing trial judgment ordering
payment of balance of account — Appeal allowed and
trial judgment restored.*APPEAL from a judgment of the Quebec Court
of Appeal rendered June 6, 1989, dismissing appel-
lant's motion to rectify or retract the judgment.
Appeal dismissed.APPEAL from a judgment of the Quebec Court
of Appeal, J.E. 89-365, reversing the judgment of
the Superior Court¹ ordering respondent to pay
appellant the balance of an account. Appeal
allowed, Stevenson J. dissenting.*Léo Di Battista*, for the appellant.*Philip E. Fine*, for the respondent.The judgment of the Court was delivered orally
byLAMER C.J.—As regards the appeal of the
Court of Appeal's decision on the motion, we need
not hear you, Mr. Fine. The appeal is dismissed
with costs.(After hearing from Mr. Fine, and Mr. Di
Battista in reply, on the other appeal:)The Court, Mr. Justice Stevenson dissenting, is
of the view that this appeal of the judgment of the
Quebec Court of Appeal, dated December 22,¹ Sup. Ct. Montréal, No. 500-05-009706-845, January 21,
1986.**Lanificio Fratelli Bettazzi S.N.C. Appelante**

c.

Tissus Ranchar Inc. Intimée^a RÉPERTORIÉ: LANIFICIO FRATELLI BETTAZZI S.N.C. c.
TISSUS RANCHAR INC.

N° du greffe: 21373.

^b 1990: 10 octobre.Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Wilson,
La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory et
Stevenson.^c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC^d *Vente de marchandises — Action relative à des mar-
chandises vendues et livrées — Infirmité par la Cour
d'appel du jugement ordonnant le paiement du solde
d'un compte — Pourvoi accueilli et jugement de pre-
mière instance rétabli.*^e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel
du Québec rendu le 6 juin 1989, qui a rejeté la
requête de l'appelante visant la rectification ou le
retrait du jugement. Pourvoi rejeté.^f POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel
du Québec, J.E. 89-365, qui a infirmé le jugement
de la Cour supérieure¹ ordonnant à l'intimée de
payer à l'appelante le solde d'un compte. Pourvoi
accueilli, le juge Stevenson est dissident.*Léo Di Battista*, pour l'appelante.^g *Philip E. Fine*, pour l'intimée.Le jugement de la Cour a été rendu oralement
par^h LE JUGE EN CHEF LAMER—Quant au pourvoi
formé à l'encontre de la décision rendue par la
Cour d'appel sur la requête, il ne sera pas néces-
saire de vous entendre M^e Fine. Le pourvoi est
rejeté avec dépens.ⁱ (Après avoir entendu M^e Fine, et M^e Di Battista
en réplique, relativement à l'autre pourvoi:)^j La Cour, le juge Stevenson étant dissident, est
d'avis que ce pourvoi formé contre l'arrêt de la
Cour d'appel du Québec, daté du 22 décembre¹ C.S. Montréal, n° 500-05-009706-845, 21 janvier 1986.

1988, be allowed and the judgment of the Superior Court be restored, with costs throughout. Stevenson J. would dismiss with costs, agreeing with the reasons of Mr. Justice Kaufman of the Court of Appeal.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Léo Di Battista, Montréal.

Solicitors for the respondent: Tanny & Fine, Montréal.

1988, doit être accueilli et que la décision de la Cour supérieure doit être rétablie, avec dépens dans toutes les cours. Le juge Stevenson, souscrivant aux motifs du juge Kaufman de la Cour d'appel, rejetterait le pourvoi avec dépens.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Léo Di Battista, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Tanny & Fine, Montréal.

**Perry Gordon Thompson, Ross Allen Rosen,
Beebe Auld, Glen Douglas McDonald and
James Cromwell** *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. THOMPSON

File No.: 19992.

1988: November 29, 30; 1990: October 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Interception of private communica-
tions — Validity of authorization — Sufficiency of
description — Places of interception: public pay phones
and residential premises — Authorizations permitting
private communications to be intercepted at all places
resorted to by named persons within the province —
Whether authorizations valid — Whether public pay
telephones should be specifically mentioned on face of
authorizations — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34,
ss. 178.12(1)(e), 178.13(2)(c), 178.16(1).*

*Criminal law — Interception of private communica-
tions — Validity of authorization — Renewal or new
authorization — Police obtaining new authorization
prior to expiration of original authorization — New
authorization including new parties and locations for
surveillance — Whether appropriate to seek new
authorization rather than renewal — Criminal Code,
R.S.C. 1970, c. C-34, Part IV.1.*

*Criminal law — Interception of private communica-
tions — Admissibility of evidence — Proof of resorting
to a place — Authorizations permitting private com-
munications to be intercepted at all places resorted to
by named persons within the province — Whether inter-
cepted private communication in itself can afford evi-
dence that a person resorted to "a place" — Criminal
Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part IV.1.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Unrea-
sonable search and seizure — Interception of private
communications — Authorizations permitting private
communications to be intercepted at all places resorted*

* Chief Justice at the time of hearing.

** Chief Justice at the time of judgment.

*** McIntyre J. took no part in the judgment.

**Perry Gordon Thompson, Ross Allen Rosen,
Beebe Auld, Glen Douglas McDonald et
James Cromwell** *Appellants*

a c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. THOMPSON

N° du greffe: 19992.

b

1988: 29, 30 novembre; 1990: 18 octobre.

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

c

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit criminel — Interception de communications
privées — Validité de l'autorisation — Caractère suffi-
sant de la description — Lieux d'interception: télépho-
nes publics et lieux résidentiels — Autorisations d'in-
tercepter des communications privées à tout endroit de
la province fréquenté par des personnes nommées —
Les autorisations sont-elles valides? — Les autorisa-
tions devraient-elles mentionner expressément les télé-
phones publics? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch.
C-34, art. 178.12(1)(e), 178.13(2)(c), 178.16(1).*

*Droit criminel — Interception de communications
privées — Validité de l'autorisation — Renouvellement
ou nouvelle autorisation — Obtention par la police
d'une nouvelle autorisation avant l'expiration de l'au-
torisation initiale — Nouvelle autorisation visant de
nouvelles personnes et de nouveaux lieux de surveil-
lance — Convient-il de demander une nouvelle autori-
sation au lieu d'un renouvellement? — Code criminel,
S.R.C. 1970, ch. C-34, partie IV.1.*

*Droit criminel — Interception de communications
privées — Admissibilité de la preuve — Preuve de la
fréquentation d'un lieu — Autorisations d'intercepter
des communications privées à tout endroit de la pro-
vince fréquenté par des personnes nommées — La com-
munication privée interceptée peut-elle en soi fournir la
preuve que la personne a fréquenté «un lieu»? — Code
criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, partie IV.1.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouil-
les, perquisitions et saisies abusives — Interception de
communications privées — Autorisations d'intercepter
des communications privées à tout endroit de la pro-*

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

** Juge en chef à la date du jugement.

*** Le juge McIntyre n'a pas pris part au jugement.

to by named persons within the province — Surreptitious entry into residential premises to install intercepting devices — Intercepting devices installed on public pay telephones — No conditions included in authorizations to protect public interest — Whether authorizations violate s. 8 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether communications intercepted under authorizations should be excluded pursuant to s. 24(2) of the Charter — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part IV.1.

The appellants were charged with conspiracy to import marijuana. The Crown's case consisted principally of private communications which were intercepted under three judicial authorizations. Paragraph (c) of these authorizations permitted the interception of telephone communications at the addresses of the persons named in the authorizations "or elsewhere in the Province of British Columbia resorted to" by these persons. The first authorization named the appellants T, A and R, and the affidavit filed with it before the authorizing judge revealed that the police intended to intercept communications at public pay telephones. Acting under this authorization, the police installed intercepting equipment at several residences, hotel rooms and public pay telephones. A second authorization overlapped the first authorization by two days. It named ten persons, including all appellants except M. Prior to the expiry of the second authorization, a third authorization was granted naming twelve persons, including all appellants except M. Under the second and third authorizations, intercepting equipment was installed on other pay telephones. The equipment installed during the first authorization remained in place in most of the pay telephones until the end of the investigation. This interception capability was not mentioned in the subsequent authorizations. On some occasions during the investigation, tape recorders installed on pay telephones were left on "automatic play mode" overnight, intercepting the conversations of persons not covered by the authorizations. The trial judge, on a *voir dire*, held all but nine interceptions inadmissible. The Crown called no evidence before the jury and the trial judge directed the jury to acquit the appellants. The Crown's appeal was allowed and a new trial ordered. This appeal is to determine (1) whether an authorization permitting the interception of private communications at all places resorted to by named persons within the province was lawful; (2) whether such places could include public pay telephones; (3) whether new authorizations, rather than renewals, were permissible; (4) whether an intercepted communication could in itself provide evidence that a person resorted to a place at which communications were intercepted; and (5)

vince fréquenté par des personnes nommées — Entrée clandestine dans des lieux résidentiels pour y installer des dispositifs d'interception — Dispositifs d'interception installés dans des téléphones publics — Omission d'inclure dans les autorisations des conditions visant à protéger l'intérêt public — Les autorisations violent-elles l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, les communications interceptées en vertu de ces autorisations doivent-elles être écartées en vertu de l'art. 24(2) de la Charte? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, partie IV.1.

Les appelants ont été accusés de complot en vue d'importer de la marijuana. La preuve du ministère public repose essentiellement sur des communications privées interceptées en vertu de trois autorisations judiciaires. L'alinéa (c) de ces autorisations permettait l'interception des communications téléphoniques aux adresses des personnes nommées dans les autorisations «ou dans les autres lieux de la province de la Colombie-Britannique fréquentés» par ces personnes. La première autorisation visait les appelants T, A et R, et l'affidavit déposé devant le juge responsable de la délivrance de l'autorisation indiquait que les policiers avaient l'intention d'intercepter des communications dans des téléphones publics. Conformément à cette autorisation, les policiers ont installé du matériel d'interception dans plusieurs résidences et chambres d'hôtel et dans des téléphones publics. Une deuxième autorisation coïncidait avec la première autorisation pendant deux jours. Elle nommait dix personnes, y compris tous les appelants, à l'exception de M. Avant l'expiration de la deuxième autorisation, une troisième a été accordée, nommant douze personnes y compris les appelants, à l'exception de M. En vertu des deuxième et troisième autorisations, on a installé du matériel d'interception dans d'autres téléphones publics. Le matériel qui avait été installé au cours de la période visée par la première autorisation est resté en place dans la plupart des téléphones publics jusqu'à la fin de l'enquête. Ce moyen d'interception n'a pas été mentionné dans les autorisations ultérieures. À quelques reprises, les magnétophones installés dans les téléphones publics ont été laissés en «mode de fonctionnement automatique» au cours de la nuit, interceptant ainsi les conversations de personnes non visées par les autorisations. Après un voir-dire, le juge du procès a conclu que toutes les communications, à l'exception de neuf, étaient inadmissibles. Le ministère public n'a présenté aucune preuve devant jury et le juge du procès a dit au jury, dans ses directives, d'acquitter les appelants. L'appel interjeté par le ministère public a été accueilli et un nouveau procès a été ordonné. Le présent pourvoi a pour but de déterminer (1) si une autorisation qui permet l'interception de communica-

whether unsupervised electronic surveillance of public pay telephones and surreptitious entry into private dwellings constituted unreasonable searches or seizures contrary to s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Held (Wilson and La Forest JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.: The authorizations complied with the requirements of Part IV.1 of the *Criminal Code*. The authorizations did not permit the interception of communications of anyone anywhere within the province. They contained limitations. Paragraph (c) was limited to named persons and paragraph (d) was limited to persons who resort to or use named premises or communicated with named persons. As to place, each was limited to places resorted to by five named individuals. Paragraphs (c) and (d), therefore, did not delegate to the police the determination as to whether the interceptions would assist in the investigation. This determination was made by the authorizing judge on the basis of the connection to the target persons.

The authorizations were not invalid because they failed to list pay telephones as places where private communications could be intercepted. A more specific description could have been given in view of the fact that the police knew that the named persons intended to resort to pay telephones. However, subject to its effect on s. 8 of the *Charter*, this in itself does not render the authorizations unlawful. Section 178.13(2)(c) of the *Code* does not state that it must be the most specific description. It requires only a general description.

The police should apply to renew an existing authorization when they want to extend its term and leave its other provisions unchanged. Where the authorization has expired or where it is sought to extend the scope of surveillance, however, the proper course is to seek a new authorization. Here, the second and third authorizations widened the scope of the first authorization, adding between them nine new targets for interception. It was therefore proper for the Crown to apply, under Part IV.1 of the *Code*, for new authorizations instead of renewals.

tions privées dans tous les endroits fréquentés dans la province par des personnes nommées est légale; (2) si ces endroits peuvent comprendre un téléphone public; (3) si une nouvelle autorisation peut être acceptée au lieu d'un renouvellement; (4) si une communication interceptée peut elle-même servir de preuve qu'une personne a fréquenté un endroit où les communications ont été interceptées; et (5) si la surveillance électronique non contrôlée des téléphones publics et l'entrée clandestine dans des lieux privés constituent des fouilles, des perquisitions ou des saisies abusives, contrairement à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Arrêt (les juges Wilson et La Forest sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson, le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé et Sopinka: Les autorisations sont conformes aux exigences de la partie IV.1 du *Code criminel*. Les autorisations ne permettent pas d'intercepter les communications de n'importe qui n'importe où dans la province. Elles comportent des restrictions. L'alinéa c) est restreint aux personnes nommées. L'alinéa d) est restreint aux personnes qui fréquentent ou utilisent les lieux désignés ou communiquent avec les personnes nommées. Quant aux lieux, chacun est limité aux lieux fréquentés par cinq individus nommés. Les alinéas c) et d) ne délèguent donc pas aux policiers le soin de décider si les interceptions seraient utiles à l'enquête. C'est le juge qui a donné les autorisations qui s'est prononcé à cet égard compte tenu des liens avec les personnes cibles.

Les autorisations n'étaient pas invalides du fait qu'elles n'énuméraient pas les téléphones publics comme endroits où les communications pouvaient être interceptées. Étant donné que les enquêteurs savaient que les personnes nommées avaient l'intention de fréquenter des téléphones publics, une description plus précise aurait pu être donnée. Cependant, sous réserve de son effet sur l'art. 8 de la *Charte*, cette omission en soi ne rend pas les autorisations illégales. L'alinéa 178.13(2)c) du *Code* ne dit pas qu'il doit s'agir de la description la plus précise possible. Il n'exige qu'une description générale.

Les policiers devraient demander le renouvellement d'une autorisation existante lorsqu'ils veulent en étendre la durée sans toucher aux autres dispositions. Lorsque l'autorisation est expirée ou que l'on veut étendre la portée de la surveillance, le moyen approprié est de demander une nouvelle autorisation. En l'espèce, les deuxième et troisième autorisations ont étendu la portée de la première autorisation en ajoutant dans l'ensemble neuf nouvelles cibles d'interception. Il était donc approprié que le ministère public demande, en vertu de la partie IV.1 du *Code*, de nouvelles autorisations au lieu de renouvellements.

On a proper interpretation of the “resort to” clause, the police can only intercept communications of the target person at a place if they have evidence to believe, on reasonable and probable grounds, that this place was resorted to or would be resorted to by the target. An intercepted communication cannot in itself provide evidence that a person “resorted to” a particular place, bringing that interception into compliance with the authorizations. Before the evidence of the conversation can be admitted, there must be other evidence before the trial judge indicating that the location was a place resorted to or used by the accused. This can be established through a previously lawfully authorized interception. In this case, the interceptions made under paragraph (c) of the authorizations are lawful under Part IV.1 of the *Code*, provided that the police acted upon sufficient evidence that a person “resorted to” a place. The interceptions made at places for which such evidence was absent were unlawful and, therefore, inadmissible under s. 178.16(1) of the *Code*.

Electronic surveillance constitutes a “search or seizure” within the meaning of s. 8 of the *Charter*. Paragraph (c) of the authorizations did not *per se* violate the s. 8 requirement of prior judicial authorization demanded under *Hunter*. The “resort to” clause did not enable the police to usurp the function of the judge. The authorizing judge’s determination as to whether there are reasonable and probable grounds to believe that the interception of an individual’s private communications will assist the investigation can be made with respect to certain classes of places under s. 178.13 of the *Code*. To require a determination by the police officers that they have reasonable and probable grounds for believing that the place complies with the general description before the authorization is acted upon is an additional safeguard to the dictates of s. 178.13. From the perspective of the rights of a person who is a target of the authorization, if it is reasonable to intercept the communication of a person at a specified address, it is equally reasonable to intercept his communication at another place to which he resorts. The nature of the invasion of a person’s privacy does not change with that person’s location.

However, while the nature of the invasion of a person’s privacy is constant, what changes with that person’s location is the possible effect on third parties. Where the police are aware, prior to seeking an authorization, that the targets make extensive use of pay telephones, the authorizations, to comply with s. 8, must at a minimum provide that conversations at a pay telephone should not be intercepted unless there are reason-

L’interprétation appropriée de la clause des «endroits fréquentés» est que les policiers ne peuvent intercepter les communications de la personne cible que dans un lieu dont ils ont des motifs raisonnables et probables de croire, compte tenu de la preuve, qu’il a été ou sera fréquenté par la cible. Une communication interceptée ne peut en elle-même apporter la preuve qu’une personne «fréquentait» un lieu particulier, faisant en sorte que l’interception soit conforme aux autorisations. Pour que la preuve de la conversation puisse être admise, le juge du procès doit disposer d’une autre preuve que le lieu était un endroit fréquenté ou utilisé par l’accusé. Cela peut être établi au moyen d’une interception préalable légalement autorisée. En l’espèce, les interceptions effectuées conformément à l’alinéa c) des autorisations sont légales en vertu de la partie IV.1 du *Code*, pourvu que les policiers aient suffisamment de preuve qu’une personne «a fréquenté» un lieu. En l’absence de cette preuve, les interceptions effectuées en ces lieux sont illégales et donc inadmissibles en vertu du par. 178.16(1) du *Code*.

La surveillance électronique constitue «une fouille, une perquisition et une saisie» au sens de l’art. 8 de la *Charte*. L’alinéa c) des autorisations ne viole pas en soi l’exigence de l’art. 8 de l’autorisation judiciaire préalable formulée dans l’arrêt *Hunter*. La clause des «endroits fréquentés» ne permet pas à la police d’usurper la fonction du juge. Le juge saisi de la demande d’autorisation peut décider s’il existe des motifs raisonnables et probables de croire que l’interception des communications privées d’un individu facilitera l’enquête à l’égard de certaines catégories de lieux en vertu de l’art. 178.13 du *Code*. Exiger des policiers qu’ils décident s’ils ont des motifs raisonnables et probables de croire que le lieu est conforme à la description générale avant d’agir en vertu de l’autorisation est une garantie qui s’ajoute aux prescriptions de l’art. 178.13. Du point de vue des droits de la personne qui est visée par l’autorisation, s’il est raisonnable d’intercepter la communication d’une personne à une adresse précise, il est tout aussi raisonnable d’intercepter la communication de cette personne dans un autre lieu qu’elle fréquente. La nature de l’atteinte au droit à la vie privée d’une personne ne change pas selon le lieu où elle se trouve.

Toutefois, bien que la nature de l’atteinte à la vie privée d’une personne soit constante, ce qui varie avec les changements de lieu est l’effet possible de l’autorisation sur les tiers. Lorsque les policiers savent, avant de demander une autorisation, que les cibles font grand usage des téléphones publics, les autorisations, pour être conformes à l’art. 8, doivent prévoir à tout le moins que les conversations dans un téléphone public ne doivent

able and probable grounds for believing that a target is using the telephone at the time that the listening device is activated. The police cannot simply install a listening device and leave it running indiscriminately in hope that a target may come along. While the failure to impose conditions protecting the public interest under s. 178.13(2)(d) of the *Code* is not unlawful because the power is discretionary, the failure to do so in the present circumstances was unreasonable. Therefore, any evidence obtained as a result of interceptions at pay telephones in the absence of reasonable and probable grounds for believing that a target was using the telephone was obtained in contravention of s. 8.

Interceptions obtained by means of surreptitious entry into residential premises which were not specifically mentioned on the face of the authorizations also violated s. 8 of the *Charter*. In the absence of express mention of a private residence in the authorizations, the authorizing judge could not under s. 178.13(2)(d) of the *Code* impose conditions to safeguard the public's interest in privacy within the sanctuary of a private dwelling.

Unlawful interceptions—in the sense of non-compliance with the provisions of Part IV.1 of the *Code*—must be excluded under s. 178.16(1) of the *Code*. Interceptions which fall within the terms of the *Code* but nonetheless violate s. 8 of the *Charter* are inadmissible only if their admission would bring the administration of justice into disrepute. In this case, interceptions at places for which the Crown cannot adduce sufficient evidence of “resorting to” are unlawful and, hence, inadmissible. The interceptions obtained at pay telephones and residential premises in contravention of s. 8 of the *Charter* are admissible. The breach of s. 8 was not deliberate, wilful or flagrant. The police officers acted entirely in good faith. They were acting in accordance with what they had good reason to believe was the law at the time. The fact that the telephone number of some of the persons named in the first authorization was for a pay telephone was before the authorizing judge. The police acted in accordance with authorizations which complied with the provisions of the *Code*. The admission of evidence gathered in these circumstances would not bring the administration of justice into disrepute.

Per Wilson J. (dissenting): Because the tapping of public pay phones gives rise *per se* to massive violations

pas être interceptées sauf s'il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'une cible utilise le téléphone au moment où le dispositif d'écoute est mis en marche. Les policiers ne peuvent pas simplement installer un dispositif d'écoute et quitter les lieux en le laissant fonctionner systématiquement dans l'espoir qu'une cible se présentera. Bien que l'omission d'imposer des conditions visant à protéger l'intérêt public en vertu de l'al. 178.13(2)d) du *Code* ne soit pas illégale parce que le pouvoir est discrétionnaire, cette omission dans les présentes circonstances est déraisonnable. En conséquence, tout élément de preuve recueilli par suite des interceptions dans les téléphones publics en l'absence de motifs raisonnables et probables de croire qu'une cible utilisait le téléphone a été obtenu contrairement à l'art. 8.

Les communications interceptées grâce à une entrée clandestine dans des lieux résidentiels qui n'étaient pas précisément mentionnés dans le texte de l'autorisation ont été interceptées contrairement à l'art. 8 de la *Charte*. En l'absence de mention expresse d'une résidence privée dans les autorisations, le juge qui les a accordées ne pouvait pas, en vertu de l'al. 178.13(2)d) du *Code*, imposer des conditions pour sauvegarder l'intérêt du public en matière de vie privée dans les limites sacrées de la résidence privée.

Les interceptions illégales—en ce sens qu'elles ne respectent pas les dispositions de la partie IV.1 du *Code*—doivent être exclues en vertu du par. 178.16(1) du *Code*. Les interceptions qui sont conformes au *Code criminel* mais qui violent malgré tout l'art. 8 de la *Charte* ne sont inadmissibles que si leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. En l'espèce, les interceptions dans des lieux à l'égard desquels le ministère public ne peut apporter une preuve suffisante qu'ils sont «fréquentés» sont illégales et donc inadmissibles. Les communications interceptées dans des téléphones publics et dans des lieux résidentiels, contrairement à l'art. 8 de la *Charte*, sont admissibles. La violation de l'art. 8 n'était ni intentionnelle, ni volontaire, ni flagrante. Les policiers ont agi entièrement de bonne foi en conformité avec ce qu'ils avaient de bonnes raisons de considérer comme le droit applicable à l'époque. Le fait que le numéro de téléphone de certaines des personnes nommées dans la première autorisation soit celui d'un téléphone public avait été soumis au juge qui a accordé l'autorisation. Les policiers ont agi conformément à des autorisations qui étaient conformes aux dispositions du *Code*. L'utilisation de la preuve recueillie dans ces circonstances n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Le juge Wilson (dissidente): Parce que la mise sur écoute de téléphones publics donne lieu en soi à des

of the rights of third parties to be free from unreasonable searches as guaranteed by s. 8 of the *Charter*, an order made pursuant to Part IV.1 of the *Code*, which is intended by the judge to authorize the tapping of such phones, must do so expressly and not by implication under a general "resort to" clause. When the authorizing judge expressly states in the authorization precisely what he intends to permit the police to do, he shows on the face of the authorization that he has turned his mind to the extent of the invasion of privacy sought by the police and has considered whether in the particular circumstances before him such an invasion is warranted. Unless the issuing authority does this, it cannot be known under the *Wilson* regime whether the authorizing judge exercised a judicial discretion in granting the authorization or whether he intended or did not intend the "resort to" clause to cover the tapping of public pay phones. The validity of an authorization made under s. 178.13 of the *Code*, therefore, should be determined not by asking whether it can on its face conceivably be construed as authorizing what was done but by asking whether it is clear from the face of the authorization that the authorizing judge in fact authorized what was done in the exercise of a discretion based on all the relevant facts. If that question is answered in the negative, or if there is any doubt about the answer, then the authorization and the interceptions made pursuant to it are invalid and the evidence acquired is inadmissible pursuant to s. 178.16(1) of the *Code*.

La Forest J.'s reasons on the matters not specifically addressed here were agreed with.

Per La Forest J. (dissenting): Under the *Criminal Code*, the "resort to" clauses are not *ipso facto* invalid. Section 178.13(2)(c) of the *Code* gives a judge a discretion to insert such a clause in an authorization to electronically intercept private communications. This discretion, however, should not be routinely exercised. Rather, it must be exercised consistently with the purpose of Part IV.1 of the *Code*, which is to protect the privacy of individuals. The discretion must also be read to conform with the *Charter*. When an invasion of privacy becomes necessary in the course of an investigation, the police must, under Part IV.1, seek an authorization and give the judge highly specific information so that he can properly exercise his discretion to set limits on unnecessary intrusions on privacy. Section 178.13(2)(c) requires a description of the place of interceptions where possible and interceptions should accordingly be limited, in all but the narrowest of circum-

violations massives des droits des tiers à la protection contre les fouilles ou les perquisitions abusives garantis à l'art. 8 de la *Charte*, une ordonnance rendue en application de la partie IV.1 du *Code*, par laquelle le juge entend autoriser la mise sur écoute de ces téléphones publics, doit le prévoir expressément et non implicitement au moyen d'une clause générale des «endroits fréquentés». Lorsque le juge dit expressément dans l'autorisation qu'il accorde ce qu'il veut permettre à la police de faire, il montre, dans le texte de l'autorisation, qu'il a prêté attention à l'étendue de l'atteinte à la vie privée recherchée par la police et qu'il s'est demandé si, dans les circonstances particulières de l'espèce, une telle atteinte était justifiée. Si le juge qui accorde l'autorisation ne le fait pas, il n'est pas possible de savoir, selon le régime de l'arrêt *Wilson*, s'il a exercé un pouvoir discrétionnaire en accordant l'autorisation ou s'il a voulu ou n'a pas voulu que la clause des «endroits fréquentés» vise la mise sur écoute de téléphones publics. En conséquence, on ne doit pas déterminer la validité d'une autorisation accordée en vertu de l'art. 178.13 du *Code* en se demandant s'il est concevable de l'interpréter comme autorisant à première vue ce qui a été fait; il faut plutôt se demander si, à la lecture de l'autorisation, il est clair que le juge a effectivement autorisé ce qui a été fait dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire fondé sur tous les faits pertinents. Si la réponse est négative, ou s'il y a quelque doute quant à la réponse, l'autorisation et les interceptions qui ont été faites conformément à celle-ci sont invalides et la preuve recueillie est inadmissible en application du par. 178.16(1) du *Code*.

Il y a accord avec les motifs du juge La Forest relativement aux questions qui n'ont pas été abordées expressément ici.

Le juge La Forest (dissident): Aux termes du *Code criminel*, les clauses des «endroits fréquentés» ne sont pas *ipso facto* invalides. L'alinéa 178.13(2)c) du *Code* confère au juge le pouvoir discrétionnaire d'insérer une telle clause dans une autorisation en vue d'intercepter des communications privées au moyen de dispositifs électroniques. Toutefois, ce pouvoir discrétionnaire ne devrait pas être exercé systématiquement. Il doit plutôt être exercé conformément à l'objet de la partie IV.1 du *Code*, qui est de protéger la vie privée des personnes. Ce pouvoir discrétionnaire doit aussi être interprété de manière à être conforme à la *Charte*. Si une atteinte à la vie privée devient nécessaire au cours d'une enquête, la police doit, en vertu de la partie IV.1, demander une autorisation et donner au juge des renseignements très précis de façon qu'il puisse exercer régulièrement son pouvoir discrétionnaire d'imposer des restrictions aux atteintes inutiles à la vie privée. L'alinéa 178.13(2)c)

stances, to places for which information was available at the time of the application for the authorization. An authorization may properly incorporate a "resort to" clause, but only where the police are not in a position to give a general description of the places of interceptions.

Surreptitious electronic interception of private communications constitutes a "search or seizure" within the meaning of s. 8 of the *Charter*. These interceptions strike at the heart of the privacy rights s. 8 is designed to protect. While Part IV.1 of the *Code*, read as a whole, is constitutional, the granting of a particular authorization may offend s. 8. A "resort to" clause does not generally meet the standard of reasonableness set forth in *Hunter* for such a clause is effectively a delegation to the police of the discretion which under the *Hunter* standard must, where feasible, be exercised by a judge or other independent person. It is only reasonable to insert a "resort to" clause in those limited circumstances where Parliament, under Part IV.1 of the *Code*, intended that a judge could grant an authorization to intercept communications in an unspecified place. When a "resort to" clause has been properly included in an authorization, the police must themselves act reasonably to comply with the high standard set by s. 8. This includes the duty to act on the basis of reasonable and probable cause in placing intercepts under a "resort to" clause.

In the present case, the police were aware from the outset that those under investigation resorted to and made use of pay phones, and that they used a code to advise one another of the locations where they could be reached. While this type of scheme warrants the granting of an authorization that includes a "resort to" clause, in spite of the fact that interceptions could be placed at several known locations, the present authorizations did not respect the requirements of Part IV.1 of the *Code* or of s. 8 of the *Charter* and are therefore void. Interceptions of public pay phone conversations have serious implications for the privacy of third parties. The authorizing judge should have directed his mind to these considerations and exercised his discretion to limit the powers of the police by setting them out in the authorizations. Nothing in the authorizations indicates any exercise of the discretion. Simply authorizing the police,

exige une description des lieux d'interception, lorsque cela est possible, et les interceptions devraient donc être limitées, dans toutes les circonstances, sauf les circonstances exceptionnelles, aux endroits au sujet desquels des renseignements étaient disponibles à l'époque de la demande d'autorisation. Une autorisation peut comporter à bon droit une clause des «endroits fréquentés», mais seulement lorsque les policiers ne sont pas en mesure de donner une description générale des lieux d'interception.

L'interception électronique clandestine de communications privées constitue une «fouille ou perquisition» et une «saisie» au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Ces interceptions portent directement atteinte aux droits à la vie privée que vise à protéger l'art. 8. Bien que, dans l'ensemble, la partie IV.1 du *Code* soit constitutionnelle, le fait d'accorder une autorisation particulière peut contrevenir à l'art. 8. Une clause des «endroits fréquentés» ne satisfait pas généralement à la norme du caractère raisonnable établie dans l'arrêt *Hunter*, car pareille clause est en réalité une délégation aux policiers du pouvoir discrétionnaire qui, en vertu de la norme formulée dans l'arrêt *Hunter*, doit être exercé, lorsque cela est possible, par un juge ou une autre personne indépendante. Il n'est raisonnable d'inclure une clause des «endroits fréquentés» que dans les circonstances restreintes où le Parlement a voulu, en vertu de la partie IV.1 du *Code*, qu'un juge puisse accorder une autorisation d'intercepter des communications dans un lieu non précisé. Lorsqu'une clause des «endroits fréquentés» a été légitimement incluse dans une autorisation, les policiers doivent eux-mêmes agir raisonnablement s'ils veulent se conformer à la norme élevée établie par l'art. 8. Cela comprend le devoir d'agir en fonction de motifs raisonnables et probables dans l'installation de dispositifs d'interception en vertu d'une clause des «endroits fréquentés».

En l'espèce, les policiers savaient dès le départ que les personnes faisant l'objet de l'enquête fréquentaient et utilisaient des téléphones publics et qu'elles utilisaient un code pour s'informer mutuellement des endroits où il était possible de les rejoindre. Bien que ce genre de situation justifie d'accorder une autorisation assortie d'une clause des «endroits fréquentés», malgré le fait que les dispositifs d'interception pouvaient être installés dans plusieurs endroits connus, les autorisations en cause en l'espèce ne respectaient pas les exigences de la partie IV.1 du *Code* ou de l'art. 8 de la *Charte* et elles sont donc nulles. L'interception de conversations dans les téléphones publics a de graves incidences sur la vie privée des tiers. Le juge qui a accordé l'autorisation aurait dû tenir compte de ces considérations, et exercer son pouvoir discrétionnaire de limiter les pouvoirs des policiers en les énonçant dans l'autorisation. Rien dans

in their sole discretion, to use any electronic means of interception anywhere the suspects may go is incompatible with the *Code* and unreasonable under the *Charter*. This effectively amounts to a failure on the judge's part to exercise his discretion and a delegation of that discretion to the police. The authorizations should have made specific reference to pay phones. What the authorizations permit must not be left to guesswork or interpretation by the police.

An intercepted communication cannot in itself provide evidence that a person "resorted to" a particular place, bringing that interception into compliance with the authorizations. The existence of extrinsic evidence is always necessary.

The police should have applied for renewals instead of fresh authorizations with respect to the persons and addresses stated in the first authorization. On a proper interpretation of s. 178.13 of the *Code*, an application for renewal should be made if continued surveillance is contemplated and fresh authorizations should be sought only with respect to persons or places added to the investigation. Section 178.13(3) has been carefully tailored to permit a judge to assess whether the electronic search should continue or whether it has become overly prolonged and unwarranted. Accordingly, as regards the persons and places contemplated in the first authorization, any evidence gained during the course of the subsequent authorizations is inadmissible. The second and third authorizations may be severed, however, and, if otherwise lawfully obtained, are valid in respect of the persons and places therein added.

The information obtained from the pay phones known at the time of the second and third authorizations is inadmissible. A "resort to" clause cannot cover specific locations that are already known by the police. Under s. 178.13(2)(c) of the *Code*, Parliament requires that a description of the place of interception must be given to the judge authorizing the interception where this is possible at the time. To ignore this requirement defeats Parliament's intention that electronic invasions of privacy, necessary in the interests of law enforcement, be authorized by a judge. Further, for an authorization to comply with s. 8 of the *Charter*, all the proposed places of interception known to the police when the application is made must be described in reasonably specific terms. If a place is intercepted under a "resort to" clause following that authorization, it must similarly be described in any subsequent authorization or renewal. It

les autorisations n'indique que ce pouvoir discrétionnaire a été exercé. Autoriser simplement les policiers à utiliser, à leur seule discrétion, tout dispositif d'interception électronique dans tout lieu que peuvent fréquenter les suspects est incompatible avec le *Code* et abusif en vertu de la *Charte*. En réalité, c'est comme si le juge omettait d'exercer son pouvoir discrétionnaire et le délèguait aux policiers. Les autorisations auraient dû mentionner précisément les téléphones publics. Ce qu'une autorisation permet ne doit pas être laissé à l'appréciation ou à l'interprétation des policiers.

Une communication interceptée ne peut elle-même apporter la preuve qu'une personne «fréquentait» un lieu particulier, faisant en sorte que l'interception soit conforme à l'autorisation. L'existence d'une preuve extrinsèque est toujours nécessaire.

Les policiers auraient dû demander des renouvellements au lieu de nouvelles autorisations quant aux personnes et aux adresses mentionnées dans la première autorisation. Selon la bonne façon d'interpréter l'art. 178.13 du *Code*, une demande de renouvellement devrait être faite si on envisage de poursuivre la surveillance électronique et de nouvelles autorisations ne devraient être demandées que pour les personnes ou lieux ajoutés à l'enquête. Le paragraphe 178.13(3) a été soigneusement conçu pour permettre à un juge de déterminer si la surveillance électronique devrait se poursuivre ou si elle s'est prolongée indûment et est devenue injustifiée. Par conséquent, en ce qui concerne les personnes et les lieux envisagés dans la première autorisation, tout élément de preuve recueilli au cours des autorisations ultérieures est inadmissible. Cependant, les deuxième et troisième autorisations peuvent être divisées et, à la condition d'avoir par ailleurs été légalement obtenues, elles sont valides à l'égard des personnes et des lieux qui y ont été ajoutés.

Les renseignements obtenus dans les téléphones publics connus à l'époque de la deuxième et de la troisième autorisations respectivement, sont inadmissibles. Une clause des «endroits fréquentés» ne peut viser des lieux précis qui sont déjà connus de la police. En vertu de l'art. 178.13(2)(c) du *Code*, le Parlement exige qu'une description du lieu de l'interception soit donnée au juge qui autorise l'interception lorsque cela est possible au moment de l'autorisation. Faire fi de cette exigence contrecarre l'intention du Parlement que les atteintes à la vie privée au moyen de dispositifs électroniques, qui sont nécessaires pour appliquer la loi, soient autorisées par un juge. De plus, pour qu'une autorisation soit conforme à l'art. 8 de la *Charte*, tous les lieux connus où les policiers se proposent d'intercepter des communications lorsqu'une demande est présentée doivent être décrits en des termes raisonnablement précis.

is incumbent on the police, as agents of the state, to supply this information. There is no question that it was feasible in this case for the police to supply the information regarding the pay phones they had already "bugged" when they applied for the second and third authorizations. These authorizations fail to meet the *Hunter* requirement that a search and seizure requires pre-authorization by a judicial officer where this is feasible, and are therefore unreasonable.

Interceptions obtained by means of surreptitious entry into residential premises which were not specifically mentioned on the face of the authorizations also violated s. 8 of the *Charter*. There is a clear distinction between a breach of privacy occasioned by an interception accompanied by surreptitious entry and one that is not. Surreptitious entry strikes at a right that, though bound up to some degree with the privacy rights protected by Part IV.1 of the *Code*, is nevertheless an independent and distinct right. Given that two distinct constitutionally protected interests are engaged when surreptitious entry is effected pursuant to an authorization to intercept private communications under s. 178.13(1) of the *Code*, it follows that invasion of either right should be countenanced solely on the basis of the *Hunter* standard. Accordingly, the authorizing judge must be placed in a position to consider the matter.

Since the evidence in this case was obtained in violation of the provisions of Part IV.1 of the *Code*, it is inadmissible under s. 178.16 of the *Code*. It is thus unnecessary to consider whether the admission of this evidence would be also inadmissible for breach of the *Charter* under circumstances that would bring the administration of justice into disrepute as provided by s. 24 of the *Charter*.

Cases Cited

By Sopinka J.

Applied: *R. v. Niles* (1978), 40 C.C.C. (2d) 512; *R. v. Papalia*, [1988] 2 S.C.R. 137, aff'g (1984), 13 C.C.C. (3d) 449 (Ont. C.A.); **distinguished:** *Grabowski v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 434; **considered:** *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633; *Wiretap Reference*, [1984] 2 S.C.R. 697; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48; **referred to:** *R. v. LeClerc* (1985), 20 C.C.C. (3d) 173; *Dalia v. United States*, 441 U.S. 238

Si, à la suite de cette autorisation, un lieu est visé par l'interception en vertu d'une clause des «endroits fréquentés», ce lieu doit de même être décrit dans toute autorisation ultérieure ou tout renouvellement. Il incombe aux policiers, comme mandataires de l'État, de fournir ces renseignements. Il est incontestable, en l'espèce, qu'il était possible aux policiers de fournir les renseignements au sujet des téléphones publics qu'ils avaient déjà mis sur écoute lorsqu'ils ont demandé les deuxième et troisième autorisations. Ces autorisations ne satisfont pas à l'exigence de l'arrêt *Hunter* selon laquelle une fouille, une perquisition et une saisie nécessitent préalablement l'autorisation d'un officier de justice lorsque cela est possible, et elles sont donc abusives.

Les communications interceptées grâce à une entrée clandestine dans des lieux résidentiels qui n'étaient pas précisément mentionnés dans le texte de l'autorisation ont été interceptées contrairement à l'art. 8 de la *Charte*. Il existe une nette distinction entre la violation de la vie privée par suite d'une interception assortie d'une entrée clandestine et la violation qui n'est pas assortie d'une entrée clandestine. L'entrée clandestine porte atteinte à un droit qui, bien que relié d'une certaine façon aux droits à la vie privée protégés par la partie IV.1 du *Code*, est néanmoins un droit indépendant et distinct. Puisque deux droits distincts protégés par la Constitution sont en cause lorsqu'il y a une entrée clandestine en application d'une autorisation d'intercepter des communications privées, en vertu du par. 178.13(1) du *Code*, il s'ensuit que la violation de l'un ou l'autre de ces droits ne devrait être admise qu'en fonction de la norme de l'arrêt *Hunter*. En conséquence, le juge qui accorde l'autorisation doit être en mesure d'examiner la question.

Puisque la preuve en l'espèce a été obtenue en violation des dispositions de la partie IV.1 du *Code*, elle est inadmissible en vertu de l'art. 178.16 du *Code*. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner si cette preuve serait également inadmissible pour cause de violation de la *Charte* dans des circonstances qui seraient susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice, tel que prévu par l'art. 24 de la *Charte*.

Jurisprudence

i Citée par le juge Sopinka

Arrêts appliqués: *R. v. Niles* (1978), 40 C.C.C. (2d) 512; *R. c. Papalia*, [1988] 2 R.C.S. 137, conf. (1984), 13 C.C.C. (3d) 449 (C.A. Ont.); **distinction d'avec l'arrêt:** *Grabowski c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 434; **arrêts examinés:** *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633; *Renvoi sur l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48; **arrêts mentionnés:** *R. v. LeClerc* (1985), 20 C.C.C.

(1979); *R. v. McLeod*, [1988] N.W.T.R. 103; *R. v. Paterson, Ackworth and Kovach* (1985), 18 C.C.C. (3d) 137 (Ont. C.A.), aff'd [1987] 2 S.C.R. 291; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *Mead and Ford v. R. (No. 2)* (1988), 72 Nfld. & P.E.I.R. 33; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Badovinac* (1977), 34 C.C.C. (2d) 65; *R. v. Pleich* (1980), 16 C.R. (3d) 194; *R. v. Nicolucci* (1989), 53 C.C.C. (3d) 546 (Que. C.A.), aff'g (1985), 22 C.C.C. (3d) 207 (Que. Sup. Ct.); *R. v. Vransy, Zikan and Dvorak* (1979), 46 C.C.C. (2d) 14; *R. v. Dubois* (1986), 27 C.C.C. (3d) 325.

By Wilson J. (dissenting)

Wilson v. The Queen, [1983] 2 S.C.R. 594; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038.

By La Forest J. (dissenting)

Hunter v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145; *Grabowski v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 434; *R. v. Papalia*, [1988] 2 S.C.R. 137, aff'g (1984), 13 C.C.C. (3d) 449 (Ont. C.A.); *R. v. Playford* (1987), 61 C.R. (3d) 101; *R. v. Blacquiére* (1980), 57 C.C.C. (2d) 330; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48; *R. v. Pleich* (1980), 16 C.R. (3d) 194; *R. v. Dubois* (1986), 27 C.C.C. (3d) 325; *R. v. Vransy, Zikan and Dvorak* (1979), 46 C.C.C. (2d) 14; *R. v. Volpe* (1981), 63 C.C.C. (2d) 506; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Chesson*, [1988] 2 S.C.R. 148; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145; *Dalia v. United States*, 441 U.S. 238 (1979).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 [am. 1973-74, c. 50, s. 2], ss. 178.11(2)(a), 178.12(1)(e) [rep. & sub. 1976-77, c. 53, s. 8(1)], 178.13 [am. *idem*, s. 9], 178.15(1), (2), 178.16(1) [rep. & sub. *idem*, s. 10], 618(2) [am. 1974-75-76, c. 105, s. 18].
Protection of Privacy Act, S.C. 1973-74, c. 50, s. 2.
 18 U.S.C. § 2518(5) (1988).

(3d) 173; *Dalia v. United States*, 441 U.S. 238 (1979); *R. v. McLeod*, [1988] N.W.T.R. 103; *R. v. Paterson, Ackworth and Kovach* (1985), 18 C.C.C. (3d) 137 (C.A. Ont.), conf. [1987] 2 R.C.S. 291; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *Mead and Ford v. R. (No. 2)* (1988), 72 Nfld. & P.E.I.R. 33; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. v. Badovinac* (1977), 34 C.C.C. (2d) 65; *R. v. Pleich* (1980), 16 C.R. (3d) 194; *R. v. Nicolucci* (1989), 53 C.C.C. (3d) 546 (C.A. Qué.), conf. (1985), 22 C.C.C. (3d) 207 (C.S. Qué.); *R. v. Vransy, Zikan and Dvorak* (1979), 46 C.C.C. (2d) 14; *R. v. Dubois* (1986), 27 C.C.C. (3d) 325.

c Citée par le juge Wilson (dissidente)

Wilson c. La Reine, [1983] 2 R.C.S. 594; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.

d Citée par le juge La Forest (dissident)

Hunter c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145; *Grabowski c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 434; *R. c. Papalia*, [1988] 2 R.C.S. 137, conf. (1984), 13 C.C.C. (3d) 449 (C.A. Ont.); *R. v. Playford* (1987), 61 C.R. (3d) 101; *R. v. Blacquiére* (1980), 57 C.C.C. (2d) 330; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48; *R. v. Pleich* (1980), 16 C.R. (3d) 194; *R. v. Dubois* (1986), 27 C.C.C. (3d) 325; *R. v. Vransy, Zikan and Dvorak* (1979), 46 C.C.C. (2d) 14; *R. v. Volpe* (1981), 63 C.C.C. (2d) 506; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Chesson*, [1988] 2 R.C.S. 148; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145; *Dalia v. United States*, 441 U.S. 238 (1979).

h Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34 [mod. 1973-74, ch. 50, art. 2], art. 178.11(2)a), 178.12(1)e) [abr. & rempl. 1976-77, ch. 53, art. 8(1)], 178.13 [mod. *idem*, art. 9], 178.15(1), (2), 178.16(1) [abr. & rempl. *idem*, art. 10], 618(2) [mod. 1974-75-76, ch. 105, art. 18].
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi sur la protection de la vie privée, S.C. 1973-74, ch. 50, art. 2.
 18 U.S.C. § 2518(5) (1988).

Authors Cited

Carr, James G. *The Law of Electronic Surveillance*, 2nd ed. New York: Clark Boardman Co., 1986 (loose-leaf).

Rauf, M. Naeem. "Recent Developments in Wire-tap Law" (1989), 31 *Crim. L.Q.* 208.

Watt, David. *Law of Electronic Surveillance in Canada*. Toronto: Carswells, 1979.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1986), 33 D.L.R. (4th) 744, [1986] 5 W.W.R. 131, 29 C.C.C. (3d) 516, 53 C.R. (3d) 56, allowing the Crown's appeal from an acquittal of the accused on a charge of conspiracy to import marijuana. Appeal dismissed, Wilson and La Forest JJ. dissenting.

Sidney B. Simons, for the appellants Thompson and Cromwell.

Barry L. Long, for the appellants Rosen and McDonald.

Patrick A. Good, for the appellant Auld.

S. David Frankel and *Ian J. McKinnon*, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ. was delivered by

SOPINKA J.—This appeal raises several issues concerning the requirements for authorizations for the interception of private communications pursuant to Part IV.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34: whether an authorization permitting the interception of private communications at all places resorted to by named persons within the province is lawful; whether such places can include public pay telephones; whether an intercepted communication can itself provide evidence that a person resorted to a place at which communications were intercepted; and whether a fresh authorization is permissible rather than a renewal. The appeal further raises the question whether unsupervised electronic surveillance of public pay telephones and surreptitious entry into private dwellings constitute unreasonable searches or sei-

Doctrine citée

Carr, James G. *The Law of Electronic Surveillance*, 2nd ed. New York: Clark Boardman Co., 1986 (loose-leaf).

^a Rauf, M. Naeem. «Recent Developments in Wire-tap Law» (1989), 31 *Crim. L.Q.* 208.

Watt, David. *Law of Electronic Surveillance in Canada*. Toronto: Carswells, 1979.

^b POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1986), 33 D.L.R. (4th) 744, [1986] 5 W.W.R. 131, 29 C.C.C. (3d) 516, 53 C.R. (3d) 56, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public à l'encontre de l'acquiescement des accusés relativement à une accusation de complot en vue d'importer de la marijuana. Pourvoi rejeté, les juges Wilson et La Forest sont dissidents.

^d *Sidney B. Simons*, pour les appelants Thompson et Cromwell.

Barry L. Long, pour les appelants Rosen et McDonald.

^e *Patrick A. Good*, pour l'appelant Auld.

S. David Frankel et *Ian J. McKinnon*, pour l'intimée.

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

^g LE JUGE SOPINKA—Ce pourvoi soulève plusieurs questions concernant les exigences pour obtenir l'autorisation d'intercepter des communications privées conformément à la partie IV.1 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, à savoir: si une autorisation qui permet l'interception de communications privées dans tous les endroits fréquentés dans la province par des personnes nommées est légale, si ces endroits peuvent comprendre un téléphone public, si une communication interceptée peut elle-même servir de preuve qu'une personne a fréquenté un endroit où les communications ont été interceptées, et si une nouvelle autorisation peut être acceptée au lieu d'un renouvellement. Le pourvoi soulève également la question de savoir si la surveillance électronique non contrôlée des téléphones publics et l'entrée clan-

zures contrary to s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Facts

The appellants were charged with conspiracy to import marijuana between March 1, 1983 and September 12, 1983. The Crown's case consisted principally of one hundred thirty-six intercepted communications. At trial, a *voir dire* was held to determine the admissibility of the interceptions. At its conclusion, the trial judge held all but nine inadmissible. The Crown called no evidence before the jury and the trial judge directed the jury to acquit the appellants. The Crown's appeal was allowed and a new trial was ordered: (1986), 33 D.L.R. (4th) 744, [1986] 5 W.W.R. 131, 29 C.C.C. (3d) 516, 53 C.R. (3d) 56. This appeal is made as of right under s. 618(2) of the *Criminal Code*.

The case involved an intensive police investigation which was carried out in widely separated areas of the province of British Columbia, and resulted on September 11, 1983 in a seizure of 278 lbs. of marijuana in a vehicle driven by the appellant, McDonald, in which Rosen was a passenger. The police were aware from the outset that those under investigation resorted to and made wide use of pay telephones as a means of communication, and that in doing so they used a code to advise each other of the locations at which they could be reached. During the investigation, the police installed and operated interception devices upon several pay telephones, private residential premises and hotel rooms occupied by the appellants or some of them.

Three authorizations were procured by the authorities during the investigation. The authorizations are identical except for the dates, the agent applying for the authorization, the names of the affiants, and the identities of the persons whose private communications may be intercepted (targets) in paragraph (c) in each authorization. The

destine dans des lieux privés constituent des fouilles, des perquisitions ou des saisies abusives, contrairement à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

^a Les faits

Les appelants ont été accusés de complot en vue d'importer de la marijuana entre le 1^{er} mars 1983 et le 12 septembre 1983. La preuve du ministère public repose essentiellement sur cent trente-six communications interceptées. Au procès, un *voir-dire* a été tenu pour déterminer l'admissibilité des communications interceptées. À la fin du *voir-dire*, le juge du procès a conclu que toutes les communications, à l'exception de neuf, étaient inadmissibles. Le ministère public n'a présenté aucune preuve devant jury et le juge du procès a dit au jury, dans ses directives, d'acquitter les appelants. L'appel interjeté par le ministère public a été accueilli et un nouveau procès a été ordonné: (1986), 33 D.L.R. (4th) 744, [1986] 5 W.W.R. 131, 29 C.C.C. (3d) 516, 53 C.R. (3d) 56. Ce pourvoi est formé de plein droit en vertu du par. 618(2) du *Code criminel*.

L'affaire découle d'une très longue enquête policière qui a été menée en des endroits très éloignés les uns des autres en Colombie-Britannique et qui a abouti, le 11 septembre 1983, à la saisie de 278 livres de marijuana dans un véhicule conduit par l'appelant McDonald et dans lequel Rosen prenait place. Dès le départ, les policiers savaient que les personnes visées par l'enquête faisaient grand usage des téléphones publics comme moyen de communication et qu'ils utilisaient alors un code pour s'informer mutuellement de l'endroit où il était possible de les rejoindre. Au cours de l'enquête, les policiers ont installé et utilisé des dispositifs d'interception dans plusieurs téléphones publics, résidences privées et chambres d'hôtel occupées par les appelants ou certains d'entre eux.

Au cours de l'enquête, les policiers ont obtenu trois autorisations. Celles-ci sont identiques sauf pour les dates, le policier demandant l'autorisation, le nom des déposants et l'identité des personnes dont les communications privées pourront être interceptées (les cibles) à l'alinéa c) de chaque autorisation. La première autorisation s'appliquait

first authorization ran from March 23, 1983 to May 21, 1983. It included appellants Thompson, Rosen and Auld. It permitted interception of telephone communications at the addresses of the appellants "or elsewhere in the Province of British Columbia resorted to by the said Perry Gordon THOMPSON, Beebe AULD, Ross Allen ROSEN . . .". The affidavit filed before the authorizing judge revealed that the police authorities intended to intercept communications at public pay telephones. Acting under this authorization, intercepting equipment was installed at several residences and hotel rooms and six public pay telephones. For ease of reference, paragraphs (c) and (d) of the first authorization are reproduced below.

(c) The identities of the known persons whose private communications may be intercepted and the places at which private communications may be intercepted are:

Perry Gordon THOMPSON
171-1st Avenue
Cultis Lake, B.C. (tel. no. 858-9276)

Beebe AULD
171-1st Avenue
Cultis Lake, B.C. (tel. no. 858-9276)

Ross Allen ROSEN
3968 A Columbia Valley Highway
Cultus Lake, B.C. (tel. no. 858-6254)

Miron Renoldo KRULL
1601-Columbia Valley Highway
Cultus Lake, B.C. (tel. no. 858-9992)

Lori Christine MARSHALL
1601-Columbia Valley Highway
Cultus Lake, B.C. (tel. no. 858-9992)

or elsewhere in the Province of British Columbia resorted to by the said Perry Gordon THOMPSON, Beebe AULD, Ross Allen ROSEN, Miron Renoldo KRULL and Lori Christine MARSHALL.

(d) The persons whose identities are not known as of the date hereof whose private communications may be intercepted and the places at which private communications may be intercepted are:

(i) those persons who resort to or use the premises described in sub-paragraph (c) hereof, or

du 23 mars 1983 au 21 mai 1983. Elle visait les appelants Thompson, Rosen et Auld. Elle permettait l'interception des communications téléphoniques aux adresses des appelants [TRADUCTION] «ou dans les autres lieux de la province de la Colombie-Britannique fréquentés par lesdits Perry Gordon THOMPSON, Beebe AULD, Ross Allen ROSEN . . .». L'affidavit déposé devant le juge responsable de la délivrance de l'autorisation indiquait que les autorités policières avaient l'intention d'intercepter des communications par téléphone public. Conformément à cette autorisation, ils ont installé du matériel d'interception dans plusieurs résidences et chambres d'hôtel et dans six téléphones publics. Pour faciliter les renvois, les alinéas c) et d) de la première autorisation sont reproduits ci-après.

[TRADUCTION]

c) Les personnes dont l'identité est connue et dont les communications privées peuvent être interceptées ainsi que les endroits où les communications privées peuvent être interceptées sont:

Perry Gordon THOMPSON
171, 1^{re} avenue
Cultis Lake (C.-B.) (tél.: 858-9276)

Beebe AULD
171, 1^{re} avenue
Cultis Lake (C.-B.) (tél.: 858-9276)

Ross Allen ROSEN
3968 A, Columbia Valley Highway
Cultus Lake (C.-B.) (tél.: 858-6254)

Miron Renoldo KRULL
1601, Columbia Valley Highway
Cultus Lake (C.-B.) (tél.: 858-9992)

Lori Christine MARSHALL
1601, Columbia Valley Highway
Cultus Lake (C.-B.) (tél.: 858-9992)

ou dans les autres lieux de la province de la Colombie-Britannique fréquentés par lesdits Perry Gordon THOMPSON, Beebe AULD, Ross Allen ROSEN, Miron Renoldo KRULL et Lori Christine MARSHALL.

d) Les personnes dont l'identité n'est pas connue actuellement et dont les communications privées peuvent être interceptées ainsi que les endroits où les communications privées peuvent être interceptées sont:

(i) les personnes qui fréquentent ou utilisent les lieux décrits à l'alinéa c), ou

(ii) those persons who are in communication with the persons described in sub-paragraph (c) hereof apparently with respect to an offence mentioned in paragraph (a) hereof;

which private communications may be intercepted at any of the premises hereinbefore described and any place or premises in the Province of British Columbia resorted to or used by the persons described in sub-paragraph (c) hereof.

On May 19, 1983 a second authorization was granted. It ran from May 19, 1983 to July 17, 1983, overlapping the first authorization by two days. It named ten persons, including all appellants except McDonald. A third authorization was granted on July 15, 1983, again overlapping its predecessor. It named twelve persons, including all appellants except McDonald. The equipment installed during the first authorization remained in place in most of the pay telephones until the end of the investigation. This interception capability was not mentioned in the second authorization. During the second authorization interception equipment was installed with respect to an additional five pay telephones. These eleven pay telephones were not mentioned in the third authorization. Before the conclusion of the investigation, interception equipment was installed in nine more pay telephones, making a total of twenty. Likewise there was no mention in the second and third authorizations of a listening device having been installed during the currency of the first authorization at the business premises of 1721 Harvey Avenue, Kelowna, British Columbia.

On approximately twenty occasions tape recorders were left on "automatic play mode" overnight with respect to certain pay phones. This resulted in interception of conversations of persons not covered by the authorizations. This is apparently contrary to R.C.M.P. policy with respect to monitoring pay telephones. On such occasions the procedure was to rewind the tape, and play enough of the intercepted conversation to determine if a "target" was speaking. Only if a target was speaking would the whole conversation be listened to and noted. Otherwise, the conversation would be

(ii) les personnes qui sont en communication avec les personnes décrites à l'alinéa c) concernant, selon toute apparence, une infraction mentionnée à l'alinéa a);

lesquelles communications privées peuvent être interceptées dans tout lieu décrit précédemment et dans tout endroit ou lieu de la province de la Colombie-Britannique fréquenté ou utilisé par les personnes décrites à l'alinéa c).

Le 19 mai 1983, une deuxième autorisation a été accordée. Elle s'appliquait du 19 mai 1983 au 17 juillet 1983 et coïncidait avec la première autorisation pendant deux jours. Elle nommait dix personnes, y compris tous les appelants, à l'exception de McDonald. Le 15 juillet 1983, on a accordé une troisième autorisation qui recoupait encore la précédente. Elle nommait douze personnes, y compris les appelants, à l'exception de McDonald. Le matériel qui avait été installé au cours de la période visée par la première autorisation est resté en place dans la plupart des téléphones publics jusqu'à la fin de l'enquête. Ce moyen d'interception n'a pas été mentionné dans la deuxième autorisation. Au cours de la période visée par la deuxième autorisation, on a installé du matériel d'interception dans cinq autres téléphones publics. Ces onze téléphones publics n'ont pas été mentionnés dans la troisième autorisation. Avant la fin de l'enquête, on a installé du matériel d'interception dans neuf autres téléphones publics, ce qui porte le total à vingt. De même, rien n'a été dit dans les deuxième et troisième autorisations au sujet d'un dispositif d'écoute installé pendant la période de validité de la première autorisation à l'adresse commerciale du 1721, avenue Harvey, Kelowna, en Colombie-Britannique.

À une vingtaine de reprises, les magnétophones ont été laissés en «mode de fonctionnement automatique» au cours de la nuit dans certains téléphones publics. Il y a donc eu interception de conversations de personnes non visées par les autorisations. Cela est apparemment contraire à la politique de la GRC quant à l'interception de communications dans les téléphones publics. Dans ces cas, la procédure consistait à rembobiner la bande et à écouter la conversation interceptée suffisamment longtemps pour déterminer si une «cible» parlait. Ce n'est que si une cible parlait que

played forward at a fast speed and a low volume so that it was unintelligible. If, however, no targets were speaking but early in the conversation it became apparent that the conversation related to other criminal activity, the entire conversation would be listened to.

Decisions Below

County Court

McMorran Co. Ct. J. opened the sealed packet for the first authorization because one of the telephone numbers listed for Thompson and Auld was actually for a public telephone. After examining the affidavits he concluded there was no misrepresentation before the issuing judge. He neither opened the sealed packet nor considered the validity of the material behind the face of the second and third authorizations, for there was no application to do so.

He next considered the fact that public telephones were not specifically mentioned in the first authorization, or that interceptions made under the first authorization were not mentioned in subsequent authorizations. He ruled that these omissions struck at the heart of the validity of the authorizations and meant that the interceptions were not "lawfully made" within the meaning of s. 178.16(1)(a). Interceptions of public pay telephones without specific authority vests the police with a discretion to intercept private communications wherever they thought it might be of assistance in obtaining evidence. This constitutes, in McMorran Co. Ct. J.'s opinion, a delegation of the judge's function to the police. He held any such interceptions inadmissible.

McMorran Co. Ct. J. also held that there is no provision in the *Code* to permit a so-called "basket clause" particularly with respect to the absence of any reference to pay telephones. He also expressed concern that automatic monitoring took place on public pay telephones; when no authorization is specifically granted for pay telephones, the result

toute la conversation était écoutée et prise en note. Autrement, on faisait avancer le ruban à grande vitesse et à bas volume pour rendre la conversation inintelligible. Cependant, si aucune cible ne parlait mais qu'on constatait assez tôt dans la conversation que celle-ci portait sur d'autres activités criminelles, toute la conversation était écoutée.

Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

b La Cour de comté

Le juge McMorran de la Cour de comté a ouvert le paquet scellé concernant la première autorisation parce que l'un des numéros de téléphone inscrits pour Thompson et Auld était en réalité celui d'un téléphone public. Après avoir examiné les affidavits, il a conclu qu'il n'y avait eu aucune présentation inexacte des faits devant le juge qui a donné l'autorisation. Il n'a pas ouvert le paquet scellé ni examiné la validité de la documentation relative aux deuxième et troisième autorisations parce qu'on ne lui avait pas demandé de le faire.

Il a ensuite constaté que les téléphones publics n'étaient pas mentionnés précisément dans la première autorisation et que les interceptions effectuées en vertu de la première autorisation n'étaient pas mentionnées dans les autorisations ultérieures. Il a décidé que ces omissions portaient directement atteinte à la validité des autorisations et signifiaient que les interceptions n'avaient pas été «faites légalement» au sens de l'al. 178.16(1)a). L'interception de communications dans les téléphones publics sans autorisation expresse confère aux policiers le pouvoir discrétionnaire d'intercepter des communications privées lorsqu'ils estiment qu'elles peuvent les aider à obtenir des éléments de preuve. De l'avis du juge McMorran, cela constitue une délégation de la fonction du juge aux policiers. Il a conclu que ces interceptions étaient inadmissibles.

Le juge McMorran a également conclu qu'aucune disposition du *Code* ne permet ce qu'on appelle une «clause omnibus», surtout en l'absence de toute mention des téléphones publics. Il s'est également dit préoccupé par le fait que l'enregistrement automatique a eu lieu dans des téléphones publics en l'absence d'autorisation expresse relati-

is a dragnet type of investigation not contemplated by the *Criminal Code*.

McMorran Co. Ct. J. also held that Part IV.1 of the *Criminal Code* does not permit new authorizations to be used in the place of renewals when some of the same people are involved and there was to be an overlap. An application for a renewal requires supporting material not required for an earlier authorization. To permit a subsequent authorization instead of a renewal undermines the policy of Part IV.1.

McMorran Co. Ct. J. next held that an intercepted call may not be the sole basis to prove that the person whose call was intercepted “resorted to” the place in question, following *R. v. Niles* (1978), 40 C.C.C. (2d) 512 (Ont. C.A.).

Turning to the issue of surreptitious entry, McMorran Co. Ct. J. found that the provisions of the *Criminal Code* clearly contemplated surreptitious installations of bugging devices. He held that the authorizations need not specifically authorize the use of audio-bugging devices, and necessarily entailed entry into the premises. Following *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633, he held that surreptitious entry violated neither the *Criminal Code* nor the *Charter*.

Lastly, McMorran Co. Ct. J. considered the defence argument that some of the interceptions violated s. 8 of the *Charter* and should be excluded under s. 24(2). In view of his earlier decision that the *Criminal Code* did not authorize the “resort to” clauses of the authorizations, he did not find it necessary to deal with the constitutional arguments.

Court of Appeal

The British Columbia Court of Appeal reversed the trial judge’s decision in a unanimous judgment of Macdonald, Macfarlane and Cheffins J.J.A. It first rejected the argument that the *Criminal Code* does not permit a “resort to” clause. It held that this Court’s decision in *Grabowski v. The Queen*,

vement aux téléphones publics, ce qui revient à une sorte d’enquête à la seine non prévue par le *Code criminel*.

Le juge McMorran a également conclu que la partie IV.1 du *Code criminel* ne permet pas de demander de nouvelles autorisations au lieu de renouvellements lorsque certaines des mêmes personnes sont visées et qu’il doit y avoir chevauchement. Une demande de renouvellement doit être appuyée par de la documentation non requise pour l’autorisation antérieure. Donner une autorisation ultérieure au lieu d’un renouvellement sape les principes de la partie IV.1.

Le juge McMorran a conclu ensuite qu’il est possible qu’un appel intercepté ne soit pas le seul moyen d’établir qu’une personne dont l’appel a été intercepté [TRADUCTION] «fréquentait» l’endroit en question, conformément à l’arrêt *R. v. Niles* (1978), 40 C.C.C (2d) 512 (C.A. Ont.).

Quant à la question de l’entrée clandestine, le juge McMorran a conclu que les dispositions du *Code criminel* prévoyaient clairement l’installation clandestine de dispositifs d’écoute. Il a conclu que les autorisations n’ont pas à permettre expressément l’utilisation de dispositifs acoustiques et comportent forcément l’entrée dans les lieux. Conformément à l’arrêt *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633, il a conclu que l’entrée clandestine ne violait ni le *Code criminel* ni la *Charte*.

Enfin, le juge McMorran a considéré l’argument présenté en défense selon lequel certaines des interceptions violaient l’art. 8 de la *Charte* et devraient être écartées en vertu du par. 24(2). Compte tenu de sa décision antérieure que le *Code criminel* ne permettait pas l’insertion de clauses des [TRADUCTION] «endroits fréquentés» dans les autorisations, il n’a pas jugé nécessaire d’examiner les arguments constitutionnels.

La Cour d’appel

Dans un jugement unanime rendu par les juges Macdonald, Macfarlane et Cheffins, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a infirmé la décision du juge du procès. Elle a d’abord rejeté l’argument portant que le *Code criminel* ne permet pas l’insertion d’une clause des «endroits fréquen-

[1985] 2 S.C.R. 434, which held part of an authorization invalid because it contained no limitation as to persons or place, was based on the construction of the particular authorization at issue in that case. The authorizations in this case were limited to named persons, named addresses, and the places resorted to by those persons. Following its earlier decision in *R. v. LeClerc* (1985), 20 C.C.C. (3d) 173, the Court of Appeal held that the authorizations were not defective on this ground.

Next, the Court of Appeal rejected arguments based on s. 8 of the *Charter*. The respondents argued that while Part IV.1 is constitutional, "the granting of a particular authorization in the circumstances may be unreasonable and hence infringe s. 8": *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (Ont. C.A.), at p. 78. The Court of Appeal accepted this proposition but found that absolute specificity of persons and places is not constitutionally required. It is reasonable for a judge to recognize that a named person may hold conversations in several different places and to authorize interceptions of the communications at these places.

The Court of Appeal also rejected the argument that surreptitious entry to place a listening device violated s. 8. *Lyons v. The Queen, supra*, and *Wiretap Reference*, [1984] 2 S.C.R. 697, held, prior to the *Charter*, that ss. 178.12 and 178.13 implicitly authorize entry to place listening devices. *Dalia v. United States*, 441 U.S. 238 (1979), held that the Fourth Amendment did not prohibit *per se* covert entry when a warrant to search or place a device had been obtained. The Court of Appeal held that until the Supreme Court of Canada decides otherwise, there is no constitutional requirement for specific authorization for surreptitious entry.

tés». Elle a conclu que l'arrêt *Grabowski c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 434, dans lequel notre Cour a jugé invalide une partie de l'autorisation parce qu'elle ne contenait aucune restriction quant aux personnes ou aux endroits, était fondé sur l'interprétation de l'autorisation particulière visée dans cet arrêt. En l'espèce, les autorisations étaient restreintes à des personnes nommées, à des adresses identifiées et à des lieux fréquentés par ces personnes. Conformément à son arrêt antérieur *R. v. LeClerc* (1985), 20 C.C.C. (3d) 173, la Cour d'appel a conclu que les autorisations n'étaient pas entachées d'un vice à cet égard.

Ensuite, la Cour d'appel a rejeté les arguments fondés sur l'art. 8 de la *Charte*. Les intimés ont soutenu que bien que la partie IV.1 soit constitutionnelle, [TRADUCTION] «la délivrance d'une autorisation particulière dans les circonstances peut être abusive et donc contrevenir à l'art. 8»: *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (C.A. Ont.), à la p. 78. La Cour d'appel a accepté cette affirmation, mais elle a conclu que la précision absolue dans la description des personnes et des lieux n'est pas obligatoire du point de vue constitutionnel. Il est raisonnable qu'un juge reconnaisse qu'une personne nommée puisse avoir des conversations en plusieurs lieux différents et qu'il autorise l'interception des communications en ces lieux.

La Cour d'appel a également rejeté l'argument que l'entrée clandestine pour installer un dispositif d'écoute violait l'art. 8. Dans l'arrêt *Lyons c. La Reine*, précité, et le *Renvoi sur l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697, deux affaires non visées par la *Charte*, la Cour a décidé que les art. 178.12 et 178.13 autorisent implicitement l'entrée pour installer des dispositifs d'écoute. L'arrêt *Dalia v. United States*, 441 U.S. 238 (1979), a conclu que le Quatrième amendement n'interdisait pas en soi l'entrée clandestine lorsqu'un mandat de perquisition ou un mandat pour installer un dispositif avait été obtenu. La Cour d'appel a conclu que jusqu'à ce que la Cour suprême du Canada en décide autrement, il n'y a aucune obligation constitutionnelle d'obtenir une autorisation précise en matière d'entrée clandestine.

The Court of Appeal also rejected that there should have been renewals rather than new authorizations. The investigation was expanded when new parties were included. Therefore, a new authorization was appropriate.

The Court of Appeal further rejected the argument that the authorizations were invalid because the failure to list pay telephones as places where private communications could be intercepted amounted to a failure to state "the place at which private communications may be intercepted" as required by s. 178.13(2)(c), or because the failure to prescribe limiting conditions with respect to privacy of third parties using pay telephones constitutes a delegation to the police of the function of the issuing judge. Following *R. v. Papalia* (1984), 13 C.C.C. (3d) 449 (Ont. C.A.), the Court of Appeal held that the authorizations were valid on their face. The respondents' argument was really a collateral attack on the validity of the authorizations which was a matter to be decided on a *Wilson*-type review.

Finally, the Court of Appeal considered what proof was necessary to show that a person "resorted to" a particular place. Indiscriminate monitoring in the hope that a suspect will use a particular telephone would violate the *Criminal Code* provisions; indeed invasion of the privacy of others prior to the lawful interception is a matter for criminal sanction. But if the trial judge is satisfied that it was a named person's voice which was recorded, then the person must have resorted to that place. In this case, for many of the interceptions, the police monitored conversations at pay telephones because of authorized interceptions of earlier conversations that referred to them. This is evidence that justifies concluding that the later interception came within the "resort to" clause.

Having rejected all of the respondents' arguments, the Court of Appeal set aside the acquittals and ordered a new trial.

La Cour d'appel a également rejeté l'idée qu'on aurait dû accorder des renouvellements plutôt que de nouvelles autorisations. L'enquête a pris des proportions plus importantes lorsque de nouvelles parties ont été ajoutées. Par conséquent, une nouvelle autorisation était appropriée.

La Cour d'appel a rejeté en outre l'argument portant que les autorisations étaient invalides parce que l'omission de dresser la liste des téléphones publics comme endroits où les communications privées pouvaient être interceptées équivalait à ne pas indiquer «le lieu où les communications privées pourront être interceptées» comme l'exige l'al. 178.13(2)c), ou parce que l'omission d'établir des conditions restrictives quant à la vie privée des tiers utilisant les téléphones publics constituait une délégation aux policiers de la fonction du juge qui accorde l'autorisation. Conformément à l'arrêt *R. v. Papalia* (1984), 13 C.C.C. (3d) 449 (C.A. Ont.), la Cour d'appel a conclu que les autorisations étaient valides à première vue. L'argument des intimés constituait véritablement une contestation indirecte de la validité des autorisations qui doit être déterminée au moyen d'un examen de type *Wilson*.

Enfin, la Cour d'appel a examiné le type de preuve nécessaire pour établir qu'une personne «fréquentait» un endroit particulier. L'écoute systématique dans l'espoir qu'un suspect utilise un téléphone particulier violerait les dispositions du *Code criminel*; en effet, l'atteinte à la vie privée des tiers avant l'interception légale est matière à sanction criminelle. Mais si le juge du procès est convaincu que c'était la voix d'une personne nommée qui a été enregistrée, il faut alors que cette personne ait fréquenté cet endroit. En l'espèce, dans le cas de plusieurs interceptions, les policiers ont écouté les conversations dans les téléphones publics parce que l'interception autorisée de conversations antérieures en faisait mention. Il s'agit d'une preuve qui justifie de conclure que la dernière interception relevait de la clause des «endroits fréquentés».

Ayant rejeté tous les arguments des intimés, la Cour d'appel a annulé les acquittements et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Issues on Appeal

The appellants state six issues on appeal. It was asserted that the Court of Appeal erred in law in holding that:

1. Section 178.13(2)(c) of the Criminal Code permits as a term in an authorization language such as "or elsewhere in the Province of British Columbia resorted to" by named persons;
2. it is permissible to include in an authorization a term such as "or elsewhere in the Province of British Columbia resorted to" by named persons and that such term does not violate Section 8 of the Charter;
3. Section 178.13(2)(c) does not require an authorization to state the place at which private communications may be intercepted where a general description of the place can be given;
4. an intercepted private communication in itself could afford evidence that a person "resorted to" a place without the condition precedent of "resorting to" being established by extrinsic evidence;
5. it was permissible to obtain fresh authorizations instead of renewals with respect to the same persons and offences as stated in the preceding authorizations;
6. Section 8 of the . . . Charter . . . is not violated by [a] surreptitious entry into residential premises to install audio intercepts where an authorization . . . is silent as to express judicial authorization and that such entry and installation is lawful.

I will deal with the first four issues together because they each concern the extent to which Part IV.1 of the *Criminal Code* and s. 8 of the *Charter* demand conditions limiting the scope of surveillance on the face of an authorization. I will refer to this issue in general terms as the issue of minimization. I will then deal with issues 5 and 6 separately.

Minimization

To understand the issue of minimization it is useful to begin by examining the role it plays in the American law of electronic surveillance. Title III of the *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, 18 U.S.C. §§ 2510 to 2520 (1988),

Les questions du pourvoi

Les appelants ont formulé six questions en appel. Ils ont affirmé que la Cour d'appel a commis une erreur de droit en décidant que:

[TRADUCTION]

1. l'alinéa 178.13(2)c) du Code criminel permet d'utiliser dans la rédaction d'une autorisation des termes comme «ou dans les autres lieux de la province de la Colombie-Britannique fréquentés» par les personnes nommées;
2. il est permis d'inclure dans une autorisation des termes comme «ou dans les autres lieux de la province de la Colombie-Britannique fréquentés» par les personnes nommées sans que ces termes violent l'art. 8 de la Charte;
3. l'alinéa 178.13(2)c) n'exige pas qu'une autorisation précise le lieu où les communications privées pourront être interceptées lorsqu'une description générale du lieu peut être donnée;
4. une communication privée interceptée peut en soi apporter la preuve qu'une personne «fréquentait» un lieu sans qu'il faille établir préalablement par preuve extrinsèque que le lieu était «fréquenté»;
5. il était possible d'obtenir de nouvelles autorisations au lieu de renouvellements en ce qui concerne les mêmes personnes et infractions indiquées dans les autorisations antérieures;
6. on ne viole pas [. . .] l'art. 8 de la Charte lorsqu'on entre clandestinement dans des lieux résidentiels pour installer des dispositifs d'écoute lorsqu'une autorisation [. . .] est silencieuse quant à l'autorisation judiciaire expresse et que cette entrée et cette installation sont légales.

Je vais d'abord traiter les quatre premières questions ensemble parce que chacune concerne la mesure dans laquelle la partie IV.1 du *Code criminel* et l'art. 8 de la *Charte* exigent des conditions qui limitent la portée de l'écoute dans le texte de l'autorisation. C'est ce que j'appellerai en termes généraux la question de la minimisation. Je vais ensuite traiter des questions 5 et 6 séparément.

La minimisation

Pour comprendre la question de la minimisation, il est utile de commencer par examiner son rôle dans le droit américain relatif à l'écoute électronique. Le titre III de l'*Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, 18 U.S.C. §§ 2510 à 2520

specifically provides for minimization on the face of an authorization. Section 2518(5) reads in part:

Every order and extension thereof shall contain a provision that the authorization to intercept shall be executed as soon as practicable, shall be conducted in such a way as to minimize the interception of communications not otherwise subject to interception under this chapter, and must terminate upon attainment of the authorized objective, or in any event in thirty days.

The constitutional importance of this minimization requirement is discussed by J. G. Carr, *The Law of Electronic Surveillance* (2nd ed. 1986), at pp. 5-27 and 5-28:

In light of the [Supreme] Court's condemnation in *Berger* [*v. New York* 388 U.S. 41 (1967)] of completely open-ended surveillance, it was necessary for Title III to include a regulatory mechanism to avoid indiscriminate, unlimited, uncontrolled surveillance. That mechanism is the requirement that the order contain the minimization directive, which is a shorthand method of instructing the executing officers to remain within the authority granted by the terms of the eavesdropping order and to heed the constitutional proscription against general searches

Despite suggestions to the contrary, and occasional expressions of uncertainty, the minimization duty under § 2518(5) implements a constitutional prerequisite to the validity of all court-ordered electronic surveillance. Minimization embodies the constitutional obligation of avoiding, to the greatest possible extent, seizure of conversations which have no relationship to the crimes being investigated or the purpose for which electronic surveillance has been authorized. Furthermore, the constitutional principle that all invasions of privacy must be limited in scope to the minimal intrusion necessary to fulfill their purpose is related to minimization, with particular reference to the problems of duration and termination.

Canadian legislation, although based on the American model, does not specifically mandate minimizing conditions. Section 178.13(2)(d) reads:

178.13 . . .

(2) An authorization shall

(1988), prévoit spécifiquement la minimisation dans le texte d'une autorisation. Le paragraphe 2518(5) se lit en partie comme suit:

[TRADUCTION] Toute ordonnance et sa prorogation doivent contenir une disposition portant que l'autorisation d'intercepter sera exécutée le plus tôt possible et sera effectuée de manière à minimiser l'interception des communications qui ne sont pas par ailleurs assujetties à l'interception en vertu de cette section, et qu'elle prendra fin au moment de la réalisation de l'objectif autorisé ou, en tout état de cause, dans un délai de trente jours.

L'importance constitutionnelle de cette condition de minimisation est analysée par J. G. Carr dans *The Law of Electronic Surveillance* (2^e éd. 1986), aux pp. 5-27 et 5-28:

[TRADUCTION] Compte tenu de l'arrêt *Berger* [*v. New York* 388 U.S. 41 (1967)] dans lequel la Cour [suprême] condamne la surveillance électronique faite sans aucune réserve, il était nécessaire que le titre III prévoit un mécanisme de réglementation pour prévenir la surveillance systématique, illimitée et incontrôlée. Ce mécanisme est la condition que l'ordonnance contienne une directive de minimisation, qui est un moyen simple d'enjoindre aux agents qui l'exécutent d'agir conformément aux pouvoirs qui leur sont conférés par les termes de l'ordonnance d'écouter et de respecter la proscription constitutionnelle des perquisitions générales . . .

Malgré les arguments en sens contraire et les manifestations occasionnelles d'incertitude, l'obligation de minimisation en vertu du par. 2518(5) met à exécution une condition constitutionnelle préalable à la validité des ordonnances judiciaires en matière de surveillance électronique. La minimisation comporte l'obligation constitutionnelle de prévenir, le plus possible, l'interception de conversations qui n'ont aucun rapport avec les crimes qui font l'objet de l'enquête ou avec le but dans lequel la surveillance électronique a été autorisée. En outre, le principe constitutionnel que toutes les atteintes à la vie privée doivent être restreintes dans leur portée à l'atteinte minimale nécessaire à la réalisation de leur but est lié à la minimisation, en ce qui concerne particulièrement les problèmes de durée et d'expiration.

La loi canadienne, bien qu'elle s'inspire du modèle américain, ne prescrit pas expressément de conditions de minimisation. L'alinéa 178.13(2)d) se lit comme suit:

178.13 . . .

(2) Une autorisation doit

(d) contain such terms and conditions as the judge considers advisable in the public interest;

The importance of this section in the legislative scheme was emphasized by Estey J. in *Lyons v. The Queen, supra*, at pp. 671-72:

Having regard to the pattern of Part IV.1, the breadth of authority granted to the court, the importance of the subject matter, and the vitality of the role of the court in the legislative plan as the guardian of the public interest, explicit response by the court to the application for authority to intercept in many cases will require the prescription of "terms and conditions advisable in the public interest" pursuant to para. (2)(d) of s. 178.13.

The courts responsible for these orders of authorization must be ever concerned with the impact of these orders on members of the community who will obviously be directly affected by them. An order in general terms following the wording of the appropriate subsection of Part IV.1 will not invalidate the order or affect the admissibility of the evidence gathered. Much to be preferred, however, in many circumstances, would be a specific description of the apparatus to be employed, the manner of interception, and the terms and conditions appropriate to the action as revealed by the information contained in the application for authority to intercept.

Thus, while the importance of s. 178.13(2)(d) in the legislative scheme is recognized, it is the case that the section merely permits rather than demands minimizing conditions. This has been criticized; for instance M. Naeem Rauf, in "Recent Developments in Wire-tap Law" (1989), 31 *Crim. L.Q.* 208, at p. 216, wrote:

The protection offered by that paragraph appears to be a hollow one: if the authorizing judge does *not* impose conditions even where it is clear he ought to have done so, nothing very much happens because, as Estey J. also said in the *Lyons* case:

"An order in general terms following the wording of the appropriate subsection of Part IV.1 will not invalidate the order or affect the admissibility of the evidence gathered."

While s. 178.13(2)(d) is permissive, it should be noted that of course other sections in Part IV.1 serve to place limitations on the types of communications which can be intercepted. Counsel refer in

d) énoncer les modalités que le juge estime opportunes dans l'intérêt public;

Le juge Estey a souligné l'importance de cette disposition du régime législatif dans l'arrêt *Lyons c. La Reine*, précité, aux pp. 671 et 672:

Compte tenu de l'économie de la partie IV.1, de l'ampleur du pouvoir accordé à la cour, de l'importance du sujet et du rôle vital joué par la cour dans le plan législatif à titre de gardien de l'intérêt public, la réponse explicite donnée par la cour à la demande d'autorisation de l'interception exige, dans bien des cas, que celle-ci prescrive les «modalités [qu'elle] estime opportunes dans l'intérêt public» conformément à l'al. 178.13(2)d).

Les tribunaux chargés de rendre ces ordonnances d'autorisation doivent se préoccuper constamment de leur incidence sur les membres de la collectivité qui seront de toute évidence directement touchés par celles-ci. Une ordonnance formulée en termes généraux conformes au texte de la disposition applicable de la partie IV.1 n'est pas nulle et n'a pas pour effet de rendre inadmissibles les éléments de preuve recueillis. Toutefois, il est de beaucoup préférable, dans bien des cas, de donner une description précise du dispositif à utiliser, de la façon de procéder à l'interception et des modalités qui conviennent en fonction des renseignements contenus dans la demande d'autorisation de procéder à une interception.

Ainsi, bien que l'importance de l'al. 178.13(2)d) du régime législatif soit reconnue, la disposition prévoit simplement que des conditions de minimisation peuvent être apportées au lieu de l'exiger. Cela a fait l'objet de critiques; par exemple, M. Naeem Rauf, dans son article intitulé «Recent Developments in Wire-tap Law» (1989), 31 *Crim. L.Q.* 208, à la p. 216, écrit:

[TRADUCTION] La protection qu'offre cet alinéa semble trompeuse: si le juge qui autorise l'interception n'impose *pas* de conditions même lorsqu'il est clair qu'il aurait dû le faire, les conséquences ne sont pas très sérieuses parce que, comme le juge Estey l'a dit également dans l'arrêt *Lyons*:

«Une ordonnance formulée en termes généraux conformes au texte de la disposition applicable de la partie IV.1 n'est pas nulle et n'a pas pour effet de rendre inadmissibles les éléments de preuve recueillis.»

Bien que l'al. 178.13(2)d) exprime une faculté, il convient de souligner que les autres dispositions de la partie IV.1 apportent évidemment des restrictions quant aux types de communications qui

particular to ss. 178.12(1)(e) and 178.13(2)(c). The former requires that an affidavit in support of an application for an authorization must state:

178.12 (1) ...

(e) the names, addresses and occupations, if known, of all persons, the interception of whose private communications there are reasonable and probable grounds to believe may assist the investigation of the offence, a general description of the nature and location of the place, if known, at which private communications are proposed to be intercepted and a general description of the manner of interception proposed to be used;

The latter requires that the authorization on its face shall:

178.13 ...

(2) ...

(c) state the identity of the persons, if known, whose private communications are to be intercepted, generally describe the place at which private communications may be intercepted, if a general description of that place can be given, and generally describe the manner of interception that may be used;

It was argued that these requirements were not met in the case at hand. The appellants argue first that the "resort to" clause creates no limitation on the persons or places subject to interception, and second that the absence of mention in the second and third authorizations of the installation of listening devices at pay telephones fails to meet the requirement of a general description of the place at which private communications may be intercepted.

An initial observation, when dealing with the "resort to" clause, is that the *Code* appears to envisage circumstances in which there will be authorization of intercepts at places unknown at the time of authorization. Section 178.12(1)(e) requires that the application for authorization include "a general description of the nature and location of the place, if known, at which private communications are proposed to be intercepted". (Emphasis added.) Likewise 178.13(2)(c) requires

peuvent être interceptées. Les avocats mentionnent en particulier les al. 178.12(1)e) et 178.13(2)c). Le premier alinéa exige qu'un affidavit à l'appui d'une demande d'autorisation indique:

a 178.12 (1) ...

e) les noms, adresses et professions, s'ils sont connus de toutes les personnes dont les communications privées devraient être interceptées du fait qu'on a des motifs raisonnables et probables de croire que cette interception pourra être utile à l'enquête relative à l'infraction et une description générale de la nature et de la situation du lieu, s'il est connu, où l'on se propose d'intercepter des communications privées et une description générale de la façon dont on se propose de procéder à cette interception;

Le deuxième alinéa précise que le texte de l'autorisation doit:

d 178.13 ...

(2) ...

c) indiquer, si elle est connue, l'identité des personnes dont les communications privées doivent être interceptées, décrire de façon générale le lieu où les communications privées pourront être interceptées, s'il est possible de donner une description générale de ce lieu, et une description générale de la façon dont les communications pourront être interceptées;

f On a soutenu que ces conditions n'avaient pas été respectées en l'espèce. Les appelants prétendent premièrement que la clause des «endroits fréquentés» n'apporte aucune restriction quant aux personnes ou aux lieux visés par l'interception et, g deuxièmement, que l'absence d'une mention, dans les deuxième et troisième autorisations, de l'installation de dispositifs d'écoute dans les téléphones publics ne satisfait pas à l'exigence d'une description générale du lieu où les communications privées pourront être interceptées. h

i La première remarque qui s'impose dans l'examen de la clause des «endroits fréquentés» est que le *Code* semble envisager des circonstances où il y aura autorisation d'intercepter dans des lieux inconnus au moment où l'autorisation est donnée. L'alinéa 178.12(1)e) exige que la demande d'autorisation comporte «une description générale de la nature et de la situation du lieu, s'il est connu, où l'on se propose d'intercepter des communications privées». (Je souligne.) De même, l'al. 178.13(2)c)

a general description “if a general description of that place can be given”.

The principal case in the discussion of the issue of whether the “resort to” clause is nonetheless improper is *Grabowski v. The Queen, supra*. In that case the authorization took the following form:

[TRANSLATION] 3. The persons whose communications may be intercepted are:

- (a) William MURPHY (building caretaker); and
- (b) certain other persons whose identity is at present unknown, but who have acted, are acting or may act in concert or in collusion with a person named in subparagraph (a) or with a person found in one of the places named in paragraph 4, and whose private communications may be intercepted by means of authorization.

4. The places or localities where the private communications of the persons mentioned on paragraph 3 may be intercepted are:

- (a) 620 St-Jacques West, Montréal, Que. (underground garage); and/or
- (b) any other place or locality, stationary or mobile, where the persons named in paragraph 3 could be found, but the nature and location of which are at present impossible to specify.

Chouinard J. said of s. 178.13(2)(c), at p. 444:

It is apparent from para. (c) above, and the courts have consistently held, that an authorization must contain limitations on the persons whose communications may be intercepted, the place where they may be intercepted and the method of interception.

At pages 445-46, he concluded that when paragraphs 3(b) and 4(b) of the authorization were read together, the authorization on its face would permit the interception of anyone’s communication anywhere. He therefore held the authorization to be unlawful. However, he took the view that if paragraph 4(b) were excluded, the authorization would be valid. Therefore, interceptions authorized by paragraph 4(b) would be unlawful but, because the offending paragraph had not been used and all interceptions were made at the address specified in the authorization, he concluded that the evidence so obtained was admissible and dismissed the appeal.

exige une description générale «s’il est possible de donner une description générale de ce lieu».

L’arrêt *Grabowski c. La Reine*, précité, est le principal arrêt dans lequel on examine la question de savoir si la clause des «endroits fréquentés» est néanmoins irrégulière. Dans cet arrêt, l’autorisation prenait la forme suivante:

3° les personnes dont les communications peuvent être interceptées sont:

- (a) William MURPHY (Gardien d’immeuble); et
- (b) certaines autres personnes dont l’identité est actuellement inconnue, mais qui ont agi, qui agissent ou qui pourraient agir de concert ou de connivence avec une personne mentionnée au sous-paragraphe (a) ou avec une personne se trouvant à l’un des endroits mentionnés au paragraphe 4, et dont les communications privées pourraient être interceptées à l’occasion de la présente autorisation.

4° Les endroits ou lieux où les communications privées des personnes mentionnées au paragraphe 3 pourront être interceptées sont:

- (a) 620 St-Jacques O., Montréal, P.Q. (Garage souterrain); et/ou
- (b) tout autre endroit ou lieu, fixe ou mobile, où pourraient se trouver les personnes mentionnées au paragraphe 3, mais dont la nature et la situation sont actuellement impossible à préciser.

Le juge Chouinard a dit de l’al. 178.13(2)(c), à la p. 444:

Il découle de l’al. c) ci-dessus et il est de jurisprudence constante qu’une autorisation doit contenir des limites quant aux personnes dont les communications peuvent être interceptées, quant au lieu où elles peuvent l’être et quant au mode d’interception.

Aux pages 445 et 446, il a conclu que lorsque les alinéas 3b) et 4b) de l’autorisation sont lus ensemble, l’autorisation permet à première vue d’intercepter les communications de n’importe qui n’importe où. Il a donc jugé que l’autorisation était illégale. Il a cependant émis l’avis que si l’alinéa 4b) était exclu, l’autorisation serait valide. Par conséquent, les interceptions autorisées par l’alinéa 4b) seraient illégales mais, parce que l’alinéa 4b) n’avait pas été utilisé et que toutes les interceptions avaient été faites à l’adresse mentionnée dans l’autorisation, il a conclu que les éléments de preuve ainsi recueillis étaient admissibles et il a rejeté le pourvoi.

In this case it was argued by the appellants that paragraph (c) in each of the three authorizations before the Court is unlawful and that evidence obtained thereunder is inadmissible. The Crown argued that the “resort to” provisions complied with Part IV.1 of the *Criminal Code*. Reliance was placed on *R. v. LeClerc, supra*, in which an attack on the validity of “resort to” clause was rejected, and *R. v. McLeod*, [1988] N.W.T.R. 103 (C.A.), at p. 107, *per* Stratton J.A. It was also argued that *Grabowski, supra*, was distinguishable, turning on the particular provisions of the authorization in issue in that case, as were the other cases cited by the appellants. It was argued as well that Part IV.1 of the *Criminal Code*, having been modelled on the American Title III but departing from it on this point, demonstrates that Parliament did not attach the same importance to a fixed location for interception as had the Congress of the United States. Thus, it is argued, Parliament did not intend a prohibition of “resort to” clauses.

Unlike the authorization in *Grabowski*, the authorizations at issue do not permit the interception of communications of anyone anywhere within the province. It is limited in location to places resorted to by certain named individuals. A basket clause which would permit interception of any persons unknown to the police at the time of the application for the authorization and which would permit the police to intercept such communications at any place provided that there are reasonable and probable grounds to believe that the interception may assist in the investigation has been held to be invalid. The basis for that decision is that such a clause vests in the police the discretion to intercept the private communications of any or all persons if there are reasonable or probable grounds to believe that the interceptions would assist in the investigations, which is the function given by statute to the issuing judge: see *R. v. Paterson, Ackworth and Kovach* (1985), 18 C.C.C. (3d) 137 (Ont. C.A.), *aff'd* [1987] 2 S.C.R. 291. Neither paragraph (c) nor (d) of the authorizations in this case is in that category. Each

En l'espèce, les appelants ont fait valoir que l'alinéa c) de chacune des trois autorisations soumises à la Cour est illégal et que les éléments de preuve ainsi recueillis sont inadmissibles. Le ministre public a soutenu que les dispositions relatives aux «endroits fréquentés» étaient conformes à la partie IV.1 du *Code criminel*. On a invoqué l'arrêt *R. v. LeClerc*, précité, dans lequel la contestation de la validité de la clause des «endroits fréquentés» a été rejetée, et l'arrêt *R. v. McLeod*, [1988] N.W.T.R. 103 (C.A.), à la p. 107, le juge Stratton. On a également prétendu que l'arrêt *Grabowski*, précité, pouvait être distingué de la présente espèce, compte tenu des dispositions particulières de l'autorisation en cause dans cette affaire, tout comme les autres décisions mentionnées par les appelants. On a également prétendu que la partie IV.1 du *Code criminel*, inspirée du titre III de la loi américaine mais différente de celui-ci sur ce point, démontre que le Parlement n'a pas attaché la même importance que le Congrès américain à un lieu fixe pour intercepter les communications. Ainsi, on prétend que le Parlement n'a pas eu l'intention d'interdire les clauses des «endroits fréquentés».

Contrairement à l'autorisation en cause dans l'arrêt *Grabowski*, les autorisations visées en l'espèce ne permettent pas d'intercepter les communications de n'importe qui n'importe où dans la province. Elles sont limitées aux lieux et aux endroits fréquentés par certains individus nommés. Les tribunaux ont déclaré invalide une clause omnibus qui permettrait l'interception des communications de toute personne inconnue des policiers au moment de la demande d'autorisation et qui permettrait aux policiers d'intercepter ces communications n'importe où, pourvu qu'il y ait des motifs raisonnables et probables de croire que l'interception pourra être utile à l'enquête. Le fondement de cette décision est qu'une telle clause confère aux policiers le pouvoir discrétionnaire d'intercepter les communications privées de toute personne s'il existe des motifs raisonnables et probables de croire que les interceptions seraient utiles aux enquêtes, ce qui relève de la fonction que la loi attribue au juge qui accorde l'autorisation: voir les arrêts *R. v. Paterson, Ackworth and Kovach* (1985), 18 C.C.C. (3d) 137 (C.A. Ont.),

contains limitations. Paragraph (c) is limited to named persons. Paragraph (d) is limited to persons who resort to or use named premises or communicate with named persons. As to place, each is limited to places resorted to by five named individuals. It cannot therefore be said to delegate to the police the determination as to whether the interceptions would assist in the investigation. That was determined by the authorizing judge on the basis of the connection to the targets detailed above.

Second, there is the argument that the legislation demanded specific reference to the pay telephones. The appellants did not abandon this claim in oral argument, but stressed instead the constitutional aspects of the issue. They did, however, maintain this submission as a fall-back argument. It is, therefore, appropriate to deal with it here.

In my view, the submission that Part IV.1 required that the pay telephones be mentioned on the face of the authorizations must fail, under the authority of *R. v. Papalia*, [1988] 2 S.C.R. 137. In that case, the interceptions at issue were made in automobiles. These locations were not specifically included in the locations described on the face of the authorizations, even though the police knew at the time of application that they intended to make these interceptions. The relevant parts of the authorization providing that the private communications of the appellants could be intercepted read as follows:

4. ...

(a) By the use of audio transmitter and receiver, an electromagnetic, acoustic device sometimes referred to as a microphone and amplifier installed at or near the addresses described in paragraph five (5) of the Authorization, or at or near such further other locations, both stationary or mobile, for which there are reasonable and probable grounds to believe such locations may be used by any person or persons described in paragraph three (3) of this Authorization for the purpose of carrying out private communications

conf. [1987] 2 R.C.S. 291. En l'espèce, ni l'alinéa c) ni l'alinéa d) des autorisations ne relèvent de cette catégorie. Chacun contient des restrictions. L'alinéa c) est restreint aux personnes nommées. L'alinéa d) est restreint aux personnes qui fréquentent ou utilisent les lieux désignés ou communiquent avec les personnes nommées. Quant aux lieux, chacun est limité aux lieux fréquentés par cinq individus nommés. On ne peut donc dire que les alinéas délèguent aux policiers le soin de décider si les interceptions seraient utiles à l'enquête. C'est le juge qui a donné les autorisations qui s'est prononcé à cet égard compte tenu des liens avec les cibles mentionnées précédemment.

Deuxièmement, il y a l'argument selon lequel la loi exige de mentionner précisément les téléphones publics. Les appelants n'ont pas abandonné cette prétention dans les plaidoiries, mais ont insisté plutôt sur les aspects constitutionnels de la question. Ils ont cependant maintenu cette prétention comme argument de réserve. Il est donc approprié d'en traiter ici.

À mon avis, la prétention que la partie IV.1 exige que les téléphones publics soient mentionnés dans le texte des autorisations doit échouer en vertu de l'arrêt *R. c. Papalia*, [1988] 2 R.C.S. 137. Dans cette affaire, les interceptions visées ont été faites dans des automobiles. Ces endroits n'avaient pas été mentionnés spécifiquement parmi les lieux décrits dans le texte des autorisations même si les policiers savaient au moment de la demande qu'ils avaient l'intention de faire ces interceptions. Les parties pertinentes de l'autorisation prévoyant que les communications privées des appelants pouvaient être interceptées se lisent ainsi:

[TRADUCTION] 4. ...

a) Par l'utilisation d'un émetteur-récepteur audio, un dispositif électromagnétique, appelé aussi microphone et amplificateur, installé aux adresses indiquées au paragraphe cinq (5) de l'autorisation ou en tous autres lieux, fixes ou mobiles, ou près de ces adresses ou lieux, à l'égard desquels il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'ils peuvent être utilisés par toute personne décrite au paragraphe trois (3) de la présente autorisation pour avoir des communica-

for the purposes as specified in paragraph one (1) of this Authorization

Clause 5 specified various addresses, and provided that interceptions could be made:

5. . . .

(n) . . . at or near such further other locations for which there are reasonable and probable grounds to believe that the persons described in paragraph three (3) of this Authorization may carry on private communications in respect of the offences as set out in paragraph one (1) of this Authorization.

McIntyre J. first held that an automobile is a "place" within the meaning of s. 178.13(2)(c) of the *Criminal Code*. He then held (at pp. 145-46):

Section 178.13(2)(c) requires that the authorization generally describe the locations or places of interception. This was done in the case at bar and paragraphs 4 and 5, reproduced above, give an adequate general description of the places of interception.

The cars of the two appellants who were specifically named in the authorizations were covered, in my view, by clauses 4 and 5 of the authorizations, and the interceptions were, therefore, lawful under Part IV.1 of the *Code* and admissible in evidence.

In view of the fact that the investigators knew that the named persons intended to resort to pay telephones, a more specific description could have been given. In my view, however, subject to its effect on s. 8 of the *Charter*, this in itself does not render the authorizations unlawful. The section does not state that it must be the most specific description. It requires only a general description.

On the basis of the foregoing, neither of the three authorizations is unlawful within the meaning of s. 178.16.

Minimization and Section 8

I therefore turn to the constitutional issues raised with respect to minimization. As a preliminary matter I note that recent decisions of this Court leave no doubt that electronic surveillance constitutes a "search or seizure" within the mean-

tions privées aux fins précisées au paragraphe premier (1) de la présente autorisation . . .

La clause 5 précisait les diverses adresses et prévoyait que les interceptions pouvaient être faites:

[TRANSDUCTION] 5. . . .

n) . . . en tous autres lieux, ou près de ces lieux, à l'égard desquels il existe des motifs raisonnables et probables de croire que les personnes décrites au paragraphe trois (3) de la présente autorisation peuvent avoir des communications privées relativement aux infractions énumérées au paragraphe premier (1) de la présente autorisation.

Le juge McIntyre a d'abord conclu qu'une automobile est un «lieu» au sens de l'al. 178.13(2)c) du *Code criminel*. Il a ensuite ajouté (aux pp. 145 et 146):

L'alinéa 178.13(2)c) exige que l'autorisation décrive de manière générale les lieux de l'interception. On l'a fait en l'espèce et les paragraphes 4 et 5, déjà cités, donnent une description générale suffisante des lieux d'interception.

Les automobiles des deux appelants qui ont été spécifiquement nommés dans les autorisations étaient incluses, à mon avis, dans les paragraphes 4 et 5 des autorisations et les interceptions étaient donc régulières en vertu de la partie IV.1 du *Code* et admissibles en preuve.

Étant donné que les enquêteurs savaient que les personnes nommées avaient l'intention de fréquenter des téléphones publics, une description plus précise aurait pu être donnée. Cependant, sous réserve de son effet sur l'art. 8 de la *Charte*, j'estime que cette omission en soi ne rend pas les autorisations illégales. L'alinéa ne dit pas qu'il doit s'agir de la description la plus précise possible. Il n'exige qu'une description générale.

Pour les motifs qui précèdent, aucune des trois autorisations n'est illégale au sens de l'art. 178.16.

La minimisation et l'article 8

J'examine maintenant les questions constitutionnelles relatives à la minimisation. À titre préliminaire, je constate que les arrêts récents de notre Cour ne laissent planer aucun doute que la surveillance électronique constitue «une fouille, une per-

ing of s. 8 of the *Charter*: *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62.

Analysis of the current law in Canada with respect to minimization, Part IV.1 of the *Criminal Code*, and s. 8 of the *Charter*, begins with the decision of the Ontario Court of Appeal in *Finlay and Grellette*, *supra*. As noted above, it appears that in the United States the minimization requirement in s. 2518(5) of Title III is a constitutional prerequisite to the validity of court-ordered electronic surveillance. One argument raised by the appellants in *Finlay and Grellette*, *supra*, was that the absence of a minimization requirement in the Canadian legislation renders it unconstitutional. Martin J.A., while recognizing the absence of any counterpart to s. 2518(5), noted that s. 178.13(1.1) and (1.2) of Part IV.1 provide that where an authorization is granted in relation to the interception of private communications at the office or residence of a solicitor, or at any place ordinarily used by a solicitor and by other solicitors, the judge shall include such terms and conditions as he deems advisable to protect privileged communications between solicitors and clients. He noted too that s. 178.13(2)(d) provides that an authorization shall contain terms and conditions which the judge considers advisable in the public interest. The authorization in that case provided that if private communications were to be intercepted at a public pay telephone, such interception was to be accompanied by visual surveillance to ensure that the interception is made only while the telephone is used by a person named in the order. Also in that case the police terminated the wiretap following the appellants' arrest, even though the authorization did not expire until more than a month afterwards.

Martin J.A. concluded (at p. 75):

I find myself in accord with the view expressed by Professor Stanley A. Cohen [*Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada* (1983)], at p. 174:

Because the minimization requirement precludes open-ended, "indiscriminate" interception of private

quisition ou une saisie» au sens de l'art. 8 de la *Charte*: *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, et *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62.

a L'examen de l'état actuel du droit au Canada en matière de minimisation, de la partie IV.1 du *Code criminel* et de l'art. 8 de la *Charte* commence par l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Finlay and Grellette*, précité. Comme je l'ai déjà souligné, il

b appert qu'aux États-Unis l'exigence de minimisation contenue au par. 2518(5) du titre III est une condition constitutionnelle préalable à la validité des ordonnances judiciaires en matière de surveillance électronique. L'un des arguments soulevés

c par les appelants dans l'arrêt *Finlay and Grellette*, précité, était que l'absence d'exigence de minimisation dans la loi canadienne rend celle-ci inconstitutionnelle. Le juge Martin de la Cour d'appel,

d tout en reconnaissant l'absence d'une disposition équivalente au par. 2518(5), a souligné que les par. 178.13(1.1) et (1.2) de la partie IV.1 prévoient que lorsqu'une autorisation est accordée en vue d'intercepter des communications privées au bureau ou à

e la résidence d'un avocat, ou à tout autre endroit utilisé ordinairement par un avocat ou par d'autres avocats, le juge doit inclure les modalités qu'il estime opportunes pour protéger les communications privilégiées entre les avocats et leurs clients.

f Il a souligné également que l'al. 178.13(2)d) prévoit qu'une autorisation doit énoncer les modalités que le juge estime opportunes dans l'intérêt public. Dans cette affaire, l'autorisation prévoyait que si

g les communications privées devaient être interceptées dans un téléphone public, il devrait également

y avoir surveillance visuelle pour veiller à ce que l'interception ne soit faite que lorsque le téléphone serait utilisé par une personne nommée dans l'ordonnance. En outre, dans cette affaire, les policiers

h ont mis fin à l'écoute à la suite de l'arrestation des appelants même si l'autorisation n'expirait que plus d'un mois plus tard.

i Le juge Martin a conclu (à la p. 75):

[TRADUCTION] Je partage l'opinion du professeur Stanley A. Cohen [*Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada* (1983)], à la p. 174:

Parce que l'exigence de minimisation empêche l'interception de communications privées sans réserve et

communications, resort to the use of automatic, voice-activated taping systems unattended by on-site monitoring personnel is effectively foreclosed. This naturally has the effect of substantially increasing the expense of electronic surveillance investigations. It is therefore submitted that a general requirement of minimization for all such investigations is too onerous a burden and is one that should not be imposed upon Canadian law enforcement officials. *Judges should not, however, be precluded from inserting minimization clauses into authorization orders, where, in their discretion, circumstances so warrant.* [Emphasis added by Martin J.A.]

I am of the view that, having regard to the provisions of s. 178.13(2)(d), which may and should be resorted to by the authorizing judge to impose a minimization requirement when the circumstances of the interception warrant the imposing of such a term, the absence of an express minimization requirement such as that contained in Title III does not render Part IV.1 unconstitutional.

The parties in the case at bar do not, as I understand them, dispute Martin J.A.'s finding that the absence of a minimization requirement does not render Part IV.1 unconstitutional as a whole. However, Martin J.A. adds in *Finlay and Grellette, supra*, at p. 78:

It is scarcely necessary to add that although the legislative scheme of Part IV.1 is constitutional, the granting of a particular authorization in the circumstances may be unreasonable and hence infringe s. 8.

The issue, then, is whether in the present circumstances, the scope of authorized surveillance or the absence of minimizing conditions on the face of any of the authorizations render them unreasonable and hence unconstitutional. The appellants argue that both the "resort to" clause, and the absence of minimizing conditions with respect to the interception of communications at public pay telephones are sufficient to render any interceptions so authorized unconstitutional under s. 8 of the *Charter*, which is sufficient to render any evidence thereby obtained inadmissible pursuant to s. 24(2).

The appellants say that changes in location during an investigation should be dealt with under s. 178.15(2), which deals with the power to author-

de façon «systématique», l'emploi de systèmes d'enregistrement automatique commandés par la voix sans personnel de surveillance sur les lieux est en réalité interdit. Naturellement, cela a pour effet d'augmenter considérablement les coûts des enquêtes par écoute électronique. On prétend donc qu'une exigence générale de minimisation pour toutes les enquêtes est une obligation trop onéreuse et ne devrait pas être imposée aux responsables de l'application de la loi canadienne. *Les juges ne devraient cependant pas être empêchés d'insérer des clauses de minimisation dans les ordonnances d'autorisation lorsqu'ils estiment que les circonstances le justifient.* [Les italiques sont du juge Martin.]

Je suis d'avis que, compte tenu des dispositions de l'al. 178.13(2)d), auxquelles le juge qui donne l'autorisation peut et doit recourir pour imposer une condition de minimisation lorsque les circonstances de l'interception le justifient, l'absence d'une condition expresse de minimisation comme celle contenue au titre III ne rend pas la partie IV.1 inconstitutionnelle.

Si je les comprends bien, les parties en l'espèce ne contestent pas la conclusion du juge Martin que l'absence d'une exigence de minimisation ne rend pas la partie IV.1 inconstitutionnelle dans son ensemble. Cependant, le juge Martin ajoute dans l'arrêt *Finlay and Grellette*, précité, à la p. 78:

[TRADUCTION] Il est à peine nécessaire d'ajouter que bien que le régime législatif de la partie IV.1 soit constitutionnel, le fait d'accorder une autorisation particulière dans les circonstances peut être abusif et donc porter atteinte à l'art. 8.

La question est donc de savoir si, dans les présentes circonstances, la portée de l'écoute autorisée ou l'absence de conditions de minimisation dans le texte des autorisations les rend abusives et donc inconstitutionnelles. Les appelants prétendent que la clause des «endroits fréquentés» et l'absence de conditions de minimisation quant à l'interception des communications dans les téléphones publics suffisent à rendre les interceptions ainsi autorisées inconstitutionnelles en vertu de l'art. 8 de la *Charte*, ce qui suffit à rendre tout élément de preuve ainsi obtenu inadmissible en vertu du par. 24(2).

Les appelants affirment que la question des changements de lieu au cours d'une enquête doit être examinée en vertu du par. 178.15(2) qui traite

ize electronic surveillance in emergency situations, and should not be written right into the original authorization itself. The argument with respect to the “resort to” clause is that it violates the s. 8 requirement of prior judicial authorization demanded under *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, by delegating the function of authorization from a judge to the officers conducting the surveillance. In that case Dickson J. (as he then was) wrote (at p. 160):

That purpose [of s. 8] is, as I have said, to protect individuals from unjustified state intrusions upon their privacy. That purpose requires a means of preventing unjustified searches before they happen, not simply of determining, after the fact, whether they ought to have occurred in the first place. This, in my view, can only be accomplished by a system of prior authorization, not one of subsequent validation. [Emphasis in original.]

In my view, the “resort to” clause *per se* does not offend this principle. To determine this issue one must first determine exactly what has been authorized by the court order. The answer to the appellants’ argument lies, in my view, with the answer to the fourth issue on appeal, which I repeat for ease of reference.

[Can] an intercepted private communication in itself . . . afford evidence that a person “resorted to” a place without the condition precedent of “resorting to” being established by extrinsic evidence”[?]

In my view, the proper interpretation of the “resort to” clause is that the police can only intercept communications of the target at a place to which, based on evidence, they believe on reasonable and probable grounds the target has resorted or will resort. To this extent there is prior authorization. Before dealing with whether the *Hunter v. Southam* requirement of prior authorization is met, I canvass the issue of what evidence is required to prove “resorting to”.

The decision of the Court of Appeal in this case was that the intercepted communication could itself provide evidence that a person “resorted to” a particular place, bringing that interception into

du pouvoir d’autoriser la surveillance électronique dans des situations d’urgence, et que ces changements ne devraient pas être inscrits directement sur l’autorisation initiale elle-même. L’argument relatif à la clause des «endroits fréquentés» est qu’elle viole l’exigence de l’art. 8 de l’autorisation judiciaire préalable formulée dans l’arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, en déléguant la fonction d’autorisation du juge aux policiers qui procèdent à la surveillance. Dans cet arrêt, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a écrit (à la p. 160):

Comme je l’ai déjà dit, cet article [l’art. 8] a pour but de protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l’État dans leur vie privée. Ce but requiert un moyen de prévenir les fouilles et les perquisitions injustifiées avant qu’elles ne se produisent et non simplement un moyen de déterminer, après le fait, si au départ elles devaient être effectuées. Cela ne peut se faire, à mon avis, que par un système d’autorisation préalable et non de validation subséquente. [Souligné dans l’original.]

À mon avis, la clause des «endroits fréquentés» ne porte pas en soi atteinte à ce principe. Pour répondre à cette question, il faut d’abord déterminer précisément ce que le tribunal a autorisé dans l’ordonnance. À mon avis, la réponse à l’argument des appelants dépend de la réponse à la quatrième question du pourvoi que je répète par souci de commodité.

[U]ne communication privée interceptée peut[-elle] en soi apporter la preuve qu’une personne «fréquentait» un lieu sans qu’il faille établir préalablement par preuve extrinsèque que le lieu était «fréquenté»[?]

À mon avis, l’interprétation appropriée de la clause des «endroits fréquentés» est que les policiers ne peuvent intercepter les communications de la cible que dans un lieu dont ils ont des motifs raisonnables et probables de croire, compte tenu de la preuve, qu’il a été ou sera fréquenté par la cible. En ce sens, il y a autorisation préalable. Avant de décider si l’exigence d’autorisation préalable établie dans l’arrêt *Hunter c. Southam* est respectée, j’examine soigneusement la question du type de preuve nécessaire pour établir le lieu «fréquenté».

En l’espèce, la Cour d’appel a décidé que la communication interceptée pouvait elle-même apporter la preuve qu’une personne «fréquentait» un lieu particulier, faisant en sorte que l’intercep-

compliance with the authorization. This ruling is in direct conflict with the judgment of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Niles, supra*. Dubin J.A. (as he then was), in holding that the evidence was inadmissible, wrote (at p. 514):

Before the evidence of the conversation was admitted into evidence, there was no evidence before the trial Judge that [the location] was a place resorted to or used by the appellant.

There was no evidence that at the time that the monitoring of this telephone was commenced, such monitoring was being carried out in the manner provided for in the authorization, and therefore there was no evidence that it was lawful. The condition precedent to the admissibility of the telephone conversation not having been shown, it follows that the intercepted communication was inadmissible. Such communication could not in turn be used, as was urged by Crown counsel, to supply the evidence first required to be established before the communication became admissible. [Emphasis added.]

I agree with the approach taken by Dubin J.A. Identification of the targeted person's voice cannot alone be sufficient to comply with the authorization. To hold otherwise in this case would encourage the police to monitor communications indiscriminately, with the foreknowledge that any relevant communications that happen to turn up would be found, in a sense retroactively, to have been justified. It is exactly that sort of indiscriminate surveillance that Part IV.1 of the *Criminal Code* was designed to prevent.

Of course, this does not end the inquiry in the case at bar. One must then ask whether there is other evidence that the target person "resorted to" a particular location. The level of evidence required, in my view, is that which would lead the police to believe on reasonable and probable grounds that a person will resort to a particular location. The Crown submits, and I agree, that "resorting to" can be established through a previously lawfully authorized interception. For instance, if a target says that he or she is going to use a particular telephone, this would provide reasonable and probable grounds to believe that a person "resorted to" a particular location. The evidence need not in my opinion take a particular

tion soit conforme à l'autorisation. Cet arrêt entre directement en conflit avec l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Niles*, précité. Le juge Dubin (maintenant Juge en chef de l'Ontario), en décidant que la preuve était inadmissible, a écrit (à la p. 514):

[TRADUCTION] Avant que la preuve de la conversation soit admise, le juge du procès n'avait aucune preuve que [le lieu] était un endroit fréquenté ou utilisé par l'appellant.

Il n'y avait aucune preuve qu'au moment où l'écoute de la conversation téléphonique a commencé celle-ci était faite de la manière prévue dans l'autorisation et il n'y avait donc aucune preuve qu'elle était légale. La condition préalable à l'admissibilité de la conversation téléphonique n'ayant pas été remplie, il s'ensuit que la communication interceptée était inadmissible. Cette communication ne pouvait à son tour servir, comme l'a fait valoir le substitut du procureur général, à fournir la preuve qu'il fallait d'abord établir pour que la communication devienne admissible. [Je souligne.]

Je partage l'interprétation du juge Dubin. La seule identification de la voix de la personne cible ne suffit pas pour être conforme à l'autorisation. En l'espèce, prétendre le contraire encouragerait les policiers à écouter les communications systématiquement en sachant d'avance que toute communication qui s'avérerait pertinente serait jugée, en un sens rétroactivement, avoir été justifiée. C'est exactement cette sorte d'écoute systématique que la partie IV.1 du *Code criminel* vise à prévenir.

Cela ne met évidemment pas fin à l'examen en l'espèce. Il faut ensuite déterminer s'il existe d'autres éléments de preuve que la personne cible «a fréquenté» un lieu particulier. À mon avis, le type de preuve requis doit amener les policiers à croire, pour des motifs raisonnables et probables, qu'une personne fréquentera un endroit particulier. Le ministère public soutient, et je partage son opinion, que la preuve de «l'endroit fréquenté» peut être établie au moyen d'une interception préalable légalement autorisée. Par exemple, si une cible déclare qu'elle va utiliser un téléphone en particulier, il y aurait des motifs raisonnables et probables de croire que la personne «a fréquenté» un endroit particulier. À mon avis, il n'est pas nécessaire que

form, e.g. visual surveillance, so long as it is probative of the fact in issue. In the absence of evidence to the contrary, the trial judge would be justified in concluding that the authorization had been complied with. The contents of the intercepted communication would simply confirm that conclusion. If, of course, the target did not resort in fact, then the issue would not arise because the evidence would not be tendered.

The case at bar provides examples of situations in which the police obviously proceeded with sufficient evidence of “resorting to” and a situation equally obviously without sufficient evidence. There is evidence that the targets made use of public telephones and employed a code to inform one another of where they could be reached. In several cases the police placed taps on telephones because the numbers of the telephones were referred to in other calls. In my view this is sufficient evidence to act upon, and amounts to reasonable and probable grounds that the target will resort to that place. This is subject to its being established that the private communication relied on is itself the product of a lawful interception. In another situation, however, the police placed taps on four public telephones because of their proximity to where one of the targets was staying. In my view, this is insufficient evidence to act upon, and amounts to little more than indiscriminate monitoring based on a hunch.

I now return to the issue of whether this is sufficient to meet the constitutional requirement of prior authorization in accordance with *Hunter v. Southam, supra*. The authorizations permit surveillance at places resorted to by certain persons. But it is argued that this usurps the function of the issuing judge who is required by statute and by s. 8 to decide whether reasonable and probable grounds exist for believing that evidence will be obtained as to the commission of an offence. In my view, that key determination by the authorizing judge can be made with respect to certain classes of places. Section 178.13 permits this determination to be made with respect to places that can

la preuve revête une forme particulière, comme par exemple une surveillance visuelle, dans la mesure où elle est probante quant au fait en cause. En l’absence de preuve contraire, le juge du procès serait justifié de conclure qu’on s’est conformé à l’autorisation. Le contenu de la communication interceptée viendrait simplement confirmer cette conclusion. Évidemment, si la cible n’a pas réellement fréquenté le lieu, la question ne se poserait pas parce que la preuve ne serait pas produite.

La présente affaire fournit des exemples de situations où les policiers ont évidemment agi en ayant une preuve suffisante de «l’endroit fréquenté» mais aussi d’une situation où ils ont évidemment agi sans preuve suffisante. Il y a preuve que les cibles utilisaient des téléphones publics et un code pour s’informer mutuellement de l’endroit où il était possible de les rejoindre. Dans plusieurs cas, les policiers avaient mis des appareils téléphoniques sur écoute parce que leurs numéros avaient été mentionnés dans d’autres appels. À mon avis, il s’agit d’une preuve suffisante pour agir et elle équivaut à des motifs raisonnables et probables de croire que la cible fréquentera ce lieu, sous réserve de la preuve que la communication privée invoquée est elle-même le résultat d’une interception faite légalement. Toutefois, dans une autre situation, les policiers ont mis sur écoute les appareils de quatre téléphones publics parce que ceux-ci étaient situés près de l’endroit où l’une des cibles demeurait. À mon avis, il ne s’agit pas d’une preuve suffisante pour agir et elle n’équivaut à rien de plus qu’une surveillance systématique fondée sur une intuition.

Je reviens maintenant à la question de savoir si cela suffit pour respecter l’exigence constitutionnelle de l’autorisation préalable conformément à l’arrêt *Hunter c. Southam*, précité. Les autorisations permettent de surveiller les endroits fréquentés par certaines personnes. Mais on prétend que c’est usurper la fonction du juge qui accorde l’autorisation et qui est tenu par la loi et par l’art. 8 de décider s’il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu’on recueillera des éléments de preuve relatifs à la perpétration d’une infraction. À mon avis, le juge qui accorde l’autorisation peut prendre cette décision-clé à l’égard de certaines catégories de lieux. L’article 178.13 permet de

only be described in general terms. To require a determination by the police officers that they have reasonable and probable grounds for believing that the place complies with the general description before an authorization is acted upon is an additional safeguard to the dictates of the section. This and the fact that the section is not attacked is conclusive against the contention that the "resort to" clause is, *per se*, contrary to the requirements of s. 8 of the *Charter* as laid down in *Hunter v. Southam*, *supra*.

Hunter v. Southam concerned a search warrant, whereas this case concerns electronic interception. A physical search is a single event, which admits of prior authorization in its entirety. A wiretap on a telephone "resorted to" by a target is not analogous to the police taking it upon themselves to undertake a second and different search under a search warrant. It is more closely analogous to the "plain view" doctrine, whereby seizure of evidence in plain view under the scope of the search as authorized but not itself authorized is justified. In a related manner, the appellants' submission appears to me to ignore Dickson J.'s reasoning in *Hunter v. Southam* where he adopts with respect to s. 8 the opinion of Stewart J. of the United States Supreme Court in *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), at p. 351, that "the Fourth Amendment protects people, not places". From the perspective of the rights of a person who is a target of the authorization, if it is reasonable to intercept the communication of a person at a specified address, it seems equally reasonable to intercept that person's communication at another place to which he resorts. Subject to what will be said about residences and pay telephones, the nature of the invasion of that person's privacy does not change with that person's location. It is the issuing judge's function to determine whether there are grounds sufficient to justify this invasion. If the judge is so satisfied, it is no invalid shirking or delegation of his or her function to permit the police to conduct this surveillance at places for

prendre cette décision quant à des lieux qui ne peuvent être décrits qu'en termes généraux. Exiger des policiers qu'ils décident s'ils ont des motifs raisonnables et probables de croire que le lieu est conforme à la description générale avant d'agir en vertu d'une autorisation est une garantie qui s'ajoute aux prescriptions de la disposition. Cette garantie et le fait que la disposition ne soit pas contestée écartent de façon concluante la prétention que la clause des «endroits fréquentés» est en soi contraire aux exigences de l'art. 8 de la *Charte* formulées dans l'arrêt *Hunter c. Southam*, précité.

Dans l'arrêt *Hunter c. Southam*, il s'agissait d'un mandat de fouille ou de perquisition alors qu'en l'espèce il s'agit d'écoute électronique. Une fouille ou perquisition est un événement unique qui se prête à une autorisation préalable dans son ensemble. L'écoute électronique d'un téléphone «utilisé» par une cible ne se compare pas à la décision unilatérale des policiers d'entreprendre une deuxième fouille ou perquisition différente en vertu d'un mandat de fouille ou de perquisition. La situation ressemble davantage à la théorie des objets «bien en vue» où l'on est justifié de saisir des éléments de preuve bien en vue en vertu de la portée de la fouille ou de la perquisition autorisée, mais où ces éléments ne sont pas eux-mêmes spécifiés dans l'autorisation. D'une manière connexe, l'argument des appelants me semble ignorer le raisonnement du juge Dickson dans l'arrêt *Hunter c. Southam* où il adopte, en ce qui concerne l'art. 8, l'opinion exprimée par le juge Stewart de la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), à la p. 351, que [TRADUCTION] «le Quatrième amendement protège les personnes et non les lieux». Du point de vue des droits de la personne qui est visée par l'autorisation, s'il est raisonnable d'intercepter la communication d'une personne à une adresse précise, il semble tout aussi raisonnable d'intercepter la communication de cette personne dans un autre lieu qu'elle fréquente. Sous réserve de ce qui sera dit au sujet des résidences et des téléphones publics, la nature de l'atteinte au droit à la vie privée de cette personne ne change pas selon le lieu où elle se trouve. Il appartient au juge qui accorde l'autorisation de déterminer s'il existe des motifs suffisants pour justifier cette atteinte. Si le juge en

which there is sufficient evidence to believe the target resorts to.

The appellants' other submission is that the *Charter* demands that the public telephones which are to be tapped in the course of the investigation must be specifically mentioned on the face of subsequent authorizations. In my view, this submission raises different concerns than the "resort to" clause discussed above. While the nature of the invasion of the target's privacy is constant, what does change with changes in location is the possible effect of the authorization on the rights of third parties. The Court of Appeal held in the case at bar that the appellants have no standing to raise the rights of third parties which might be affected by interception of communications at public pay telephones. This holding was followed in *Mead and Ford v. R. (No. 2)* (1988), 72 Nfld. & P.E.I.R. 33 (P.E.I.S.C.). In my view, the extent of invasion into the privacy of these third parties is constitutionally relevant to the issue of whether there has been an "unreasonable" search or seizure. To hold otherwise would be to ignore the purpose of s. 8 of the *Charter* which is to restrain invasion of privacy within reasonable limits. A potentially massive invasion of the privacy of persons not involved in the activity being investigated cannot be ignored simply because it is not brought to the attention of the court by one of those persons. Since those persons are unlikely to know of the invasion of their privacy, such invasions would escape scrutiny, and s. 8 would not fulfill its purpose.

In any authorization there is the possibility of invasion of privacy of innocent third parties. For instance a wiretap placed on the home telephone of a target will record communications by other members of the household. This is an unfortunate cost of electronic surveillance. But it is one which Parliament has obviously judged is justified in

est convaincu, ce n'est pas une usurpation ni une délégation invalide de sa fonction que de permettre aux policiers d'effectuer cette surveillance aux lieux à l'égard desquels il y a suffisamment d'éléments de preuve permettant de croire qu'ils sont fréquentés par la cible.

L'autre argument des appelants est que la *Charte* exige que les téléphones publics dont les appareils seront mis sur écoute au cours de l'enquête soient précisément mentionnés dans le texte des autorisations ultérieures. À mon avis, cet argument soulève des questions différentes de celles de la clause des «endroits fréquentés» examinée précédemment. Bien que la nature de l'atteinte à la vie privée de la cible soit constante, ce qui change avec les changements de lieu est l'effet possible de l'autorisation sur les droits des tiers. En l'espèce, la Cour d'appel a conclu que les appelants n'avaient pas qualité pour soulever les droits des tiers qui peuvent être touchés par l'interception des communications dans les téléphones publics. Cette décision a été suivie dans l'arrêt *Mead and Ford v. R. (No. 2)* (1988), 72 Nfld. & P.E.I.R. 33 (C.S.Î.-P.-É.). À mon avis, l'étendue de l'atteinte à la vie privée de ces tiers est pertinente sur le plan constitutionnel à la question de savoir s'il y a eu fouille, perquisition ou saisie «abusive». Affirmer le contraire reviendrait à ignorer l'objet de l'art. 8 de la *Charte* qui est de restreindre l'atteinte à la vie privée dans des limites raisonnables. Le risque qu'il y ait de graves atteintes à la vie privée des personnes non concernées par les activités qui font l'objet de l'enquête ne peut être ignoré pour la simple raison qu'il n'est pas porté à l'attention de la cour par l'une d'entre elles. Puisqu'il est peu probable que ces personnes sachent qu'on a porté atteinte à leur vie privée, ces atteintes échapperaient à tout examen et l'objet de l'art. 8 ne serait pas réalisé.

Dans toute autorisation, il peut y avoir atteinte à la vie privée de tiers innocents. Par exemple, le dispositif d'écoute installé sur le téléphone de la résidence d'une cible enregistrera les communications des autres occupants de la maison. C'est l'un des inconvénients malheureux de la surveillance électronique. Mais il s'agit d'un inconvénient que

appropriate circumstances in the investigation of serious crime.

In my view, in some cases the possibility of invasion of privacy of innocent persons may become so great that it requires explicit recognition along with the interests of the investigation of crime. A "resort to" clause creates just this possibility if among the places resorted to are telephones frequently used by the general public or other such places. I do not mean to suggest that there should be a constitutional prohibition of intercepting communications at places frequented by the public; in that case drug importing conspiracies could virtually insulate themselves from perhaps the only effective investigative technique against them merely by using public places to conduct their business.

In this case, public telephones were involved and the discussion concentrates on them. This should not be taken, however, as a finding that public telephones are to be distinguished from other places frequented by the public. The police knew prior to seeking the first authorization that the persons named in the authorization resorted to public pay telephones. The affidavit contained in the sealed packet relating to the first authorization showed that one of the suspects was using a pay telephone "situated at the Cultus Lake Plaza, Cultus Lake, Province of British Columbia." Furthermore, the affidavit indicates that this was one of the types of private communications intended to be intercepted. This fact was known to the authorizing judge. The other packets were not opened but it is apparent from the record that the police were fully aware that the targets made extensive use of public pay telephones. Whether or not this was disclosed to the authorizing judge on the second and third authorizations is not in the record. There is nothing in the authorizations to indicate that public pay telephones were to be wiretapped nor that the slightest consideration was given to protection of the public interest under s. 178.13(2)(d).

le Parlement a évidemment estimé justifié dans des circonstances appropriées au cours d'une enquête portant sur un crime grave.

À mon avis, la possibilité d'atteinte à la vie privée de personnes innocentes peut prendre des proportions tellement importantes dans certains cas qu'elle doit être reconnue expressément au même titre que les intérêts qu'il y a à enquêter sur un crime. Une clause des «endroits fréquentés» est justement à l'origine de cette possibilité si parmi les lieux fréquentés on retrouve des téléphones publics utilisés par le grand public ou d'autres lieux semblables. Je ne dis pas qu'il devrait y avoir une interdiction constitutionnelle d'intercepter les communications dans les lieux fréquentés par le public; dans ce cas, les auteurs de complots en vue d'importer des stupéfiants pourraient pratiquement se soustraire à ce qui est peut-être le seul moyen d'enquête efficace contre eux simplement en utilisant des lieux publics pour faire leurs affaires.

En l'espèce, il est question de téléphones publics et la discussion porte sur ceux-ci. Cependant, il ne faut pas considérer cela comme une conclusion que les téléphones publics doivent être distingués des autres lieux fréquentés par le public. Les policiers savaient, avant de demander la première autorisation, que les personnes nommées dans l'autorisation utilisaient des téléphones publics. L'affidavit contenu dans le paquet scellé concernant la première autorisation indiquait que l'un des suspects utilisait un téléphone public [TRADUCTION] «situé dans la Cultus Lake Plaza, à Cultus Lake, en Colombie-Britannique». En outre, l'affidavit indique qu'il s'agissait de l'un des types de communications privées que l'on voulait intercepter. Le juge qui a accordé l'autorisation connaissait ce fait. Les autres enveloppes n'ont pas été ouvertes mais il ressort du dossier que les policiers savaient très bien que les cibles faisaient grand usage des téléphones publics. Le dossier n'indique pas si ce fait a été porté à la connaissance du juge qui a accordé les deuxième et troisième autorisations. Rien n'indique dans les autorisations que les téléphones publics devaient être mis sur écoute ni qu'on a prêté le moindre attention à la protection de l'intérêt public en vertu de l'al. 178.13(2)d).

On these facts, given the breadth of the authorizations, hundreds of private conversations may have been intercepted when not one target was involved. In *Finlay and Grellette, supra*, the authorization required physical surveillance of the public pay telephone to ensure that conversations were intercepted only when a target was using the telephone at the time. There is no such provision here, nor any other such limitation. At minimum, I would think that such an authorization would provide that conversations at a public telephone not be intercepted unless there were reasonable and probable grounds for believing that a target was using the telephone at the time that the listening device was activated. The police cannot simply install a listening device and leave it running indiscriminately in the hope that a target may come along. In some instances, that is what occurred here.

Is what occurred an “unreasonable search or seizure”? In *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, Lamer J. (as he then was) stated (at. p. 278):

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

I have not found the “resort to” clause to be unlawful under the relevant provisions of the *Code*. To that extent, the authorizations are valid. While failure to impose conditions under s. 178.13(2)(d) is not unlawful because the power is wholly discretionary, failure to do so may in certain circumstances be unreasonable. This is one of those cases. In my view, given the extent of the invasion of privacy authorized in this case, a total absence of any protection for the public created a potential for the carrying out of searches and seizures that were unreasonable.

Interceptions which were made pursuant to these authorizations, which were simply fishing expeditions and not based on reasonable and probable grounds for believing the target would be utilizing the pay telephones at the time, were, in my opinion, unreasonable. In most instances, it would be preferable to have actual physical sur-

Compte tenu de ces faits et étant donné la large portée des autorisations, des centaines de conversations privées ont pu être interceptées en l’absence d’aucune cible. Dans l’arrêt *Finlay and Grellette*, précité, l’autorisation exigeait la surveillance physique du téléphone public pour veiller à ce que les conversations ne soient interceptées que lorsqu’une cible l’utilisait. En l’espèce, il n’y a aucune disposition semblable ni aucune autre restriction. J’aurais cru à tout le moins qu’une telle autorisation prévoirait que les conversations dans un téléphone public ne seraient pas interceptées à moins qu’il n’existe des motifs raisonnables et probables de croire qu’une cible utilisait le téléphone au moment où le dispositif d’écoute a été mis en marche. Les policiers ne peuvent pas simplement installer un dispositif d’écoute et quitter les lieux en le laissant fonctionner systématiquement dans l’espoir qu’une cible se présentera. Dans certains cas, c’est ce qui s’est produit ici.

Ce qui s’est produit constitue-t-il une «fouille, perquisition ou saisie abusive»? Dans l’arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) affirme (à la p. 278):

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

Je n’ai pas conclu que la clause des «endroits fréquentés» est illégale en vertu des dispositions pertinentes du *Code*. Dans cette mesure, les autorisations sont valides. Bien que l’omission d’imposer des conditions en vertu de l’al. 178.13(2)d) ne soit pas illégale parce que le pouvoir est tout à fait discrétionnaire, cette omission peut dans certaines circonstances être déraisonnable. Il en est ainsi en l’espèce. À mon avis, compte tenu de l’étendue de l’atteinte à la vie privée autorisée en l’espèce, l’absence de toute protection du public a entraîné un risque que des fouilles, perquisitions et saisies abusives soient effectuées.

À mon avis, les interceptions effectuées conformément à ces autorisations, qui étaient simplement des recherches à l’aveuglette non fondées sur des motifs raisonnables et probables de croire que la cible utiliserait alors les téléphones publics, étaient abusives. Dans la plupart des cas, il serait préférable qu’il y ait une véritable surveillance

veillance of the public telephone to ensure that it is being used by the target. This is said to be normal police practice. I am, however, in agreement with Martin J.A. and Professor Stanley A. Cohen that to make this an absolute requirement would impose too heavy a burden on Canadian law enforcement officials.

I do not consider that s. 1 of the *Charter* has any application. The law relating to this matter is s. 178.13(2)(d). It is not itself under attack, and in any event is not unreasonable. What is unreasonable is the manner of its application by the authorities in this case. Their conduct does not constitute a law to which s. 1 can apply. Accordingly, since what I have said applies to all three authorizations, any evidence obtained as a result of interceptions at pay telephones in the absence of reasonable and probable grounds for believing that a target was using the telephone was obtained in contravention of s. 8.

Renewals

This issue is stated as follows:

[Is it] permissible to obtain fresh authorizations instead of renewals with respect to the same persons and offences as stated in the preceding authorizations [?]

The case at bar involved three "fresh" authorizations. There were no applications for renewals. The appellants argue that where an authorization has not expired, Part IV.1 requires that an application for renewal be made if continued surveillance is contemplated. It is said that the requirements to procure a renewal are more onerous than those required for an authorization, and the Crown should not be able to avoid such requirements by applying for a new authorization. The Crown, on the other hand, points out that parties have been added to each subsequent authorization and that some locations for interception have been changed. Therefore a new authorization was required in each case.

In *R. v. Badovinac* (1977), 34 C.C.C. (2d) 65, at p. 70, the Ontario Court of Appeal held that

physique du téléphone public pour s'assurer qu'il est utilisé par la cible. On dit qu'il s'agit de la pratique policière normale. Je partage cependant l'opinion du juge Martin et du professeur Stanley A. Cohen que d'en faire une exigence absolue imposerait un fardeau trop lourd aux responsables de l'application de la loi canadienne.

J'estime que l'article premier de la *Charte* ne s'applique pas. C'est l'al. 178.13(2)d) qui est la disposition législative pertinente en l'espèce. Cet alinéa n'est pas lui-même contesté, et, quoi qu'il en soit, il n'est pas abusif. Ce qui est abusif, c'est la manière dont les autorités l'ont appliqué en l'espèce. Leur conduite ne constitue pas une règle de droit à laquelle peut s'appliquer de l'article premier. Par conséquent, puisque ce que j'ai dit s'applique aux trois autorisations, tout élément de preuve recueilli par suite des interceptions dans les téléphones publics en l'absence de motifs raisonnables et probables de croire qu'une cible utilisait le téléphone a été obtenu contrairement à l'art. 8.

Les renouvellements

Cette question est formulée de la façon suivante:

[Est-il] possible d'obtenir de nouvelles autorisations au lieu de renouvellements en ce qui concerne les mêmes personnes et infractions indiquées dans les autorisations antérieures [?]

Il est question en l'espèce de trois «nouvelles» autorisations. Il n'y a eu aucune demande de renouvellement. Les appelants prétendent que tant qu'une autorisation n'est pas expirée, la partie IV.1 exige qu'une demande de renouvellement soit faite si on envisage de poursuivre la surveillance électronique. On affirme que les conditions pour obtenir un renouvellement sont plus sévères que celles requises pour une autorisation et que le ministère public ne devrait pas pouvoir échapper à ces conditions en demandant une nouvelle autorisation. D'autre part, le ministère public souligne que, dans chacune des autorisations ultérieures, des parties ont été ajoutées et certains lieux d'interception ont été changés. Par conséquent, une nouvelle autorisation était requise dans chaque cas.

Dans l'arrêt *R. v. Badovinac* (1977), 34 C.C.C. (2d) 65, à la p. 70, la Cour d'appel de l'Ontario a

“[t]here is no power in the statute to extend, modify, add to or otherwise deal with any feature of the authorization beyond simply extending the period of time within which it is effective”. On this reasoning, new applications rather than renewals were properly sought in the case at bar because in addition to extending the period of time of the surveillance, each new authorization expanded the investigation to include different targets for surveillance.

In this case, the appellants submit that the proper approach should have been for a renewal to have been sought with respect to those persons common between the different authorizations, and a new authorization sought with respect to persons added to the investigation. They cite as authority *R. v. Pleich* (1980), 16 C.R. (3d) 194 (Ont. C.A.). In that case Morden J.A. held, after a careful reading of the statutory provisions, that Parliament must be taken to have intended separate procedures for procuring an authorization and for the renewal of an authorization. It followed that when a renewal could be made, i.e. during the currency of an authorization, the correct procedure would be to seek a renewal. Morden J.A. also wrote (at p. 213):

Before concluding this part of my reasons, I would note that it is not relevant that two names in addition to that of the appellant were included in the second authorization. While this would not have been valid with respect to the added persons if done by way of renewal rather than authorization (*R. v. Badovinac, supra*), this circumstance would not have precluded a renewal being given with respect to the appellant and new authorizations respecting the two new persons.

The appellants also rely on *R. v. Nicolucci and Papier* (1985), 22 C.C.C. (3d) 207 (Que. Sup. Ct.) in which Boilard J. held that a new authorization was valid only in respect of new locations set forth in it but was invalid in respect of locations mentioned in a previous authorization “because a renewal of the previous authorization was the only way to keep it alive” (p. 216). (He rejected, however, an argument that the new locations should have been subject to a renewal because they were covered by the basket clause in the original author-

conclu que [TRADUCTION] «[l]a loi ne confère aucun pouvoir d’étendre, de modifier, d’ajouter ou de changer autrement les aspects de l’autorisation au-delà du simple pouvoir de proroger sa période de validité». Compte tenu de ce raisonnement, c’est à bon droit que des nouvelles autorisations ont été demandées en l’espèce plutôt que des renouvellements parce qu’en plus de proroger le délai de la surveillance électronique, chacune des nouvelles autorisations étendait la portée de l’enquête pour inclure différentes cibles à surveiller.

En l’espèce, les appelants soutiennent que la bonne façon de procéder eût été de demander un renouvellement pour les mêmes personnes visées dans les différentes autorisations et une nouvelle autorisation pour celles ajoutées à l’enquête. Ils s’appuient en cela sur l’arrêt *R. v. Pleich* (1980), 16 C.R. (3d) 194 (C.A. Ont.). Dans cet arrêt, le juge Morden a conclu, après avoir examiné minutieusement les dispositions législatives en cause, qu’il faut tenir pour acquis que le Parlement a voulu qu’il y ait des procédures séparées pour obtenir une autorisation et le renouvellement de celle-ci. Il s’ensuit que lorsqu’un renouvellement peut être demandé, c’est-à-dire au cours de la période de validité d’une autorisation, la procédure appropriée serait de demander un renouvellement. Le juge Morden a également écrit (à la p. 213):

[TRADUCTION] Avant de conclure cette partie de mes motifs, je soulignerais qu’il est sans importance que deux noms aient été ajoutés à celui de l’appelant dans la deuxième autorisation. Bien qu’il n’eût pas été valide d’ajouter les deux personnes au moyen d’un renouvellement plutôt que d’une autorisation (*R. v. Badovinac, précité*), cela n’aurait pas empêché d’obtenir un renouvellement quant à l’appelant et de nouvelles autorisations concernant les deux nouvelles personnes.

Les appelants invoquent également la décision *R. v. Nicolucci and Papier* (1985), 22 C.C.C. (3d) 207 (C.S. Qué.), dans laquelle le juge Boilard a conclu qu’une nouvelle autorisation n’était valide qu’à l’égard des nouveaux lieux indiqués dans celle-ci, mais qu’elle était invalide quant aux lieux mentionnés dans une autorisation antérieure [TRADUCTION] «parce qu’un renouvellement de l’autorisation antérieure était la seule façon de la garder en vigueur» (p. 216). (Il a cependant rejeté l’argument que les nouveaux lieux auraient dû faire

ization.) I note that since the case at bar was argued, the Quebec Court of Appeal held in *R. v. Nicolucci* (1989), 53 C.C.C. (3d) 546, at p. 550, that:

... there is nothing unlawful in seeking a fresh authorization rather than a renewal where the proposed interception of private communications targets new locations not contemplated under the original authorization ...

Some degree of overlapping does not make a fresh authorization unlawful or inappropriate.

The Crown points out that, if the appellants' submission is accepted, there is a possibility of a multiplicity of different forms of authorization in respect of a single investigation. In itself this is not a bad thing, for it is possible to combine in a single order both a renewal and a fresh authorization, as recognized in *R. v. Vransy, Zikan and Dvorak* (1979), 46 C.C.C. (2d) 14 (Ont. C.A.). However, there would be nothing to prevent the applications for new authorization and the renewal to be made before different judges. In my view, it is preferable that one judge have all the facts of the whole investigation before him or her than that the application be fragmented. For these reasons, Morden J.A. (who wrote the decision in *Pleich*) in *R. v. Dubois* (1986), 27 C.C.C. (3d) 325 (Ont. C.A.), at p. 336, in which a new authorization was issued which expanded the investigation by adding new offences but was obtained during the currency of an existing authorization, decided that it was neither necessary to seek a renewal, nor to bifurcate the application, nor to seek separate court orders for authorization and renewal. His words were cited by the Court of Appeal in the case at bar and bear repeating in part (at p. 335):

The appellant also relies upon the ruling of Mr. Justice Boilard of the Superior Court of Quebec in *R. v. Nicolucci and Papier* (1985), 22 C.C.C. (3d) 207 ...

With respect, I think that this is an unduly rigid approach to the legislation, at least on the facts of the case before us, and one that is not necessary to afford

l'objet d'un renouvellement parce qu'ils étaient visés par la clause omnibus de l'autorisation initiale.) Je souligne que depuis l'audition du pourvoi, la Cour d'appel du Québec a conclu dans l'arrêt *R. v. Nicolucci* (1989), 53 C.C.C. (3d) 546, à la p. 550, que:

[TRADUCTION] ... il n'y a rien d'illégal à demander une nouvelle autorisation plutôt qu'un renouvellement lorsque l'interception des communications privées envisagée doit se faire en de nouveaux endroits non prévus dans l'autorisation initiale ...

Une certaine mesure de chevauchement ne rend pas une nouvelle autorisation illégale ou inadéquate.

Le ministère public souligne que, si l'argument des appelants est accepté, il y a possibilité d'une multiplicité de formes différentes d'autorisations pour une seule enquête. Ce n'est pas en soi une mauvaise chose, car il est possible de combiner à la fois dans une seule ordonnance un renouvellement et une nouvelle autorisation, comme on le reconnaît dans l'arrêt *R. v. Vransy, Zikan and Dvorak* (1979), 46 C.C.C. (2d) 14 (C.A. Ont.). Cependant, rien n'empêcherait de présenter les demandes de nouvelle autorisation et de renouvellement devant des juges différents. À mon avis, qu'un seul juge soit saisi de tous les faits de l'enquête est préférable à une fragmentation de la demande. Pour ces motifs, le juge Morden (qui a rédigé les motifs de l'arrêt *Pleich*), dans l'arrêt *R. v. Dubois* (1986), 27 C.C.C. (3d) 325 (C.A. Ont.), à la p. 336, portant sur une nouvelle autorisation qui étendait la portée de l'enquête par l'ajout de nouvelles infractions, mais qui a été obtenue au cours de la période de validité d'une autorisation existante, a décidé qu'il n'était pas nécessaire de demander un renouvellement, ni de diviser la demande, ni de demander des ordonnances judiciaires distinctes pour l'autorisation et le renouvellement. Ses propos ont été cités par la Cour d'appel en l'espèce et méritent d'être répétés en partie (à la p. 335):

[TRADUCTION] L'appelant invoque également la décision que le juge Boilard de la Cour supérieure du Québec a rendue dans l'affaire *R. v. Nicolucci and Papier* (1985), 22 C.C.C. (3d) 207 ...

En toute déférence, j'estime qu'il s'agit d'une interprétation trop stricte de la loi, à tout le moins en ce qui concerne les faits devant nous, et qui n'est pas nécessaire

reasonable protection to the object of the surveillance. As was noted in *Pleich* at p. 31:

... on balance, the requirements of s. 178.13(1) and (2) (which relate to original authorizations) are more onerous than those of s. 178.13(3) and (4) (which relate to renewals). The substantive standard which is imposed by s. 178.13(4) for renewals is clearly less onerous than those of s. 178.13(1) relating to original applications.

Dubois was also followed by the Quebec Court of Appeal in *Nicolucci*, *supra*, which wrote at p. 551, "I do not think the form of the application was of critical importance in this case where the existence of the prior authorization was in fact disclosed, where new locations were targeted and where no prejudice could have occurred".

Although the appellants at bar argue strenuously that the requirements for a renewal are in fact more stringent than for an original authorization, I find myself in agreement with Morden J.A. I will not repeat his able analysis of the provisions, although I would note that the requirements are onerous with respect either to an original application or a renewal and, in the end, one's assessment of which is more onerous need not be a consideration of the first magnitude in arriving at the outcome of the case.

The following two propositions can be gleaned from the foregoing discussion. Where an authorization is in existence and where it is desired to extend its term and leave its other provisions unaltered, an application for its renewal is the proper step for the authorities to take. Where the authorization has expired or where it is sought to extend the scope of surveillance, the proper course is to seek a new authorization. In the case at bar, the second and third authorizations widened the scope of the first authorization, between them adding nine new targets for interception. It was therefore proper for the Crown to apply for new authorizations. I would reject this ground of appeal.

I therefore turn to the final issue.

pour accorder une protection raisonnable à l'objet de la surveillance. Comme on l'a souligné dans l'arrêt *Pleich*, à la p. 31:

... dans l'ensemble, les conditions des par. 178.13(1) et (2) (qui portent sur les autorisations initiales) sont plus sévères que celles des par. 178.13(3) et (4) (qui portent sur les renouvellements). La norme de fond qui est imposée par le par. 178.13(4) pour les renouvellements est nettement moins sévère que celles du par. 178.13(1) concernant les demandes initiales.

À la suite de l'arrêt *Dubois*, la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Nicolucci*, précité, a écrit, à la p. 551, [TRADUCTION] «Je ne crois pas que la forme de la demande soit d'une importance cruciale dans la présente affaire où l'existence de l'autorisation antérieure a été réellement divulguée, où de nouveaux endroits étaient visés et où il n'aurait pu y avoir aucun préjudice».

Bien que les appelants en l'espèce prétendent énergiquement que les conditions d'un renouvellement sont en réalité plus sévères que dans le cas d'une autorisation initiale, je partage l'opinion du juge Morden. Sans répéter l'analyse habile qu'il fait des dispositions, je soulignerais que les conditions sont sévères tant pour une demande initiale que pour un renouvellement et qu'en définitive, ce qu'on estime être plus sévère n'a pas à être une considération de première importance pour trancher la question.

Les deux propositions suivantes peuvent être tirées de l'analyse précédente. Lorsqu'une autorisation existe et que l'on veut en étendre la durée sans toucher aux autres dispositions, la démarche appropriée des autorités consiste à en demander le renouvellement. Lorsque l'autorisation est expirée ou que l'on veut étendre la portée de la surveillance, le moyen approprié est de demander une nouvelle autorisation. En l'espèce, les deuxième et troisième autorisations ont étendu la portée de la première autorisation en ajoutant dans l'ensemble neuf nouvelles cibles d'interception. Il était donc approprié que le ministère public demande de nouvelles autorisations. Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

J'examine maintenant la dernière question.

Dwellings—Surreptitious Entry

[Is] Section 8 of the . . . Charter . . . violated by [a] surreptitious entry into residential premises to install audio intercepts where an authorization . . . is silent as to express judicial authorization and that such entry and installation is lawful [?]

Pre-Charter authorities hold that under the legislation an authorization of electronic surveillance which is silent as to surreptitious entry to plant listening devices impliedly confers such power on the authorities: *Lyons* and the *Wiretap Reference*, *supra*.

In *Lyons*, the police had entered the residence of one of the appellants to install a room monitoring device. Estey J., after carefully reviewing the legislation and the sorts of intercepting devices it contemplates, concluded that Parliament could not have authorized the use of certain sorts of devices which involve some sort of entry in the sense of a trespass, without granting the power to authorize such entry. In that particular case he held that the authorization was sufficiently broad that it impliedly authorized surreptitious entry to put in place a listening device. In the *Wiretap Reference*, which was released concurrently with *Lyons*, Estey J. followed this decision. He held in response to the stated questions: (i) that an authorization under Part IV.1 authorizes by necessary implication any person acting under the authorization to enter any place at which private communications are to be intercepted to install or to service a permitted listening device—provided such entry is required to implement the particular authorization—unless the authorization includes limitations on or prohibitions of such entry, and (ii) that an issuing judge has authority explicitly to authorize entry to any place at which private communications are proposed to be intercepted—provided that such entry is required to implement the particular authorization.

Les habitations—L'entrée clandestine

[Y a-t-il violation de] l'art. 8 de la Charte lorsqu'on entre clandestinement dans des lieux résidentiels pour installer des dispositifs d'écoute lorsqu'une autorisation [...] est silencieuse quant à l'autorisation judiciaire expresse et que cette entrée et cette installation sont légales [?]

Selon la jurisprudence antérieure à la *Charte*, la loi confère implicitement aux autorités le pouvoir d'entrer clandestinement dans des lieux pour installer des dispositifs d'écoute lorsque l'autorisation de surveillance électronique est silencieuse à cet égard: l'arrêt *Lyons* et le *Renvoi sur l'écoute électronique*, précités.

Dans l'arrêt *Lyons*, les policiers étaient entrés dans la résidence de l'un des appelants pour installer un dispositif d'écoute. Le juge Estey, après avoir examiné avec soin la loi et les types de dispositifs d'interception qu'elle prévoit, a conclu que le Parlement ne pouvait pas avoir autorisé l'emploi de certains types de dispositifs qui comportent une certaine forme d'entrée comportant une violation de propriété sans accorder le pouvoir d'autoriser cette entrée. Dans ce cas particulier, il a conclu que l'autorisation était suffisamment générale pour autoriser implicitement l'entrée clandestine en vue d'installer un dispositif d'écoute. Dans le *Renvoi sur l'écoute électronique*, rendu en même temps que l'arrêt *Lyons*, le juge Estey a suivi cette décision. Il a conclu en réponse aux questions formulées: (i) qu'il découle nécessairement d'une autorisation accordée conformément à la partie IV.1 que quiconque agit en vertu de cette autorisation a le pouvoir d'entrer dans tous les lieux où des communications privées doivent être interceptées pour mettre en place ou entretenir un appareil d'écoute autorisé—à la condition que cette entrée soit requise pour exécuter l'autorisation donnée—sauf si l'autorisation comporte des limites ou une interdiction relativement à cette entrée, et (ii) que le juge qui accorde l'autorisation a compétence pour autoriser expressément l'entrée dans des lieux où des communications privées doivent être interceptées—à la condition que cette entrée soit requise pour exécuter l'autorisation donnée.

In the course of his reasons in *Lyons*, Estey J. recognized the special place which a dwelling occupies when considering invasion of privacy. He states (at p. 657):

It is generally an acceptable starting point in examining legislation involving the invasion of individual rights to restate *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91 a. The invasion here is of privacy and this concerns both the personal aspects and the property aspects of privacy.

He found, however, that even this bastion of the privacy interest must yield where the public interest demands. He concluded that the importance of the legislation in Part IV.1 of the *Criminal Code* in "bringing under positive control" the practice of eavesdropping warranted the interpretation which he reached. In coming to this conclusion, he relied heavily on the power of the authorizing judge under s. 178.13(2)(d) to impose conditions to safeguard the public's interest in privacy within the sanctuary of a private dwelling. He stated (at p. 695):

The *Code* goes on to require the order of authorization to specify a manner of interception as was done in the orders here. I believe that a court, in issuing an authorization under Part IV.1, should, in the exercise of its supervisory function, designate the type of device or devices which may be employed and the procedures and conditions which, in the circumstances revealed in the application, are necessary or advisable in the public interest. The absence of such detail does not go to the validity of the order because in many circumstances only the general clauses of the subsections themselves will be appropriate. My observation is intended to give emphasis to the importance of the judicial role in the program of privacy regulation as prescribed by Parliament in these provisions. [Emphasis added.]

The question in this case, which was not before the Court in *Lyons*, is whether surreptitious entry into residential premises is reasonable having regard to the following.

The authorizations under review apparently make no mention of 8 of 11 of the residential premises which were entered surreptitiously. We are not aware whether they are described in the material before the judge. They may simply be embraced within the "resort to" clause. With

Dans les motifs qu'il a rédigés dans l'affaire *Lyons*, le juge Estey a reconnu la place particulière qu'une résidence occupe lorsqu'il est question d'atteinte à la vie privée. Il affirme (à la p. 657):

^a Il est généralement acceptable de commencer l'examen des lois qui portent atteinte aux droits individuels en rappelant l'affaire *Semayne* (1604), 5 Co. Rep. 91 a. Il s'agit ici de l'atteinte à la vie privée, aussi bien à l'égard de la personne qu'à l'égard des biens.

^b Il a cependant conclu que même ce bastion de la vie privée doit tomber lorsque l'intérêt public l'exige. Il a conclu que l'importance que revêtent les dispositions législatives de la partie IV.1 du *Code criminel* en «soumettant à un contrôle réel» la pratique de l'écoute clandestine justifiait l'interprétation qu'il avait donnée. En parvenant à sa conclusion, il s'est fortement appuyé sur le pouvoir du juge qui accorde l'autorisation en vertu de l'al. 178.13(2)d) d'imposer des conditions pour sauvegarder l'intérêt du public en matière de vie privée dans les limites sacrées de la résidence privée. Il a dit (à la p. 695):

^c Le *Code* exige en outre que l'ordonnance d'autorisation énonce un mode d'interception, ce qui a été fait dans les ordonnances dont il est question en l'espèce. Je crois qu'un tribunal qui accorde une autorisation en vertu de la partie IV.1 doit, dans l'exercice de son rôle de surveillance, mentionner le type de dispositif qui pourra être employé, ainsi que la procédure et les conditions qui, selon les circonstances mentionnées dans la demande, sont nécessaires ou opportunes dans l'intérêt public. L'absence de ces détails ne porte pas atteinte à la validité de l'ordonnance parce que, dans un bon nombre de cas, les conditions générales des paragraphes eux-mêmes suffisent. Ma remarque vise à faire ressortir l'importance du rôle des tribunaux dans le programme de réglementation de la vie privée que le Parlement prescrit dans ces dispositions. [Je souligne.]

^d La question en l'espèce, que la Cour n'avait pas à trancher dans l'arrêt *Lyons*, est de savoir si l'entrée clandestine dans des lieux résidentiels est raisonnable compte tenu de ce qui suit.

^e Les autorisations qui font l'objet de l'examen ne mentionnent apparemment pas huit des onze lieux résidentiels où l'on est entré clandestinement. Nous ne savons pas s'ils ont été décrits dans les documents dont disposait le juge. Ils sont peut-être simplement compris dans la clause des «endroits

respect to any residences named specifically, the authorizing judge would be obliged to consider what conditions, if any, are required in the public interest; for example, if the dwelling is not owned by a target whether consent of the owner or occupant is a feasible alternative. In order to ensure that the authorizing judge has at least considered these matters, the authorization should at minimum refer specifically to each place that is a private residence and designate the type or types of devices that may be employed. In the absence of express mention of a private residence in the authorization, and hence this minimal protection, the safeguards provided by the judicial role envisaged by *Estey J.* are illusory. In these circumstances, the surreptitious entry of a private dwelling is, in my view, unreasonable and contrary to s. 8 of the *Charter*. Accordingly, any interception which has occurred in this case in contravention of the foregoing constitutes an unreasonable search and seizure.

Remedy and Disposition

With the trial judge's finding that the intercepted communications were inadmissible, the Crown tendered no further evidence and the trial judge directed the jury to acquit the accused. The Court of Appeal allowed the appeal and since all the evidence was held to be admissible, a new trial was ordered. I must consider the effect of the determination which I have made on the admissibility of the evidence and whether a new trial is still warranted.

The admissibility of evidence in the form of intercepted communications is governed by two legal regimes. First, s. 178.16(1) of the *Criminal Code* provides:

178.16 (1) A private communication that has been intercepted is inadmissible as evidence against the originator of the communication or the person intended by the originator to receive it unless

- (a) the interception was lawfully made; or
- (b) the originator thereof or the person intended by the originator to receive it has expressly consented to the admission thereof;

fréquentés». En ce qui concerne chacune des résidences mentionnées précisément, le juge qui a accordé l'autorisation serait tenu d'examiner quelles sont, s'il en est, les conditions requises dans l'intérêt public; par exemple, si l'habitation n'appartient pas à une cible, l'obtention du consentement du propriétaire ou de l'occupant est-elle une solution possible. Pour s'assurer que le juge qui a accordé l'autorisation a au moins examiné ces questions, l'autorisation devrait au moins mentionner précisément chaque endroit qui est une résidence privée et préciser le ou les types de dispositifs qui peuvent être employés. En l'absence de mention expresse d'une résidence privée dans l'autorisation, et donc de cette protection minimale, les garanties que procure le rôle judiciaire envisagé par le juge *Estey* sont illusoire. Dans ces circonstances, l'entrée clandestine dans une habitation privée est, à mon avis, abusive et contraire à l'art. 8 de la *Charte*. Par conséquent, toute interception qui a eu lieu en l'espèce contrairement à ce qui précède constitue une fouille, une perquisition ou une saisie abusive.

Réparation et dispositif

Puisque le juge du procès a conclu que les communications interceptées étaient inadmissibles, le ministère public n'a présenté aucune autre preuve et le juge du procès a dit au jury, dans ses directives, d'acquitter les accusés. La Cour d'appel a accueilli l'appel et, puisqu'elle a décidé que toute la preuve était admissible, elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Je dois examiner l'effet de la décision que j'ai prise sur l'admissibilité de la preuve et sur la question de savoir si un nouveau procès est encore justifié.

L'admissibilité de la preuve sous forme de communications interceptées est régie par deux régimes juridiques. Premièrement, le par. 178.16(1) du *Code criminel* prévoit:

178.16 (1) Une communication privée qui a été interceptée est inadmissible en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins

- a) que l'interception n'ait été faite légalement, ou
- b) que l'auteur de la communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve,

but evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication is not inadmissible by reason only that the private communication is itself inadmissible as evidence.

Second, s. 24(2) of the *Charter* reads:

24. (1) ...

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

In this context it is extremely important to carefully distinguish between findings of "unlawfulness," in the sense of non-compliance with the *Criminal Code*, and findings of "unreasonableness" in the sense of non-compliance with s. 8 of the *Charter*. Unreasonableness is obviously the wider of the two categories; all unlawful interceptions will be unreasonable but not all unreasonable interceptions will be unlawful. A search can be authorized by a valid law, but nonetheless offend s. 8.

While the distinction between unlawfulness and unreasonableness may appear unduly semantic or conceptual, it is a necessary one to make. In the context of wiretaps, the subset of unreasonable interceptions which are unlawful in the sense of not being authorized by the provisions of Part IV.1 of the *Criminal Code* are subject to the rule of absolute exclusion in s. 178.16(1). Those interceptions which are within the terms of the *Criminal Code* but are nonetheless in violation of s. 8 of the *Charter* are inadmissible if their admission would bring the administration of justice into disrepute.

To summarize, I have reached the following conclusions in this case.

(i) Interceptions authorized by paragraph (c) are lawful, provided that the police acted upon sufficient evidence that a person "resorted to" a place. Interceptions at places for which such evidence is absent are unlawful.

toutefois les preuves découlant directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée ne sont pas inadmissibles du seul fait que celle-ci l'est.

^a Deuxièmement, le par. 24(2) de la *Charte* se lit ainsi:

24. (1) ...

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

Dans ce contexte, il est extrêmement important de distinguer soigneusement les conclusions relatives au caractère «illégal», au sens du non-respect du *Code criminel*, et les conclusions relatives au caractère «abusif», au sens du non-respect de l'art. 8 de la *Charte*. La notion du caractère abusif constitue évidemment la catégorie la plus large; toutes les interceptions illégales seront abusives mais toutes les interceptions abusives ne seront pas illégales. Une fouille ou une perquisition peut être autorisée par une loi valide mais porter malgré tout atteinte à l'art. 8.

Bien que la distinction entre le caractère illégal et le caractère abusif puisse sembler trop sémantique ou conceptuelle, il est nécessaire de la faire. En matière d'écoute électronique, la sous-catégorie des interceptions abusives qui sont illégales en ce sens qu'elles ne sont pas permises par les dispositions de la partie IV.1 du *Code criminel* sont assujetties à la règle de l'exclusion absolue du par. 178.16(1). Les interceptions qui sont conformes au *Code criminel* mais qui violent malgré tout l'art. 8 de la *Charte* sont inadmissibles si leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

ⁱ En résumé, voici les conclusions auxquelles je suis parvenu en l'espèce.

(i) Les interceptions permises par l'alinéa c) sont légales pourvu que les policiers aient suffisamment de preuve qu'une personne «a fréquenté» un lieu. En l'absence de cette preuve, les interceptions effectuées en ces lieux sont illégales.

(ii) Interceptions obtained at public pay telephones in the absence of reasonable and probable grounds for believing that the telephone was in use by a target at the time the listening device was activated were obtained contrary to s. 8 of the *Charter*.

(iii) Interceptions obtained by means of surreptitious entry into residential premises which were not specifically mentioned on the face of the authorization were obtained contrary to s. 8 of the *Charter*.

Thus, the interceptions characterized as unlawful in (i) are subject to the absolute exclusionary rule of s. 178.16(1), and are therefore inadmissible. Interceptions characterized as unreasonable in (ii) and (iii) are not properly characterized as unlawful. In the latter case s. 178.13(2)(d) permits an issuing judge to impose limiting conditions but does not mandate them; it is only the additional test of unreasonableness under the *Charter* which brings their admissibility into question. Therefore one must inquire whether their admission in these proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

Many factors enter into the determination of whether admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute, for which the onus is upon the person seeking exclusion. Lamer J. sets out the following factors in *R. v. Collins, supra*, at pp. 283-84:

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

(ii) Les communications interceptées dans des téléphones publics en l'absence de motifs raisonnables et probables de croire que les téléphones étaient utilisés par une cible au moment de la mise en marche du dispositif d'écoute ont été interceptées contrairement à l'art. 8 de la *Charte*.

(iii) Les communications interceptées grâce à une entrée clandestine dans des lieux résidentiels qui n'étaient pas précisément mentionnés dans le texte de l'autorisation ont été interceptées contrairement à l'art. 8 de la *Charte*.

Ainsi, les interceptions qualifiées d'illégales au sous-alinéa (i) sont assujetties à la règle d'exclusion absolue du par. 178.16(1), et sont donc inadmissibles. Les interceptions qualifiées d'abusives aux sous-alinéas (ii) et (iii) ne sont pas à proprement parler illégales. Dans le dernier cas, l'al. 178.13(2)d) permet au juge qui accorde l'autorisation d'imposer des conditions restrictives, mais ne l'oblige pas à le faire; ce n'est que le critère additionnel du caractère abusif au sens de la *Charte* qui vient mettre leur admissibilité en question. Il faut donc se demander si leur utilisation dans les présentes procédures est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Plusieurs facteurs entrent en jeu pour déterminer si l'utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et il appartient à la personne qui en demande l'exclusion de le démontrer. Le juge Lamer énonce les facteurs suivants dans l'arrêt *R. c. Collins*, précité, aux pp. 283 et 284:

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

- is the evidence essential to substantiate the charge?
- are other remedies available?

This Court, in *R. v. Duarte, supra*, has recently held that “participant surveillance” carried out by the state is an unreasonable search or seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter* in the absence of prior judicial authorization. Under the *Criminal Code*, however, gathering evidence in such a manner is not unlawful (by virtue of s. 178.11(2)(a)) and evidence gathered in such a manner is not inadmissible (by virtue of s. 178.16(1)(b)). La Forest J. therefore turned to the question of admissibility pursuant to s. 24(2), at pp. 59-60:

But what strikes one here is that the breach was in no way deliberate, wilful or flagrant. The police officers acted entirely in good faith. They were acting in accordance with what they had good reason to believe was the law—as it had been for many years before the advent of the *Charter*. . . . In short, the *Charter* breach stemmed from an entirely reasonable misunderstanding of the law by the police officers who would otherwise have obtained the necessary evidence to convict the accused in any event. Under these circumstances, I hold that the appellant has not established that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

I find his comments applicable to the case at bar, except to observe that there were no other practical investigative means by which the evidence could have been obtained (which is indeed a prerequisite for issuing an authorization by reason of s. 178.13(1)(b)). The pre-*Charter* authority of *Papalia, supra*, and *Lyons, supra*, would have placed no obligation on the police to disclose the installation of interception capability at pay telephones, nor would it have placed limits on the right of surreptitious entry. The fact that the telephone number of some of the persons named in the first authorization was for a pay telephone was before the issuing judge. The police acted in accordance with authorizations which I have found comply with the provisions of the *Criminal Code*. I would hold that the admission of evidence gath-

- les éléments de preuve recueillis sont-ils essentiels pour fonder l'accusation?
- existe-t-il d'autres recours?

Dans l'arrêt *R. c. Duarte*, précité, notre Cour a affirmé récemment que la «surveillance participative» pratiquée par l'État est une fouille, une perquisition ou une saisie abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte* en l'absence d'autorisation judiciaire préalable. Cependant, en vertu du *Code criminel*, recueillir des éléments de preuve de cette manière n'est pas illégal (en vertu de l'al. 178.11(2)a)) et les éléments de preuve ainsi recueillis ne sont pas inadmissibles (en vertu de l'al. 178.16(1)b)). Le juge La Forest s'est donc penché sur la question de l'admissibilité en application du par. 24(2), aux pp. 59 et 60:

Mais ce qui frappe en l'espèce, c'est le fait que la violation n'était aucunement intentionnelle, volontaire ou flagrante. Les agents de police ont agi entièrement de bonne foi en conformité avec ce qu'ils avaient de bonnes raisons de considérer comme la règle de droit applicable—celle qui avait existé pendant bien des années avant l'entrée en vigueur de la *Charte*. [. . .] Bref, la violation de la *Charte* découlait d'une méprise tout à fait raisonnable quant aux exigences de la loi par les agents de police, qui auraient obtenu en tout état de cause les éléments de preuve nécessaires pour que l'accusé soit reconnu coupable. Dans ces circonstances, je conclus que l'appelant n'a pas établi que l'utilisation de ces éléments de preuve déconsidérerait l'administration de la justice.

J'estime que ses remarques s'appliquent en l'espèce, mais je souligne qu'il n'y avait aucune autre méthode d'enquête pratique qui aurait permis de recueillir les éléments de preuve (ce qui est en réalité une condition préalable à la délivrance d'une autorisation en vertu de l'al. 178.13(1)b)). Les affaires *Papalia* et *Lyons*, précitées, antérieures à la *Charte*, n'auraient imposé aux policiers aucune obligation de divulguer l'installation des dispositifs d'interception dans les téléphones publics ni n'auraient imposé de limites au droit d'entrer clandestinement dans les lieux. Le fait que le numéro de téléphone de certaines des personnes nommées dans la première autorisation soit celui d'un téléphone public avait été soumis au juge qui a accordé l'autorisation. Les policiers ont agi conformément aux autorisations que j'estime être con-

ered in these circumstances would not bring the administration of justice into disrepute.

I have concluded that all of the evidence is admissible with the exception of evidence obtained by means of interception under paragraph (c) where no reasonable and probable grounds existed for concluding that a place was resorted to. With respect to the latter category, the Crown is entitled to adduce evidence to seek to establish that the evidence was lawfully obtained and, therefore, is admissible. In these circumstances there must be a new trial. The appeal is therefore dismissed.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting)—I have had the benefit of the reasons of my colleagues Justice La Forest and Justice Sopinka and, on the matters dealt with by La Forest J. and not specifically addressed in these reasons, I agree with him. I also agree with his proposed disposition of the appeal.

The issue I am addressing is the proper interpretation of s. 178.13(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34.

My disagreement with my colleague Sopinka J. stems from my view that the tapping of public pay phones gives rise *per se* to massive violations of the rights of third parties to be free from unreasonable searches as guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Accordingly, I have come to the conclusion that an order made pursuant to Part IV.1 of the *Criminal Code* which is intended by the authorizing judge to authorize the tapping of such pay phones, must do so expressly and not by implication under a general "resort to" clause as was done here.

I base my conclusion both on the principles enunciated by this Court in *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594, and on what I believe to be the proper interpretation of s. 178.13(2) of the *Criminal Code* in light of our prevailing *Charter*

formes aux dispositions du *Code criminel*. Je suis d'avis de conclure que l'utilisation de la preuve recueillie dans ces circonstances n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

^a J'ai conclu que toute la preuve est admissible sous réserve de la preuve obtenue au moyen de l'interception en vertu de l'alinéa c) alors qu'il n'y avait aucun motif raisonnable et probable de conclure qu'il s'agissait d'un endroit fréquenté. Quant à la dernière catégorie, le ministère public peut présenter des éléments de preuve pour tenter d'établir que la preuve a été obtenue légalement et est donc admissible. Dans ces circonstances, un nouveau procès doit être tenu. Le pourvoi est donc rejeté.

Version française des motifs rendus par

^d LE JUGE WILSON (dissidente)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges La Forest et Sopinka, et je suis d'accord avec le juge La Forest sur les points qu'il a examinés et dont je ne traite pas spécifiquement dans les présents motifs. Je suis également d'accord avec la façon dont il propose de trancher le pourvoi.

^e La question que j'aborde est celle de l'interprétation qui doit être donnée au par. 178.13(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34.

^f Mon désaccord avec mon collègue le juge Sopinka vient de mon opinion que la mise sur écoute de téléphones publics donne lieu en soi à des violations massives des droits des tiers à la protection contre les fouilles ou les perquisitions abusives garantis à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Par conséquent, j'en suis venue à la conclusion qu'une ordonnance rendue en application de la partie IV.1 du *Code criminel*, par laquelle le juge entend autoriser la mise sur écoute de ces téléphones publics, doit le prévoir expressément et non implicitement au moyen d'une clause générale des «endroits fréquentés» comme cela a été fait en l'espèce.

^g Je fonde ma conclusion à la fois sur les principes que notre Cour a énoncés dans l'arrêt *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594, et sur l'interprétation qui, selon moi, doit être donnée au par. 178.13(2) du *Code criminel* dans le contexte de nos valeurs

values. Those values, I believe, require that any violation of the rights of third parties to be free from unreasonable searches should be expressly authorized and not arise by implication or by the police exercising a discretion which can only be appropriately exercised by the authorizing judge.

In *Wilson, supra*, this Court upheld the fundamental rule which prohibits a collateral attack on an order of a court which has not been set aside or varied on appeal. The rule was enunciated in the context of Part IV.1 of the *Criminal Code* and its effect is that a trial judge *qua* trial judge cannot go behind a wiretap authorization since such a procedure would involve a collateral attack on it. The practical result of *Wilson* is that the sealed packet, which forms the basis of the authorization and discloses what the authorizing judge was told on the application, remains sealed and unavailable for appellate review. In those circumstances it is virtually impossible to determine what general wording in an authorization was intended by the authorizing judge to cover. This can only be discerned, where general wording is used, by an examination of the material the authorizing judge had before him or her on the application.

This procedural limitation has a number of important ramifications. As my colleague La Forest J. stresses throughout his reasons the result of *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, is that in most cases a search is only constitutionally valid if properly authorized by a judicial or other independent authority. This in turn means that in order for the authorizing judge to act judicially and exercise the discretion which only he can exercise, he must have before him all the information upon which the police base their request for the authorization.

As a practical consequence of the principle in *Hunter* and the procedural limitations in *Wilson* it

dominantes consacrées par la *Charte*. Je crois que ces valeurs exigent que toute violation des droits des tiers à la protection contre les fouilles ou les perquisitions abusives fasse l'objet d'une autorisation expresse; elle ne peut découler d'une autorisation implicite ou de l'exercice, par la police, d'un pouvoir discrétionnaire réservé au juge qui accorde l'autorisation.

Dans l'arrêt *Wilson*, précité, notre Cour a confirmé la règle fondamentale qui interdit la contestation indirecte d'une ordonnance judiciaire qui n'a été ni infirmée ni modifiée en appel. La règle a été formulée dans le contexte de la partie IV.1 du *Code criminel* et elle a pour conséquence qu'un juge du procès, en tant que juge du procès, ne peut pas vérifier une autorisation d'écoute électronique puisque cette procédure comporterait une contestation indirecte de cette autorisation. L'arrêt *Wilson* a comme conséquence pratique que le paquet scellé, qui constitue le fondement de l'autorisation et qui révèle ce qu'on a dit au juge qui a accordé l'autorisation au moment de la demande en ce sens, reste scellé et ne peut pas servir à des fins de révision en appel. Il est alors pratiquement impossible de déterminer ce que le juge qui a accordé l'autorisation a voulu viser par les termes généraux employés dans cette autorisation. On ne peut y arriver, quand des termes généraux ont été employés, que par un examen des documents présentés au juge à l'appui de la demande d'autorisation.

Cette restriction procédurale comporte un certain nombre de ramifications importantes. Comme le fait valoir mon collègue le juge La Forest tout au long de ses motifs, l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, a comme résultat que, dans la plupart des cas, une fouille ou perquisition n'est valide du point de vue constitutionnel que si elle fait dûment l'objet d'une autorisation judiciaire ou autre qui soit indépendante. Cela signifie, en outre, que, pour agir judiciairement et exercer le pouvoir discrétionnaire que lui seul peut exercer, le juge qui accorde l'autorisation doit avoir devant lui tous les renseignements sur lesquels la police fonde sa demande d'autorisation.

Le principe dégagé dans l'arrêt *Hunter* et les restrictions procédurales établies dans l'arrêt

becomes essential, in my view, for the authorizing judge to expressly state in the authorization precisely what he intends to permit the police to do. When he does so, he shows on the face of the authorization that he has turned his mind to the extent of the invasion of privacy sought by the police and has considered whether in the particular circumstances before him such an invasion is warranted. Unless the issuing authority does this, it cannot be known under the *Wilson* regime whether the authorizing judge exercised a judicial discretion in granting the authorization or whether he intended or did not intend the "resort to" clause to cover the tapping of public pay phones.

I am of the view that the proper interpretation of not only s. 178.13(2)(c) but the whole of Part IV.1 of the *Criminal Code* supports this view. I start from the premise that the *Criminal Code*, like all legislation, ought to be interpreted in light of the *Charter* and the values it enshrines. Such an interpretive principle is, in my view, entirely appropriate given the supremacy of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Moreover, I would also note that the discretion allowed the authorizing judge must itself be read to conform with the *Charter*: see *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038.

The *Charter* values in issue in the interpretation of Part IV.1 of the *Criminal Code* include, *inter alia*, privacy and the rule of law. When Parliament enacted the amendments to the *Criminal Code* to establish Part IV.1, they did so through the *Protection of Privacy Act*, S.C. 1973-74, c. 50, s. 2. This legislation, in my view, was enacted to do just that, protect privacy. It provided therefore that, should an invasion of privacy become necessary in the course of a criminal investigation, the police are obliged to seek proper authorization. The legislative regime established under Part IV.1 clearly requires the police to act according to the rule of law in order to intercept communications. The rule of law here requires that the authorizing judge exercise a discretion in granting the application. The exercise of such discretion is entirely in accord

Wilson ont pour conséquence pratique qu'il devient essentiel, à mon avis, que le juge dise expressément dans l'autorisation qu'il accorde ce qu'il veut permettre à la police de faire. Quand il le fait, il montre, dans le texte de l'autorisation, qu'il a prêté attention à l'étendue de l'atteinte à la vie privée recherchée par la police et qu'il s'est demandé si, dans les circonstances particulières de l'espèce, une telle atteinte était justifiée. Si le juge qui accorde l'autorisation ne le fait pas, il n'est pas possible de savoir, selon le régime de l'arrêt *Wilson*, s'il a exercé un pouvoir discrétionnaire en accordant l'autorisation ou s'il a voulu ou n'a pas voulu que la clause des «endroits fréquentés» vise la mise sur écoute de téléphones publics.

Je suis d'avis que l'interprétation qu'il convient de donner non seulement à l'al. 178.13(2)c) mais à l'ensemble de la partie IV.1 du *Code criminel* appuie cette opinion. Je pars de la prémisse que le *Code criminel*, comme toutes les lois, doit être interprété dans le contexte de la *Charte* et des valeurs qu'elle consacre. À mon avis, ce principe d'interprétation est tout à fait approprié vu la suprématie affirmée au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. De plus, je tiens à souligner que le pouvoir discrétionnaire accordé au juge qui accorde l'autorisation doit lui-même être interprété de manière à être conforme à la *Charte*: voir *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.

Les valeurs consacrées par la *Charte* que fait intervenir l'interprétation de la partie IV.1 du *Code criminel* comprennent notamment le respect de la vie privée et la primauté du droit. C'est par l'art. 2 de la *Loi sur la protection de la vie privée*, S.C. 1973-74, ch. 50, que le Parlement a adopté les modifications du *Code criminel* qui ont établi la partie IV.1. Cette mesure législative, à mon avis, a été adoptée exactement pour cela, pour protéger le droit à la vie privée. Elle a donc prévu que, si une atteinte à la vie privée devient nécessaire au cours d'une enquête criminelle, la police est tenue de demander l'autorisation voulue. Le régime législatif établi à la partie IV.1 exige clairement que la police respecte la primauté du droit pour intercepter des communications. La règle de droit exige, en l'espèce, que le juge exerce un pouvoir discrétion-

with the wording and plain intention of Parliament. Section 178.13(1) begins: "An authorization may be given if the judge to whom the application is made is satisfied . . ." (Emphasis added.) The criteria which the section then goes on to list can only be objectively considered if the authorizing judge has all the information which forms the basis of the police request. Unless such information is present, the judge cannot meet the requirements of s. 178.13 of the *Criminal Code*.

I am of the view that the validity of an authorization made under the section is not to be determined by asking whether it can on its face conceivably be construed as authorizing what was done but whether it is clear from the face of the authorization that the authorizing judge in fact authorized what was done in the exercise of a discretion based on all the relevant facts. If that question is answered in the negative, or if there is any doubt about the answer, then the authorization and the interceptions made pursuant to it are, in my view, invalid and the evidence acquired is inadmissible pursuant to s. 178.16(1) of the *Code*. I believe that to be the case here.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. (dissenting)—This appeal raises many important issues in the law relating to the obtaining of wiretap evidence.

I have had the advantage of reading the reasons of my colleague Justice Sopinka who sets forth the facts, the judicial history and the issues in the case, to which I refer. Though I agree with him on a few of the issues, I respectfully disagree with him on others as well as with his proposed disposition of the appeal.

"Resorted To" Clauses and the Act

I agree with my colleague that "resorted to" clauses are not *ipso facto* invalid. As he notes, s. 178.13(2)(c) of Part IV.1 of the *Criminal Code*,

naire quand il accueille une demande d'autorisation. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est tout à fait conforme au langage et à l'intention claire du Parlement. Le paragraphe 178.13(1) commence par les mots: «Une autorisation peut être donnée si le juge auquel la demande est présentée est convaincu . . .» (je souligne). Les critères que le paragraphe énumère ensuite ne peuvent être examinés objectivement que si le juge qui accorde l'autorisation dispose de tous les renseignements sur lesquels la police fonde sa demande d'autorisation, faute de quoi le juge ne peut respecter les exigences de l'art. 178.13 du *Code criminel*.

Je suis d'avis qu'on ne peut pas déterminer la validité d'une autorisation accordée en vertu de l'article en se demandant s'il est concevable de l'interpréter comme autorisant à première vue ce qui a été fait; il faut plutôt se demander si, à la lecture de l'autorisation, il est clair que le juge a effectivement autorisé ce qui a été fait dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire fondé sur tous les faits pertinents. Si la réponse est négative, ou s'il y a quelque doute quant à la réponse, l'autorisation et les interceptions qui ont été faites conformément à celle-ci sont à mon avis invalides et la preuve recueillie est inadmissible en application du par. 178.16(1) du *Code*. Je crois que c'est le cas en l'espèce.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissent)—Ce pourvoi soulève plusieurs questions importantes relativement au droit applicable à l'obtention d'éléments de preuve par écoute électronique.

J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Sopinka qui expose les faits, l'histoire judiciaire et les questions que soulève l'affaire et je m'en remets à cette partie de ses motifs. Bien que je partage son opinion sur quelques questions, en toute déférence, je ne partage pas son avis sur les autres ainsi que sur la façon dont il propose de trancher le pourvoi.

Les clauses des «endroits fréquentés» et la Loi

Je partage l'avis de mon collègue que les clauses des «endroits fréquentés» ne sont pas *ipso facto* invalides. Comme il le souligne, en matière d'inter-

R.S.C. 1970, c. C-34, as a matter of statutory construction, gives a judge a discretion to insert such a clause in an authorization to electronically intercept private communications. But that does not carry one very far, and I think it is important to discuss in a general way the circumstances in which, in my view, Parliament must have intended the discretion to be exercised, as well as the *Charter* implications that arise out of the statutory scheme.

I begin by stating that, in my view, it was never intended that the discretion was one to be routinely exercised. This is clear from the whole thrust of the Act, including s. 178.13(2)(c) which requires place specificity where this is possible. The primary purpose of the Act, as is evident from its original name (the *Protection of Privacy Act*, S.C. 1973-74, c. 50), is to protect the privacy of individuals from electronic interceptions of their private communications, except only as permitted by a superior court judge for purposes of law enforcement. And that exception, by virtue of s. 178.13(1), in Goodman J.A.'s phrase, is "treated as a last resort investigative mechanism the requirements for the obtaining of which are much more stringent than for a search warrant under s. 443(1)"; see *R. v. Playford* (1987), 61 C.R. (3d) 101 (Ont. C.A.), at p. 143. The Act imposes on a person seeking an authorization requirements that are highly specific as to the information to be presented to the judge. In addition to s. 178.13(2)(c), Parliament has underscored the fact that the Act predominantly contemplates site-specific authorizations by requiring that such information be contained in the affidavits (s. 178.12(1)(e)). This is, of course, to enable the judge to impose such terms and conditions as may limit unnecessary intrusions on privacy.

The discretion given to a judge under s. 178.13(2)(c) was intended to be exercised in accordance with the purpose of the statute taken as a whole. It was not intended, for example, that

prétation législative, l'al. 178.13(2)c) de la partie IV.1 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, confère au juge le pouvoir discrétionnaire d'insérer une telle clause dans une autorisation en vue d'intercepter des communications privées au moyen de dispositifs électroniques. Mais cela ne nous conduit pas très loin et je pense qu'il est important d'examiner de manière générale les circonstances dans lesquelles j'estime que le Parlement doit avoir voulu que ce pouvoir discrétionnaire soit exercé ainsi que les incidences qui ressortent de ce régime législatif quant à la *Charte*.

Je commence par affirmer qu'à mon avis on n'a jamais voulu que le pouvoir discrétionnaire soit exercé systématiquement. Cela ressort clairement de l'ensemble de la Loi, y compris de l'al. 178.13(2)c) qui exige de préciser les lieux lorsque cela est possible. L'objet premier de la Loi, comme son titre original l'indique (la *Loi sur la protection de la vie privée*, S.C. 1973-74, ch. 50), est de protéger la vie privée des personnes contre les interceptions électroniques de leurs communications privées, sous réserve seulement de ce qu'un juge d'une cour supérieure permet aux fins de l'application de la loi. Et en vertu du par. 178.13(1), cette exception est, selon les propos du juge Goodman de la Cour d'appel, [TRADUCTION] «considérée comme un mécanisme d'enquête de dernier ressort dont les conditions d'obtention sont beaucoup plus sévères que pour un mandat de perquisition en vertu du par. 443(1)»; voir *R. v. Playford* (1987), 61 C.R. (3d) 101 (C.A. Ont.), à la p. 143. La Loi impose à l'auteur d'une demande d'autorisation des conditions qui sont très précises quant aux renseignements qui doivent être présentés au juge. En plus de l'al. 178.13(2)c), le Parlement a souligné le fait que la Loi envisage de façon prédominante des autorisations précises quant aux lieux en exigeant que ces renseignements soient contenus dans les affidavits (al. 178.12(1)e)). Le but est évidemment de permettre au juge d'établir les modalités qui peuvent limiter les atteintes inutiles à la vie privée.

Le pouvoir discrétionnaire conféré au juge en vertu de l'al. 178.13(2)c) devait être exercé conformément à l'objet de la Loi dans son ensemble. Par exemple, on n'a pas voulu qu'une clause des

a “resorted to” clause should be added simply because other places might in the course of the investigation be found where it might be profitable to place intercepts, though such places are, of course, unknown in the sense that they cannot be predicted. In such cases, a new authorization can be obtained. That Parliament has mandated a precise procedure for emergencies (s. 178.15(1)) fully accords with this approach.

In a word, as I see it, s. 178.13(2)(c), by requiring a description of the place of interception where possible, was concerned that intercepts be limited, in all but the narrowest of circumstances, to places for which information was available at the time of the application for the authorization. I note that this place-specific requirement for known persons was added to the original Act by the 1976-77 amendment: S.C. 1976-77, c. 53, s. 9(2). The police under the previous provision were free to select the place; for a discussion, see *R. v. Blacquiere* (1980), 57 C.C.C. (2d) 330 (P.E.I.S.C.), per McQuaid J. It will be evident that Parliament came to recognize that granting the police power to intercept calls of a suspect, wherever made, ran counter to the reasonable expectations of privacy held by Canadians. It would, therefore, be odd indeed if, by the granting of a discretion to a judge to include “resorted to” clauses in authorizations, Parliament should be taken to have intended that the discretion be routinely used to nullify the purpose it sought to effect.

But the situation may be such that the police may not be in a position to give a general description of the nature and location of the places they propose to intercept private communications. Their investigations may reveal that the persons under surveillance, acutely sensitive to the danger of having their private communications overheard, have adopted a strategy to rule out this possibility. There may be no premises, no specific telephones, no vehicles for which the police can provide a description in the application for an authorization.

«endroits fréquentés» soit ajoutée simplement parce qu’au cours de l’enquête il est possible qu’on découvre d’autres endroits où il pourrait être utile d’installer des dispositifs d’interception bien que ces endroits soient évidemment inconnus en ce sens qu’ils ne peuvent être prévus. Dans ces cas, une nouvelle autorisation peut être obtenue. Que le Parlement ait prescrit une procédure précise dans les cas d’urgence (par. 178.15(1)) est tout à fait conforme avec cette interprétation.

En un mot, j’estime qu’en exigeant, à l’al. 178.13(2)c), une description des lieux d’interception lorsque cela est possible, on a voulu que les interceptions soient limitées dans toutes les circonstances, sauf les circonstances exceptionnelles, aux endroits au sujet desquels des renseignements étaient disponibles à l’époque de la demande d’autorisation. Je souligne que cette exigence de précision quant aux lieux d’interception relatifs aux personnes connues a été ajoutée à la loi originale par une modification apportée en 1976-77: S.C. 1976-77, ch. 53, par. 9(2). En vertu de l’ancienne disposition, les policiers étaient libres de déterminer l’endroit; pour une analyse, voir l’arrêt *R. v. Blacquiere* (1980), 57 C.C.C. (2d) 330 (C.S.Î.-P.-É.), le juge McQuaid. Il est évident que le Parlement a reconnu qu’accorder aux policiers le pouvoir d’intercepter les appels d’un suspect, peu importe où ils sont faits, est contraire aux attentes raisonnables des Canadiens en matière de vie privée. Il serait donc très étrange de considérer qu’en accordant au juge le pouvoir discrétionnaire d’inclure des clauses des «endroits fréquentés» dans des autorisations, le Parlement ait voulu que ce pouvoir discrétionnaire soit utilisé systématiquement pour annihiler l’objet qu’il visait à réaliser.

Mais la situation peut être telle que les policiers ne soient pas en mesure de donner une description générale de la nature et de la situation des lieux où ils comptent intercepter des communications privées. Leurs enquêtes peuvent révéler que les personnes sous surveillance, très conscientes du danger que leurs communications privées soient entendues, ont adopté une stratégie pour écarter cette possibilité. Il est possible qu’il n’y ait aucun lieu, aucun téléphone spécifique ni aucun véhicule qui puisse être décrit par les policiers dans leur

In such circumstances, the knowledge in possession of the police at the time of applying for an authorization will effectively preclude them from giving a general description of the nature and location of the place where they propose to intercept private communications.

In my view, it is to meet eventualities of that kind that Parliament has included the qualifying words "if known" in s. 178.12(1)(e) and "if a general description of that place can be given" in s. 178.13(2)(c). It would be a startling result if the investigative arm of the state had been left with no means of coping with a highly sophisticated criminal enterprise that counted on unpredictability to shield it from electronic surveillance. It is only in contexts of this kind that I conclude that an authorization may properly incorporate a "resorted to" clause.

In the present case, we are informed (and it would appear that the authorizing judge was adequately apprised of the situation), the police were aware from the outset that those under investigation resorted to and made use of pay phones, and that in doing so they used a code to advise one another of each of the locations at which they could be reached. This type of scheme would seem to be one that invites the granting of an authorization that includes a "resorted to" clause, in spite of the fact that interceptions could be placed at several known locations.

The situation as revealed by the affidavits examined by the trial judge under the *Wilson* rule (see *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594) would, in my view, justify a "resorted to" clause that permitted even interceptions of pay phone conversations. The interception of telephone conversations will always, as I will describe later, have serious implications for the privacy not only of the suspect but others as well. But it must not be forgotten that the interception of public pay phone conversations impacts to an even greater degree than the interception of private telephone conversations on the privacy of third persons. Here, on the facts, the bugging of pay phones in a busy

demande d'autorisation. Dans ces circonstances, les renseignements que possèdent les policiers au moment de la demande d'autorisation vont en réalité les empêcher de donner une description générale de la nature et de la situation des lieux où ils comptent intercepter des communications privées.

À mon avis, c'est pour parer à ce genre d'éventualités que le Parlement a inclus la réserve «s'il est connu» à l'al. 178.12(1)e) et «s'il est possible de donner une description générale de ce lieu» à l'al. 178.13(2)c). Il serait étonnant que les services d'enquête de l'État se retrouvent dépourvus des moyens de faire face aux entreprises criminelles hautement sophistiquées qui s'appuient sur l'imprévisibilité pour se protéger de la surveillance électronique. Ce n'est que dans ce genre de contextes que je conclus qu'une autorisation peut comprendre à bon droit une clause des «endroits fréquentés».

En l'espèce, on nous avise (et il semblerait que le juge qui a accordé l'autorisation était bien au courant de la situation) que les policiers savaient dès le départ que les personnes faisant l'objet de l'enquête fréquentaient et utilisaient des téléphones publics et que ce faisant elles utilisaient un code pour s'informer mutuellement des endroits où il était possible de les rejoindre. Ce genre de situation semblerait inciter à accorder une autorisation assortie d'une clause des «endroits fréquentés», malgré le fait que les dispositifs d'interception pouvaient être installés dans plusieurs endroits connus.

La situation exposée dans les affidavits que le juge du procès a examinés en vertu de la règle de l'arrêt *Wilson* (voir *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594) justifierait à mon avis une clause des «endroits fréquentés» qui permettrait même d'intercepter des conversations dans les téléphones publics. Comme je le mentionnerai plus loin, l'interception de conversations téléphoniques aura toujours de graves incidences non seulement sur la vie privée du suspect mais sur celle des tiers également. Il ne faut cependant pas oublier que l'interception de conversations dans les téléphones publics a un effet encore plus important sur la vie privée des tiers que l'interception de conversations

summer resort may have drawn within the ambit of the police's investigation literally hundreds of people who had nothing to do with the conspiracy.

Under these circumstances, one would expect the authorizing judge not only to direct his mind to these considerations, but to make the interception of pay phone conversations a matter of express authorization. I can fully understand the trial judge's expressed discomfort at the "meagre particulars" in all three authorizations. The authorizations simply permit everything that can be permitted under the Act, i.e., the interception by means of any electromagnetic, acoustic, mechanical or other device at any place or premises where the accused may resort to in the province, and they impose no terms or conditions on the exercise of these powers. Nothing indicates any exercise of the discretion granted to the authorizing judge under the Act. Effectively, all discretion is delegated to the police. The authorizations have virtually all the trappings of a blanket search warrant.

I must confess to feeling more than discomfort with this way of doing things; while the issue was not directly argued (the appellants being content to rely on the unlawfulness of "resorted to" clauses generally), this broad kind of authorization seems to me to run counter to what the Act requires. The Act (s. 178.13(1)) provides that an authorization may be given by a judge if he is satisfied that it would be in the best interests of justice and that other investigative procedures have failed or are unlikely to succeed or the urgency of the matter makes resort to these impractical. In short, the Act requires the exercise of discretion, and in the case of "resorted to" clauses, as noted, it is a very narrow discretion. It can scarcely have been the intention of Parliament to permit judges by this exceptional discretion to circumvent all the privacy safeguards spelled out in the Act. Even if it were possible to read the Act so as to permit this broad type of authorization, such authorization would, as

téléphoniques privées. D'après les faits de l'espèce, l'installation de dispositifs d'écoute électronique dans les téléphones publics d'une station estivale achalandée peut avoir littéralement assujéti à l'enquête des policiers des centaines de personnes qui n'avaient rien à voir avec le complot.

Compte tenu de ces circonstances, on s'attendrait à ce que le juge qui a accordé l'autorisation ne tienne pas seulement compte de ces considérations, mais à ce qu'il fasse de l'interception des conversations dans les téléphones publics une question d'autorisation expresse. Je comprends très bien le malaise exprimé par le juge du procès devant le [TRADUCTION] «peu de détails» contenus dans les trois autorisations. Les autorisations permettent simplement tout ce que la Loi peut permettre, c'est-à-dire l'interception au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre, en tout endroit ou lieu que l'accusé peut fréquenter dans la province, et elles n'imposent aucune condition à l'exercice de ces pouvoirs. Rien n'indique que le juge qui a accordé l'autorisation a exercé le pouvoir discrétionnaire que lui confère la Loi. En réalité, toute discrétion est déléguée aux policiers. Les autorisations ont pratiquement toutes les apparences d'un mandat de perquisition général.

J'avoue que cette façon de procéder m'inspire plus qu'un simple malaise; bien que la question n'ait pas été débattue directement (les appelants se contentant d'invoquer l'illégalité des clauses des «endroits fréquentés» en général), ce genre d'autorisation large me semble contraire à ce que la Loi exige. La Loi (le par. 178.13(1)) prévoit qu'une autorisation peut être donnée par un juge s'il est convaincu que cela servirait au mieux l'administration de la justice et que d'autres méthodes d'enquête ont échoué ou ont peu de chances de succès, ou que l'urgence de l'affaire est telle qu'il ne serait pas pratique d'y recourir. Bref, la Loi exige l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et, comme je l'ai dit dans le cas des clauses des «endroits fréquentés», c'est un pouvoir discrétionnaire très restreint. Le Parlement ne peut vraiment pas avoir eu l'intention de permettre aux juges de contourner par ce pouvoir discrétionnaire exceptionnel toutes les garanties en matière de vie privée établies par la

I will indicate later, violate the *Charter* requirement that the individual be secure from unreasonable search or seizure. Accordingly, pursuant to the reasoning of *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, the discretion accorded the judge must be read to conform with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

More particularly, the authorizations seem to me to fail to comply with the requirements of the Act respecting what must be stated in an authorization. Section 178.13(2) not only requires that the authorization state the identity of the person, if known, whose communications are to be intercepted and generally describe the place where such interception is to be made. It also requires that the type of private communication that may be intercepted be stated. This would seem to encompass conversations by means of pay phones. At all events, the authorization must “generally describe the manner of interception that may be used”. Section 178.13(2)(c) reads:

178.13 ...

(2) An authorization shall

(c) state the identity of the persons, if known, whose private communications are to be intercepted, generally describe the place at which private communications may be intercepted, if a general description of that place can be given, and generally describe the manner of interception that may be used;

I do not take the “manner of interception” as referring solely to the technical equipment. Given the overall purpose and structure of the Act, it must relate more broadly to the manner of interception for the purpose of describing the extent of the interferences with privacy intended by the authorization. I do not think this obligation can be avoided in respect of a “resorted to” clause any more than it can in relation to specifically described interceptions. Otherwise, the narrow

Loi. Même s’il était possible d’interpréter la Loi de manière à permettre ce type d’autorisation large, celle-ci violerait, comme je l’indiquerai plus loin, l’exigence de la *Charte* que la personne soit protégée contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. Par conséquent, conformément au raisonnement tenu dans l’arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, le pouvoir discrétionnaire conféré au juge doit être interprété de manière à être conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Plus particulièrement, il me semble que les autorisations ne sont pas conformes aux exigences de la Loi concernant ce qui doit être énoncé dans une autorisation. Le paragraphe 178.13(2) n’exige pas seulement que l’autorisation indique, si elle est connue, l’identité de la personne dont les communications doivent être interceptées et donne une description générale du lieu où elles seront interceptées. Il exige également que soit indiqué le genre de communications privées qui pourront être interceptées. Cela semblerait comprendre les conversations dans les téléphones publics. Quoi qu’il en soit, l’autorisation doit donner «une description générale de la façon dont les communications pourront être interceptées». L’alinéa 178.13(2)c) se lit ainsi:

178.13 ...

(2) Une autorisation doit

c) indiquer, si elle est connue, l’identité des personnes dont les communications privées doivent être interceptées, décrire de façon générale le lieu où les communications privées pourront être interceptées, s’il est possible de donner une description générale de ce lieu, et une description générale de la façon dont les communications pourront être interceptées;

À mon sens, «la façon dont les communications pourront être interceptées» ne vise pas seulement le matériel technique. Étant donné l’objet et le régime généraux de la Loi, ces termes doivent se rapporter plus généralement au mode d’interception en vue de décrire la portée des atteintes à la vie privée projetées dans l’autorisation. Je ne crois pas que l’on puisse se soustraire à cette obligation à l’égard d’une clause des «endroits fréquentés», pas plus qu’on ne peut le faire en ce qui concerne

exception has the effect of overriding the whole Act. I should also note that, as in the case of the place of interception, the affidavit in support of an application must also set forth (s. 178.12(1)) a general description of the manner of interception proposed, again for the purpose of providing the authorizing judge with the information necessary for him to impose such terms as may be advisable in the public interest.

Nor is it sufficient that one might, by reference to the supporting material, be able to determine the scope of the authorization. An authorization, and particularly one that has the potential of massively invading the privacy of third parties, as is the case here, should on its face clearly set forth its intended ambit, as the Act expressly dictates. Others, and particularly the trial judge, must not be left to guess about the extent of the authorization. Certainly, Parliament did not expect the trial judge to be obliged to do so. It expressly provided that the authorization should address the matter. This reasoning is all the more persuasive given the fact that subsequent access to the supporting material, as this Court held in *Wilson, supra*, was not available at common law.

For these reasons, I think the authorizations here are void. This is sufficient to dispose of the appeal in favour of the appellants, but I think it important to discuss the other issues raised in the appeal.

I turn first to the *Charter* implications.

“Resorted To” Clauses and the *Charter*

An analysis of the *Charter* implications of a “resorted to” clause must begin with this Court’s holding that surreptitious electronic interception of private communications constitutes a “search” and “seizure” under s. 8 of the *Charter*, which gives Canadians a right to be secure against unreason-

les interceptions qui font l’objet d’une description précise. Autrement, l’exception restreinte a pour effet de supplanter toute la Loi. Il convient également que je souligne que, comme dans le cas du lieu de l’interception, l’affidavit à l’appui d’une demande doit également donner (par. 178.12(1)) une description générale de la façon dont on se propose de procéder à cette interception, et ce, toujours en vue de fournir au juge qui accorde l’autorisation les renseignements nécessaires pour pouvoir formuler les modalités qu’il estime opportunes dans l’intérêt public.

Il ne suffit pas non plus que l’on puisse, en se référant aux documents à l’appui de l’autorisation, être capable de déterminer la portée de cette autorisation. Une autorisation, et particulièrement une autorisation qui peut porter atteinte massivement au droit à la vie privée de tiers, comme en l’espèce, devrait à première vue établir clairement la portée qu’on veut qu’elle ait, comme la Loi l’exige expressément. Les tiers et le juge du procès en particulier ne doivent pas avoir à deviner la portée de l’autorisation. Le Parlement ne s’attendait certainement pas à ce que le juge du procès ait à le faire. Il a clairement prévu que l’autorisation devrait aborder la question. Ce raisonnement est d’autant plus convaincant que l’accès ultérieur aux documents à l’appui de l’autorisation, comme notre Cour l’a conclu dans l’arrêt *Wilson*, précité, n’était pas possible en common law.

Pour ces motifs, je pense qu’en l’espèce les autorisations sont nulles. Cela suffit pour trancher le pourvoi en faveur des appelants, mais je pense qu’il est important d’examiner les autres questions soulevées en l’espèce.

J’examine d’abord les incidences de la *Charte*.

Les clauses des «endroits fréquentés» et la *Charte*

Pour examiner les incidences d’une clause des «endroits fréquentés» par rapport à la *Charte*, il faut d’abord tenir compte de la décision de notre Cour que l’interception électronique clandestine de communications privées constitue une «fouille ou perquisition» et une «saisie» au sens de l’art. 8 de la *Charte* qui reconnaît aux Canadiens le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives; voir les arrêts *R. c. Duarte*,

able search and seizure; see *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62.

It is important as well to underline the specially intrusive nature of this kind of search. As noted, I am in full agreement with Goodman J. A. who in *R. v. Playford*, *supra*, at p. 143, expressed the opinion that the interception of private communications is a more serious intrusion on privacy than a conventional search or seizure. As J. G. Carr in *The Law of Electronic Surveillance* (2nd ed. 1986), at pp. 2-20 and 2-20.1, points out, an electronic search is a secret search, one that usually affects more persons, and lasts for substantially longer periods than conventional searches. And since at the moment of authorization the things to be seized are neither tangible nor in existence, electronic searches are indiscriminately acquisitive. As Carr puts it, at pp. 2-28 and 2-29:

With electronic searches nothing may be known about many of the persons who may be overheard. As conversations of unknown individuals are intercepted, the electronic surveillance resembles a random stop-and-search, without probable cause, of every person who appears in the company of some known person who is suspected of being involved in criminal activity.

Moreover, unlike conventional searches in which it is relatively easy to determine whether the object of the search has been found, electronic searches have the potential to last long after incriminating evidence has been intercepted or to continue at a time when there can no longer be probable cause for presuming that interceptions will in fact produce such evidence. In *R. v. Duarte*, *supra*, at p. 43, this Court observed that "one can scarcely imagine a state activity more dangerous to individual privacy than electronic surveillance and to which, in consequence, the protection accorded by s. 8 should be more directly aimed".

[1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62.

Il est également important de souligner la nature particulièrement envahissante de ce genre de fouille ou de perquisition. Comme je l'ai souligné, je suis entièrement d'accord avec le juge Goodman qui, dans l'arrêt *R. v. Playford*, précité, à la p. 143, a exprimé l'avis que l'interception de communications privées porte atteinte plus gravement à la vie privée qu'une fouille, une perquisition ou une saisie classiques. Comme J. G. Carr le souligne dans *The Law of Electronic Surveillance* (2^e éd. 1986), aux pp. 2-20 et 2-20.1, une fouille ou perquisition électronique est une fouille ou perquisition secrète, qui touche habituellement plus de personnes et qui dure sensiblement plus longtemps que les fouilles ou perquisitions classiques. Et puisqu'au moment où l'autorisation est accordée les choses à saisir ne sont ni tangibles ni existantes, les fouilles ou perquisitions électroniques sont systématiquement acquisitives. Comme Carr le souligne, aux pp. 2-28 et 2-29:

[TRADUCTION] En matière de fouilles ou de perquisitions électroniques, il se peut qu'on ne sache rien de plusieurs personnes dont les communications peuvent être interceptées. Du fait que les conversations de personnes inconnues sont interceptées, la surveillance électronique ressemble à une fouille faite au hasard, sans motifs probables, de toute personne qui se trouve en compagnie d'une personne connue dont on soupçonne la participation à des activités criminelles.

En outre, contrairement aux fouilles ou perquisitions classiques où il est relativement facile de déterminer si l'objet de la fouille ou de la perquisition a été trouvé, les perquisitions électroniques peuvent durer longtemps après l'interception des éléments de preuve incriminants ou se poursuivre alors qu'il ne peut plus y avoir de motifs probables de présumer que les interceptions vont effectivement permettre de recueillir de tels éléments de preuve. Dans l'arrêt *R. c. Duarte*, précité, à la p. 43, notre Cour a souligné qu'«on peut difficilement concevoir une activité de l'État qui soit plus dangereuse pour la vie privée des particuliers que la surveillance électronique et qui, en conséquence, doit être plus directement visée par la protection de l'art. 8».

Once it is conceded that electronic surveillance strikes at the heart of the rights of privacy s. 8 is designed to protect, the question becomes one of determining whether Part IV.1 of the *Code* meets the standard of reasonableness first enunciated by this Court in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. In *R. v. Duarte*, *supra*, this Court accepted, as Martin J.A. had earlier done in *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (Ont. C.A.), that Part IV.1 of the *Code*, read as a whole, does meet this standard of reasonableness and hence does not *per se* violate the *Charter*. Martin J.A., however, also drew attention, at p. 78, to the fact that although the legislative scheme of Part IV.1 is constitutional, the granting of a particular authorization may be unreasonable and hence infringe s. 8. These remarks set the stage for the present enquiry.

In *Hunter v. Southam*, this Court enunciated the standards against which the courts are to assess the reasonableness of a given search and seizure. That case mandates that, in most circumstances, a search constitutionally requires judicial or other independent authorization. And, at p. 168, it articulates the criteria for the granting of such authorization:

In cases like the present, reasonable and probable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found at the place of the search, constitutes the minimum standard, consistent with s. 8 of the *Charter*, for authorizing search and seizure.

More recently, in *Duarte*, the Court elaborated on these standards in the context of electronic surveillance (pp. 45-46).

In my view, a "resorted to" clause does not meet the standard of reasonableness that emerges from an examination of *Hunter v. Southam* and *Duarte* as a matter of course. For such a clause is effectively a delegation to the police of the discretion which, under the standard spelled out in *Hunter v. Southam*, must, where feasible, be exercised by a judge or other independent person. Unless there

Du moment que l'on admet que la surveillance électronique porte directement atteinte aux droits à la vie privée que vise à protéger l'art. 8, il s'agit alors de déterminer si la partie IV.1 du *Code* satisfait à la norme du caractère raisonnable formulée pour la première fois par notre Cour dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. Dans l'arrêt *R. c. Duarte*, précité, notre Cour a accepté, comme le juge Martin l'avait fait plus tôt dans l'arrêt *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (C.A. Ont.), que la partie IV.1 du *Code*, dans son ensemble, satisfait à cette norme du caractère raisonnable et ne viole donc pas en soi la *Charte*. Le juge Martin a cependant précisé, à la p. 78, que bien que le régime législatif de la partie IV.1 soit constitutionnel, le fait d'accorder une autorisation particulière peut être abusif et donc contrevenir à l'art. 8. Ces remarques établissent le cadre de la présente analyse.

Dans l'arrêt *Hunter c. Southam*, notre Cour a formulé les normes en fonction desquelles les tribunaux doivent évaluer le caractère raisonnable d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie données. Cet arrêt précise que, dans la plupart des cas, une fouille ou une perquisition exige, sur le plan constitutionnel, une autorisation judiciaire ou autre qui soit indépendante. Et, à la p. 168, la Cour formule les critères pour accorder une telle autorisation:

Dans des cas comme la présente affaire, l'existence de motifs raisonnables et probables, établie sous serment, de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent à l'endroit de la perquisition, constitue le critère minimal, compatible avec l'art. 8 de la *Charte*, qui s'applique à l'autorisation d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie.

Plus récemment, dans l'arrêt *Duarte*, la Cour a précisé ces normes dans le contexte de la surveillance électronique (pp. 45 et 46).

À mon avis, une clause des «endroits fréquentés» ne satisfait pas à la norme du caractère raisonnable qui ressort clairement d'un examen des arrêts *Hunter c. Southam* et *Duarte*. En effet, pareille clause est en réalité une délégation aux policiers du pouvoir discrétionnaire qui, en vertu de la norme formulée dans l'arrêt *Hunter c. Southam*, doit être exercé, lorsque cela est possible, par un

are compelling reasons for such a “resorted to” clause, therefore, I do not think it meets the standard set forth in *Hunter v. Southam*. That is consistent with Martin J.A.’s view that Part IV.1 does not, in its entirety, offend s. 8 of the *Charter*, but that a particular authorization may do so. But I think it is reasonable to insert a “resorted to” clause in the special and limited circumstances described earlier in which Parliament intended under Part IV.1 that a judge could grant an authorization to intercept communications in an unspecified place. As a practical matter, it can in these circumstances reasonably be said not to be feasible to do otherwise. The facts in this case appear to fall within this description.

As I noted, however, I do not think a general “resorted to” clause such as the one in issue here passes muster under the *Charter*. While I would not wish to impose fussy requirements about the precise wordings of authorizations, a “resorted to” clause must at least indicate that the authorizing judge has directed his mind to the nature and limits of the powers that the police may exercise by setting them out in the authorization. I do not think it is reasonable to simply authorize the police, in their sole discretion, to use any electronic means of interception anywhere the suspects may go. This effectively amounts to a failure on the part of the judge to exercise his discretion and a delegation of that discretion to the police. In the present case, the authorizations should have made specific reference to pay phones. What an authorization permits must not be left to guesswork or interpretation by the police. This is particularly so as regards the extensive invasions of privacy that result from interceptions of pay phones.

It will be obvious that the Act and the *Charter* place a heavy burden on the courts to ensure the privacy of Canadians. Electronic surveillance is indiscriminately acquisitive; its reach extends to the conversations of the innocent and guilty alike.

juge ou une autre personne indépendante. Donc, à moins de raisons sérieuses justifiant une clause des «endroits fréquentés», je ne crois pas qu’elle satisfait à la norme établie dans l’arrêt *Hunter c. Southam*. Cela est conforme à l’opinion du juge Martin que la partie IV.1 ne contrevient pas dans l’ensemble à l’art. 8 de la *Charte*, mais qu’une autorisation particulière peut le faire. Mais j’estime qu’il est raisonnable d’inclure une clause des «endroits fréquentés» dans les circonstances particulières et restreintes déjà décrites où le Parlement a voulu, en vertu de la partie IV.1, qu’un juge puisse accorder une autorisation d’intercepter des communications dans un lieu non précisé. Sur le plan pratique, on peut raisonnablement affirmer que dans ces circonstances il n’est pas possible de faire autrement. Les faits en l’espèce semblent relever de cette description.

Comme je l’ai cependant souligné, je ne crois pas qu’une clause générale des «endroits fréquentés» comme celle dont il est question en l’espèce soit valable en vertu de la *Charte*. Bien que je ne veuille pas imposer des exigences capricieuses quant à la formulation précise des autorisations, une clause des «endroits fréquentés» doit au moins indiquer que le juge qui accorde l’autorisation s’est penché sur la nature et les limites des pouvoirs que les policiers peuvent exercer, en les énonçant dans l’autorisation. Je ne crois pas qu’il soit raisonnable de simplement autoriser les policiers à utiliser, à leur seule discrétion, tout dispositif d’interception électronique dans tout lieu que peuvent fréquenter les suspects. En réalité, c’est comme si le juge omettait d’exercer son pouvoir discrétionnaire et le déléguait aux policiers. En l’espèce, les autorisations auraient dû mentionner précisément les téléphones publics. Ce qu’une autorisation permet ne doit pas être laissé à l’appréciation ou à l’interprétation des policiers. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne les atteintes profondes à la vie privée qui résultent des interceptions effectuées dans des téléphones publics.

Il est évident que la Loi et la *Charte* imposent aux tribunaux une lourde obligation de protéger la vie privée des Canadiens. La surveillance électronique est systématiquement acquisitive; sa portée vise les conversations tant des innocents que des

The indiscriminate acquisitiveness of electronic surveillance invites the courts to redouble their vigilance and to be especially sensitive of the potential of certain practices to undermine the expectation of Canadians that their private communications are inviolable. This legitimate and reasonable expectation of privacy will not long survive if the courts give their imprimatur to practices that allow the police to intercept private communications solely on the basis of their own reasonable belief that valuable evidence stands to be gained thereby. In my view, "resorted to" clauses can easily result in the application of this low threshold and constitute the "fishing expeditions of considerable latitude" decried by this Court in *Hunter v. Southam, supra*, at p. 167. It is sad to reflect that, even with the assistance of the *Charter*, the courts have failed to take the steps necessary to avoid this danger and that if Canadians are to receive adequate protection against the insidious threat to individual privacy posed by electronic surveillance, they must turn to Parliament to provide additional safeguards. There is biting irony in this. The *Charter* was designed to protect us from possible inroads on individual rights by Parliament.

When a "resorted to" clause has been properly included in an authorization, the police must themselves act reasonably if they are to come up to the high standard set by s. 8 of the *Charter*. This includes the duty, noted by my colleague, to act on the basis of reasonable and probable cause in placing intercepts under a "resorted to" clause. Again, while I do not find it necessary to impose some technical "minimization obligation" on the police (they must be given reasonable leeway to perform their function), the adoption of practices that flagrantly ignore the privacy of persons unconnected with the investigation does not, in my view, constitute a reasonable search within the meaning of s. 8.

coupables. La nature systématiquement acquisitive de la surveillance électronique incite les tribunaux à redoubler de vigilance et à être particulièrement conscients des risques que certaines pratiques minent l'attente des Canadiens en matière d'invio-
 labilité de leurs communications privées. Cette
 attente légitime et raisonnable en matière de vie
 privée ne survivra pas longtemps si les tribunaux
 accordent leur imprimatur à des pratiques qui
 permettent aux policiers d'intercepter des commu-
 nications privées pour la seule raison qu'ils ont des
 motifs raisonnables de croire que de précieux élé-
 ments de preuve peuvent ainsi être obtenus. À mon
 avis, les clauses des «endroits fréquentés» peuvent
 facilement entraîner l'application de cette norme
 peu élevée et constituer les «recherches à l'aveu-
 glette très étendues» dénoncées par notre Cour
 dans l'arrêt *Hunter c. Southam*, précité, à la p.
 167. Il est triste de penser que, même avec l'aide
 de la *Charte*, les tribunaux n'ont pas pris les
 mesures nécessaires pour prévenir ce danger et que
 si les Canadiens doivent être protégés adéquate-
 ment contre la menace insidieuse que la surveil-
 lance électronique pose à la vie privée, ils doivent
 se tourner vers le Parlement pour obtenir des
 garanties supplémentaires. Il y a une ironie cin-
 glante dans tout cela. La *Charte* est destinée à
 nous protéger contre toute possibilité d'empiéte-
 ment par le Parlement sur les droits individuels.

Lorsqu'une clause des «endroits fréquentés» a été
 légitimement incluse dans une autorisation, les
 policiers doivent eux-mêmes agir raisonnablement
 s'ils veulent se conformer à la norme élevée établie
 par l'art. 8 de la *Charte*. Comme le souligne mon
 collègue, cela comprend le devoir d'agir en fonc-
 tion de motifs raisonnables et probables dans l'ins-
 tallation de dispositifs d'interception en vertu
 d'une clause des «endroits fréquentés». Encore une
 fois, bien que je n'estime pas nécessaire d'imposer
 une «obligation de minimisation» technique aux
 policiers (ils doivent disposer d'une marge de
 manœuvre raisonnable pour exécuter leurs fonc-
 tions), l'adoption de pratiques qui, de manière
 flagrante, font fi de la vie privée des personnes qui
 n'ont aucun lien avec l'enquête ne constitue pas, à
 mon avis, une fouille ou une perquisition raisonna-
 ble au sens de l'art. 8.

It would afford a greater safeguard if the police were required to seek a further authorization as soon as possible where an interception made pursuant to a “resorted to” clause may result in possible intrusions on significant numbers of people (as in the case of pay phones), and circumstances may arise where this should be done. But if on the facts an authorization was granted on the basis that such interceptions were permitted, I am on balance satisfied that it is not unreasonable to allow the police to make such interception during the term of that authorization. As I will explain later, some safeguard—and it is a critical one—arises out of the fact that, on my view of the matter, the places intercepted pursuant to the “resorted to” clause must be revealed to the judge when application is made for a renewal or a new authorization, for it is then possible to supply this information.

The remaining issue dealing with “resorted to” clauses raised in this appeal relates to the duty of the police to act reasonably within the meaning of s. 8. The question posed, in essence, is whether the police, acting under the aegis of such a clause, but having no independent evidence linking a named suspect to a particular telephone, may place intercepts there on the understanding that any evidence gained thereby would then be admissible as proof that the suspects had resorted to that place. Framed in this manner, it can be seen that the logical result of acceding to this proposition would be to invite the police to place intercepts on mere speculation that a named suspect would frequent a given location. It would be difficult to conceive of a “fishing expedition” of greater latitude. On this issue, I agree with the views of Sopinka J. that the existence of extrinsic evidence is always necessary.

New Authorization or Renewal

I now turn to the question whether it was permissible to obtain fresh authorizations instead of renewals with respect to the persons and addresses stated in the first authorization. As a starting point, it is necessary to set out for comparison the

On bénéficierait d'une meilleure garantie si les policiers étaient tenus d'obtenir une autre autorisation dès que possible lorsqu'une interception pratiquée en vertu d'une clause des «endroits fréquentés» peut donner lieu à des atteintes à la vie privée de nombreuses personnes (comme dans le cas des téléphones publics), et il peut y avoir des circonstances où cela devrait être fait. Mais si, d'après les faits, l'autorisation a été accordée pour le motif que ces interceptions étaient permises, je suis dans l'ensemble convaincu qu'il n'est pas abusif de permettre aux policiers de pratiquer ces interceptions pendant la durée de cette autorisation. Comme je l'expliquerai plus loin, une garantie—et il s'agit d'une garantie cruciale—découle du fait que, compte tenu de ma perception de l'affaire, les lieux visés par l'interception en vertu d'une clause des «endroits fréquentés» doivent être indiqués au juge lorsqu'une demande de renouvellement ou de nouvelle autorisation est présentée, car il est alors possible de fournir ces renseignements.

L'autre question soulevée dans ce pourvoi, concernant les clauses des «endroits fréquentés», a trait au devoir des policiers d'agir raisonnablement au sens de l'art. 8. La question est essentiellement de savoir si les policiers, qui agissent en vertu d'une telle clause mais ne disposent d'aucune preuve indépendante reliant un suspect nommé à un téléphone particulier, peuvent installer des dispositifs d'interception en sachant que tout élément de preuve ainsi obtenu sera ensuite admissible comme preuve que les suspects ont fréquenté cet endroit. Formulé de cette manière, on peut voir qu'accepter cette proposition aurait logiquement pour résultat d'inviter les policiers à installer des dispositifs d'interception à partir de simples suppositions qu'un suspect nommé fréquente un lieu donné. Il est difficile de concevoir une «recherche à l'aveuglette» plus étendue. Sur cette question, je partage l'opinion du juge Sopinka que l'existence d'une preuve extrinsèque est toujours nécessaire.

Une nouvelle autorisation ou un renouvellement

J'examine maintenant la question de savoir s'il était permis d'obtenir de nouvelles autorisations au lieu de renouvellements quant aux personnes et aux adresses mentionnées dans la première autorisation. Au départ, il est nécessaire d'énoncer à des

requirements for obtaining authorizations and renewals as they appear in Part IV.1 of the *Code*:

178.13 (1) An authorization may be given if the judge to whom the application is made is satisfied

- (a) that it would be in the best interests of the administration of justice to do so; and
- (b) that other investigative procedures have been tried and have failed, other investigative procedures are unlikely to succeed or the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation of the offence using only other investigative procedures.

(3) Renewals of an authorization may be given from time to time by a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 482 upon receipt by him of an *ex parte* application in writing signed by the Attorney General of the province in which the application is made or the Solicitor General of Canada or an agent specially designated in writing for the purposes of section 178.12 by the Solicitor General of Canada or the Attorney General, as the case may be, accompanied by an affidavit of a peace officer or public officer deposing to the following matters, namely:

- (a) the reason and period for which the renewal is required,
- (b) full particulars, together with times and dates, when interceptions, if any, were made or attempted under the authorization, and any information that has been obtained by any interception, and
- (c) the number of instances, if any, on which, to the knowledge and belief of the deponent, an application has been made under this subsection in relation to the same authorization and on which the application was withdrawn or no renewal was given, the date on which each such application was made and the name of the judge to whom each such application was made,

and supported by such other information as the judge may require.

(4) A renewal of an authorization may be given if the judge to whom the application is made is satisfied that any of the circumstances described in subsection (1) still obtain, but no such renewal shall be for a period exceeding sixty days.

It is important to note that by s. 178.13(4) a renewal may issue if any of the circumstances obtaining at the time of the initial authorization

fins de comparaison les conditions applicables à l'obtention des autorisations et des renouvellements selon la partie IV.1 du *Code*:

178.13 (1) Une autorisation peut être donnée si le juge auquel la demande est présentée est convaincu

- a) que l'octroi de cette autorisation servirait au mieux l'administration de la justice; et
- b) que d'autres méthodes d'enquête ont été essayées et ont échoué, ou ont peu de chance de succès, ou que l'urgence de l'affaire est telle qu'il ne serait pas pratique de mener l'enquête relative à l'infraction en n'utilisant que les autres méthodes d'enquête.

(3) Un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou un juge défini à l'article 482 peut, à l'occasion, renouveler une autorisation lorsqu'il reçoit une demande écrite *ex parte* signée par le procureur général de la province dans laquelle la demande est présentée, par le solliciteur général du Canada ou par un mandataire spécialement désigné par écrit aux fins de l'article 178.12 par le solliciteur général du Canada ou le procureur général, selon le cas, et à laquelle est joint un affidavit d'un agent de la paix ou fonctionnaire public indiquant ce qui suit:

- a) la raison et la période pour lesquelles le renouvellement est demandé,
- b) tous les détails, y compris les heures et dates, relatifs aux interceptions, qui, le cas échéant, ont été faites ou tentées en vertu de l'autorisation, et tous renseignements obtenus au cours des interceptions, et
- c) le nombre de cas, s'il y a lieu, où, à la connaissance du déposant, une demande a été faite en vertu du présent paragraphe au sujet de la même autorisation et où la demande a été retirée ou aucun renouvellement n'a été accordé, la date de chacune de ces demandes et le nom du juge auquel chacune a été présentée,

ainsi que les autres renseignements que le juge peut exiger.

(4) Le renouvellement d'une autorisation peut être accordé pour au plus soixante jours si le juge auquel la demande est présentée est convaincu que l'une des circonstances indiquées au paragraphe (1) existe encore.

Il est important de souligner qu'en vertu du par. 178.13(4), un renouvellement peut être accordé si l'une des circonstances existant à l'époque de la

existed. From this, it is arguable that a renewal may issue if either one of the requirements, (a) or (b), expressed in s. 178.13(1) obtains, but that an authorization will only issue if both circumstances obtain. Support for this proposition was found in the line of authority that holds that the Crown must meet a heavier onus when seeking a new authorization as opposed to a renewal; see, in particular, *R. v. Pleich* (1980), 16 C.R. (3d) 194 (Ont. C.A.), at pp. 212-13, and *R. v. Dubois* (1986), 27 C.C.C. (3d) 325 (Ont. C.A.), the latter cited by the Court of Appeal in this case (1986), 33 D.L.R. (4th) 744, at pp. 757-58.

Yet an examination of the nature of the two requirements contained in s. 178.13(1) reveals the tenuousness of the notion that an authorization imposes a heavier onus on the police. It seems to me to be entirely specious to contemplate that Parliament envisaged that a renewal would issue on application of s. 178.13(4), if only s. 178.13(1)(b) and not s. 178.13(1)(a) obtained; this would presuppose that a judge would exercise his discretion to issue a renewal when satisfied that it was not in the best interests of justice to do so. As for the contention that a renewal could issue if only the circumstances described in para. (a) obtained, I am of the view that this too leads to an absurdity. Implicit in this conclusion is the notion that the preconditions that were essential to the granting of an authorization no longer bear on the issue of a renewal and hence on the determination whether the renewal is in the best interests of the administration of justice. Clearly, the "last resort" requirement in s. 178.13 was formulated with an eye to the invasiveness of electronic surveillance and hence to the need to restrict its application solely to situations where other investigative methods have borne no fruit or where urgency compels its use. It would be aberrant to suppose that these considerations, which loom so large in the initial decision to authorize an intercept, would be of no consequence in the decision to renew. The very fact that Parliament has imported a renewal requirement, and not made authorizations open-ended, surely suggests that these considerations will again be integral to the decision to permit the

première autorisation existe encore. On peut donc soutenir qu'un renouvellement peut être accordé si l'une des conditions, a) ou b), formulées au par. 178.13(1) existe, mais qu'une autorisation ne sera accordée que si les deux circonstances existent. Cette proposition trouve appui dans le courant de jurisprudence qui reconnaît que le ministère public doit satisfaire à une obligation plus lourde lorsqu'il demande une nouvelle autorisation par opposition à un renouvellement; voir, en particulier, les arrêts *R. v. Pleich* (1980), 16 C.R. (3d) 194 (C.A. Ont.), aux pp. 212 et 213, et *R. v. Dubois* (1986), 27 C.C.C. (3d) 325 (C.A. Ont.), cette dernière décision ayant été citée par la Cour d'appel en l'espèce (1986), 33 D.L.R. (4th) 744, aux pp. 757 et 758.

Pourtant, un examen de la nature des deux conditions prévues au par. 178.13(1) révèle le caractère ténu de l'idée qu'une autorisation impose un fardeau plus lourd aux policiers. Il me semble qu'il est tout à fait spécieux de prétendre que le Parlement a prévu qu'un renouvellement ne serait accordé en vertu du par. 178.13(4) que si la condition de l'al. 178.13(1)b) et non de l'al. 178.13(1)a) existait; cela supposerait qu'un juge exercerait son pouvoir discrétionnaire d'accorder un renouvellement lorsqu'il serait convaincu que l'octroi de cette autorisation ne servirait pas au mieux l'administration de la justice. Quant à la prétention qu'un renouvellement ne pourrait être accordé que si les circonstances décrites à l'al. a) existent, je suis d'avis que cela aussi conduit à une absurdité. Cette conclusion signifie implicitement que les conditions préalables essentielles à l'autorisation ne concernent plus la question du renouvellement et donc la question de savoir si celui-ci sert au mieux l'administration de la justice. Il est certain qu'on a établi la condition de «dernier ressort» à l'art. 178.13 en tenant compte du caractère envahissant de la surveillance électronique et donc de la nécessité d'en restreindre l'application aux seules situations où les autres méthodes d'enquête n'ont pas porté fruit ou lorsque l'urgence de la situation oblige à y recourir. Il serait aberrant de supposer que ces considérations, qui sont si importantes à l'étape de la décision initiale d'autoriser une interception, ne seraient d'aucune importance dans la décision de renouveler l'autorisation. Le fait même que le Parlement ait imposé une condition de renouvelle-

use of electronic surveillance. To hold otherwise is to conclude that it was the intention of Parliament that it might be in the best interests of the administration of justice to permit the continued use of electronic surveillance where other investigative procedures were available or there was no urgency. Though a literal reading of s. 178 could conceivably lead to this conclusion, I find this result to be entirely at odds with the purpose of Part IV.1 of the *Code*.

I would therefore conclude that the notion that obtaining an authorization places a heavier onus on the Crown is chimerical. This conclusion sets the stage for a consideration of what I think is the crucial point in the resolution of this issue, namely the other distinction between authorizations and renewals set out in s. 178.13(4).

As I see it, considerable importance must be accorded the fact that Parliament has specified that different considerations will obtain in the case of an authorization and a renewal. The question confronting a judge faced with a request for a renewal is whether circumstances justify a further invasion of privacy. Section 178.13(3) places on the affiant the obligation to state in clinical detail all that has transpired to that time in the course of the electronic search. As such, the section is well tailored to permit a judge to assess whether an invasion of privacy for which justification existed at one time has become overly prolonged and hence unwarranted. As perceptively noted by D. Watt (now Mr. Justice Watt) in his book, *Law of Electronic Surveillance in Canada* (1979), either a surfeit or a paucity of evidence may justify a decision to terminate a search. He states, at p. 141:

The furnishing of this information to the judge who will adjudicate upon the application for renewal enables him to consider whether authorized electronic surveillance should continue either upon the footing that it is in the best interests of the administration of justice to do so or

ment, et n'ait pas permis que des autorisations sans réserve accordées, indique certainement que ces considérations feront encore partie intégrante de la décision de permettre le recours à la surveillance électronique. Prétendre le contraire revient à conclure que le Parlement a voulu qu'il puisse être dans les meilleurs intérêts de l'administration de la justice de permettre l'usage permanent de la surveillance électronique lorsque d'autres méthodes d'enquête sont disponibles ou lorsqu'il n'y a pas urgence. Bien qu'il soit concevable qu'une interprétation littérale de l'art. 178 puisse conduire à cette conclusion, j'estime que ce résultat est tout à fait contraire à l'objet de la partie IV.1 du *Code*.

Je suis donc d'avis de conclure que l'idée que l'obtention d'une autorisation impose un fardeau plus lourd au ministère public est illusoire. Cette conclusion permet d'examiner ce que j'estime être le point crucial dans la résolution de cette question, c'est-à-dire l'autre distinction entre les autorisations et les renouvellements établie au par. 178.13(4).

Selon moi, une importance considérable doit être accordée au fait que le Parlement a précisé que des considérations différentes vont s'appliquer aux autorisations et aux renouvellements. La question que doit se poser le juge à qui une demande de renouvellement est présentée est de savoir si les circonstances justifient une autre atteinte à la vie privée. Le paragraphe 178.13(3) exige du déposant qu'il révèle dans les menus détails tous les renseignements qui ressortent jusqu'à maintenant de la fouille ou de la perquisition électronique. Comme telle, cette disposition est bien conçue pour permettre à un juge de déterminer si une atteinte à la vie privée, qui était justifiée à un moment donné, s'est prolongée indûment et est ainsi devenue injustifiée. Comme l'a bien saisi D. Watt (maintenant le juge Watt) dans son ouvrage *Law of Electronic Surveillance in Canada* (1979), la décision de mettre fin à une fouille ou à une perquisition peut être justifiée par une surabondance ou une pénurie d'éléments de preuve. Il affirme, à la p. 141:

[TRADUCTION] La transmission de ces renseignements au juge qui décidera de la demande de renouvellement lui permet d'examiner si la surveillance électronique autorisée devrait se poursuivre soit parce qu'elle sert au mieux les intérêts de l'administration de la justice soit

upon any of the alternative basis of investigative necessity. The evidence gathered may present such a compelling case for charging [*sic*] all or some of the objects of the order sought to be renewed that the judge upon the renewal application cannot be satisfied on a balance of probabilities that protracted electronic surveillance should occur. At the other end of the spectrum, the evidentiary cupboard may be so barren at the conclusion of the initial period that no sufficient cause exists to continue the court-sponsored activity. The majority of cases fall somewhere in between with the quantum of information acquired and disclosed under section 178.13(3)(b) simply being a factor to be considered in determining whether any of the requisite findings can be properly made.

In my view, it is essential that a decision to renew be made with an eye to the evidence gleaned by the electronic search to the date of the renewal request. The line of authority to the effect that it is not an error to obtain fresh authorizations in the place of renewals acknowledges the importance of this information. But it holds that where new targets are added in the course of an investigation, it would import unnecessary technicality to require the police to renew an existing order and then to seek a separate order each time the scope of the investigation was expanded. This fragmentation can, it has been stated, be prevented through recourse to an all-encompassing authorization; see *R. v. Vransy, Zikan and Dvorak* (1979), 46 C.C.C. (2d) 14 (Ont. C.A.); *R. v. Volpe* (1981), 63 C.C.C. (2d) 506 (Ont. C.A.). As for the detailed information called for in s. 178.13(3), the implication is to the effect that this disclosure requirement will be read into the authorization requirements. As the Court of Appeal put it, at p. 758:

In this case, "new targets" were added with each new authorization. The investigation was expanded. It was appropriate, in our opinion, to seek a fresh authorization. No prejudice could result to the respondents. The onus on the Crown when seeking a new authorization is heavier than in obtaining a renewal under s. 178.13(3). Full disclosure of what had previously occurred with respect to the investigation would be required by the authorizing judge before he could be satisfied that it was

pour toute autre raison justifiée par les impératifs de l'enquête. Les éléments de preuve obtenus peuvent justifier à ce point la modification, en totalité ou en partie, des objets de l'ordonnance que l'on veut renouveler que le juge, sur présentation de la demande de renouvellement, ne peut être convaincu selon la prépondérance des probabilités que la surveillance électronique devrait être prolongée. À l'opposé, les éléments de preuve peuvent être tellement stériles à la fin de la période initiale qu'il n'existe aucun motif suffisant de poursuivre l'activité parrainée par la cour. La majorité des décisions s'inscrivent quelque part entre ces deux extrêmes, la quantité de renseignements obtenus et divulgués en vertu de l'al. 178.13(3)(b) étant simplement un facteur à considérer pour déterminer si l'on peut vraiment parvenir à l'une des conclusions requises.

À mon avis, il est essentiel de prendre la décision de renouveler en tenant compte des éléments de preuve obtenus au moyen de la fouille ou de la perquisition électronique à la date de la demande de renouvellement. Le courant de jurisprudence qui porte que l'obtention de nouvelles autorisations au lieu de renouvellements ne constitue pas une erreur reconnaît l'importance de ces renseignements. Mais on y statue que lorsque de nouvelles cibles sont ajoutées au cours d'une enquête, ce serait ajouter des formalités inutiles que d'exiger des policiers qu'ils renouvellent une ordonnance existante et qu'ils demandent ensuite une ordonnance distincte chaque fois que la portée de l'enquête est étendue. On a affirmé que cette fragmentation peut être prévenue par le recours à une autorisation globale; voir *R. v. Vransy, Zikan and Dvorak* (1979), 46 C.C.C. (2d) 14 (C.A. Ont.), *R. v. Volpe* (1981), 63 C.C.C. (2d) 506 (C.A. Ont.). Quant aux renseignements détaillés exigés au par. 178.13(3), la conséquence est que cette condition de divulgation sera considérée comme faisant partie des conditions de l'autorisation. Comme la Cour d'appel l'a dit, à la p. 758:

[TRADUCTION] En l'espèce, de «nouvelles cibles» ont été ajoutées à chaque nouvelle autorisation. L'enquête a été étendue. À notre avis, il était approprié de demander une nouvelle autorisation. Les intimés ne pouvaient en subir aucun préjudice. Le fardeau du ministère public qui demande une nouvelle autorisation est plus lourd que dans le cas d'un renouvellement en vertu du par. 178.13(3). Une divulgation complète des événements qui se sont produits dans le cadre de l'enquête serait exigée

in the best interests of the administration of justice that the order be made. [Emphasis added.]

I would respectfully decline to follow the above-noted authorities. Concerns with administrative efficacy and limiting paperwork should carry little weight in this matter. Parliament has prescribed that a separate route be taken for authorizations and for renewals, and the very particular requirements flowing from s. 178.13(3) have been carefully tailored to permit a judge to decide whether there is a compelling basis upon which to permit the search to continue. I conclude that s. 178.13(3) takes the form of an important safeguard of the privacy interests that Part IV.1 of the *Code* is designed to protect, and would be loathe to proceed on the assumption that there is somehow a guarantee that a judge issuing an authorization will read in the requirements of s. 178.13(3). In a matter such as this, there can be little room for sanguinity.

By way of illustrating the reasoning that leads me to these conclusions, I turn to the facts of this investigation. The police obtained the first authorization in March 1983. Relying on the "resorted to" clause, they installed intercepts on a number of unspecified locations during the currency of the first authorization. Many of these locations were pay phones. These pay phones are not mentioned in the second authorization (some sixty days after the first), nor are additional intercepts placed during the currency of the second authorization mentioned in the third authorization, again issued some sixty days after the second. As noted by my colleague, it is nevertheless clear that the equipment which the police placed during the first authorization remained in place until the end of the investigation which concluded with the arrests of the appellants in September. In other words, specific intercepts placed pursuant to the police's "resorted to" clause were in place, and their use subject only to the internal restraints of the police for a period of roughly six months. By way of parenthesis, I note that this is not possible where the police place intercepts at places that have been specifically designated in an authorization. This follows from the fact that authorizations are only

par le juge qui accorde l'autorisation avant qu'il puisse être convaincu que l'ordonnance demandée servirait au mieux l'administration de la justice. [Je souligne.]

a En toute déférence, je suis d'avis de ne pas suivre la jurisprudence précitée. Les questions d'efficacité administrative et de minimum de pape-
 b rasses ne devraient pas être des facteurs importants à cet égard. Le Parlement a établi des procédures
 c distinctes pour les autorisations et les renouvellements, et les conditions toutes particulières décou-
 d lant du par. 178.13(3) ont été soigneusement établies pour permettre à un juge de décider s'il existe
 e un motif sérieux de prolonger la fouille ou la perquisition. Je conclus que le par. 178.13(3) sert
 f de garantie importante des droits en matière de vie privée que la partie IV.1 du *Code* vise à protéger et
 g il me répugnerait de supposer qu'il existe une certaine garantie qu'un juge qui accorde une au-
 h torisation considérera comme incluses les conditions du par. 178.13(3). Dans un domaine comme
 i celui-ci, l'optimisme n'a pas sa place.

e Pour illustrer le raisonnement qui m'amène à conclure ainsi, j'examine les faits de cette enquête. Les policiers ont obtenu la première autorisation en mars 1983. S'appuyant sur la clause des «endroits fréquentés», ils ont installé des dispositifs
 f d'interception dans plusieurs lieux non identifiés au cours de la période de validité de la première
 g autorisation. Plusieurs de ces endroits étaient des téléphones publics. Ces téléphones publics ne sont
 h pas mentionnés dans la deuxième autorisation (accordée quelque soixante jours après la première), et les dispositifs d'interception supplémen-
 i taires installés au cours de la période de validité de la deuxième autorisation ne sont pas mentionnés
 j dans la troisième autorisation, accordée encore une fois quelque soixante jours après la deuxième. Comme le souligne mon collègue, il est néanmoins certain que le matériel installé par les policiers pendant la période de validité de la première autorisation est resté en place jusqu'à ce que l'enquête prenne fin avec l'arrestation des appelants en septembre. En d'autres termes, des dispositifs d'interception installés en application de la clause des «endroits fréquentés» par les policiers étaient en place et leur utilisation n'a été assujettie qu'aux restrictions internes des policiers pendant une

valid for a maximum of sixty days; see s. 178.13(2)(e). For the police to obtain further authority to intercept communications at a place specifically designated in an original authorization, they would have to obtain subsequent authority that specifically mentioned the same place. I can see no reason why they should not have to do the same with regard to communications intercepted pursuant to "resorted to" clauses.

On the basis of the foregoing, I have reached the conclusion that the police should have followed the renewal route in respect of the persons and places contemplated in the first authorization. Accordingly, I would hold that as regards the persons and places contemplated in the first authorization, any evidence gained during the course of the subsequent authorizations is inadmissible. By application of the principle of severance enunciated by this Court in *Grabowski v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 434, it would, however, follow that the second and third authorizations are valid in respect of the persons and places which were added there, provided that the evidence linking such persons was not itself gained through means inconsistent with these reasons.

Failure to List the Pay Phones

During the course of the investigation, the police, acting on the strength of the "resorted to" clause, placed intercepts on several pay phones. Six of these were tapped during the currency of the first authorization, with an additional five being added during the currency of the second. All eleven telephones were tapped during the currency of the third authorization. When the police applied for new authorizations, they failed to make specific reference to these pay phones. For example, the third authorization contains no specific reference to any of the eleven pay phones. This fact led the

période de six mois environ. Je souligne entre parenthèses que cela n'est pas possible lorsque les policiers installent des dispositifs d'interception dans les lieux qui ont été précisément identifiés dans une autorisation. Cela découle du fait que les autorisations ne sont valides que pour une période maximale de soixante jours; voir l'al. 178.13(2)e). Pour que les policiers obtiennent de nouveau le pouvoir d'intercepter les communications en un lieu précisément identifié dans une première autorisation, ils doivent obtenir une autre autorisation qui mentionnerait précisément le même lieu. Je ne vois aucune raison pour laquelle ils ne devraient pas faire de même à l'égard des communications interceptées en vertu des clauses des «endroits fréquentés».

Compte tenu de ce qui précède, je conclus que les policiers auraient dû procéder par renouvellement à l'égard des personnes et des lieux envisagés dans la première autorisation. Par conséquent, je dirais qu'en ce qui concerne les personnes et les lieux envisagés dans la première autorisation, tout élément de preuve obtenu au cours des autorisations ultérieures est inadmissible. Par application du principe de la divisibilité formulé par notre Cour dans l'arrêt *Grabowski c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 434, il s'ensuivrait cependant que les deuxième et troisième autorisations sont valides à l'égard des personnes et des lieux qui y ont été ajoutés, pourvu que les éléments de preuve reliant ces personnes n'aient pas eux-mêmes été obtenus par des moyens incompatibles avec les présents motifs.

L'omission de dresser la liste des téléphones publics

Au cours de l'enquête, les policiers, agissant en vertu de la clause des «endroits fréquentés», ont installé des dispositifs d'interception dans plusieurs téléphones publics. Six de ces téléphones ont été mis sur écoute pendant la période de validité de la première autorisation et cinq autres l'ont été pendant la période de validité de la deuxième autorisation. Les onze téléphones publics ont été mis sur écoute pendant la période de validité de la troisième autorisation. Lorsque les policiers ont demandé de nouvelles autorisations, ils n'ont pas mentionné précisément ces téléphones publics. Par

trial judge to hold that the authorizations were invalid. As stated by McMorran Co. Ct. J.:

As I mentioned in the preceding paragraph the 2nd and 3rd Authorizations did not include a description of the "place at which private communications may be intercepted"—see Code Section 178.13(2)(c)—at least insofar as the public pay telephones were concerned, and private communications were being intercepted on some public pay telephones during the 1st Authorization, and others were being intercepted during the 2nd Authorization, and all continued into the period of the 3rd Authorization. This omission strikes at the heart of the validity of the Authorizations and in the result the interceptions were not "lawfully made" within the meaning of Code Section 178.16(1)(a). The Authorizations being invalid on a matter of substance, and not merely "a defect in form or an irregularity in procedure", it follows that any interceptions obtained are inadmissible.

The Court of Appeal disagreed, relying on the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Papalia* (1984), 13 C.C.C. (3d) 449, a decision subsequently affirmed by this Court, [1988] 2 S.C.R. 137. In the opinion of the Court of Appeal, the trial judge erred inasmuch as his inquiry into the question whether the pay phones were known at the time the authorizations were issued amounted to a collateral attack on an authorization that was valid on its face. On the authority of the decision of this Court in *Wilson v. The Queen*, *supra*, the Court of Appeal held that review of an authorization was limited to situations in which there was evidence of fraud and wilful non-disclosure or where there was an order to open the sealed packet.

In dealing with this issue, it is important to scrutinize *Papalia* with some care. In that case, the authorization after referring to specific addresses added in what was described as a "basket clause" that intercepts could be made "at or near such further other locations, both stationary or mobile, for which there are reasonable and probable grounds to believe such locations may be used by any person or persons" described. On the basis of this authorization, the police placed a

exemple, la troisième autorisation ne contient aucune mention précise de l'un ou l'autre des onze téléphones publics. Ce fait a amené le juge du procès à conclure que les autorisations étaient invalides. Comme le juge McMorran de la Cour de comté l'a dit:

[TRADUCTION] Comme je l'ai mentionné à l'alinéa précédent, les deuxième et troisième autorisations ne comportaient pas de description du «lieu où les communications privées pourraient être interceptées»—voir le Code, al. 178.13(2)c)—à tout le moins en ce qui concerne les téléphones publics, et des communications privées ont été interceptées dans certains téléphones publics au cours de la première autorisation et d'autres ont été interceptées au cours de la deuxième autorisation et le tout s'est poursuivi au cours de la troisième autorisation. Cette omission porte directement atteinte à la validité des autorisations et, en définitive, les interceptions n'ont pas été «faites légalement» au sens de l'al. 178.16(1)a) du Code. Les autorisations étant invalides pour une question de fond et non simplement en raison d'un vice de forme ou de procédure, il s'ensuit que les interceptions obtenues sont inadmissibles.

La Cour d'appel n'était pas de cet avis, compte tenu de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Papalia* (1984), 13 C.C.C. (3d) 449, confirmé ultérieurement par notre Cour, [1988] 2 R.C.S. 137. Selon la Cour d'appel, le juge du procès a commis une erreur dans la mesure où son analyse de la question de savoir si les téléphones publics étaient connus au moment où les autorisations ont été accordées constituait une contestation indirecte d'une autorisation valide à première vue. Compte tenu de l'arrêt de notre Cour *Wilson c. La Reine*, précité, la Cour d'appel a conclu que le contrôle d'une autorisation était restreint aux situations dans lesquelles il y avait preuve de fraude et d'un refus de divulguer les renseignements ou lorsqu'il y avait ordonnance d'ouvrir le paquet scellé.

Dans l'examen de cette question, il est important d'analyser soigneusement l'arrêt *Papalia*. Dans cet arrêt, après avoir mentionné les adresses spécifiques, l'autorisation ajoutait, dans ce qui était appelé une «clause omnibus», que les interceptions pouvaient être faites [TRADUCTION] «en tous autres lieux, fixes ou mobiles, ou près de ces adresses ou lieux, à l'égard desquels il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'ils peuvent être utilisés par toute personne» décrite.

“bug” in the accused’s cars. The trial judge found that the police intended to make these interceptions as of the time of their application for the authorizations, but that they had not informed the trial judge of this fact. He, therefore, held the intercepted communications inadmissible because s. 178.12(1)(e) of the *Code* required them to give “a general description of the nature and location of the place, if known”.

The Ontario Court of Appeal reversed the trial judge, not on the substantive issue but on the procedural ground mentioned above: that the authorization was valid on its face, and in proceeding as he did, the trial judge in effect permitted a collateral attack on the order of a superior court judge and this was beyond his jurisdiction.

The case came to this Court as of right and judgment was given by a four-person panel with the consent of the parties. The panel unanimously affirmed the Court of Appeal on the procedural point. This was required by *Wilson, supra*, which has recently been re-affirmed in *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764. Three members of the Court, however, went on to deal with the substantive issue and held that the trial judge was in error. I did not deal with the issue.

While the holding of my three colleagues is, of course, entitled to the greatest respect, I should observe that it does not constitute a binding decision of this Court. Since the trial judge was without jurisdiction to consider the matter, it follows that this Court was not, in strictness, seized of the issue. The pronouncement, though important, was, therefore, *obiter*, one moreover in which it did not have the benefit of the views of the Court of Appeal. It is thus open for reconsideration. I note that this Court has, in recent years, taken that course even in the face of a larger majority; see *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, and *R.*

Compte tenu de cette autorisation, les policiers ont installé des microphones dans les voitures des accusés. Le juge du procès a conclu que les policiers avaient l’intention de faire ces interceptions à l’époque de leur demande d’autorisations, mais qu’ils n’avaient pas avisé le juge du procès de ce fait. Il a donc conclu que les communications interceptées étaient inadmissibles parce que l’al. 178.12(1)e) du *Code* les obligeait à donner «une description générale de la nature et de la situation du lieu, s’il est connu».

La Cour d’appel de l’Ontario a infirmé la décision du juge du procès, non pas sur la question de fond mais sur la question de procédure déjà mentionnée: savoir que l’autorisation était valide à première vue et qu’en agissant comme il l’a fait le juge du procès a en réalité permis que soit contestée de façon indirecte l’ordonnance d’un juge d’une cour supérieure, ce qui ne relevait pas de sa compétence.

C’est de plein droit que notre Cour a été saisie du pourvoi et le jugement a été rendu par une formation de quatre juges avec le consentement des parties. La formation a confirmé à l’unanimité l’opinion de la Cour d’appel sur la question de procédure. L’arrêt *Wilson*, précité, l’exigeait et il a récemment été confirmé de nouveau dans l’arrêt *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764. Trois membres de la Cour ont cependant traité la question de fond et ont conclu que le juge du procès avait commis une erreur. Je n’avais pas alors examiné cette question.

Bien que la décision de mes trois collègues mérite évidemment le plus grand respect, je tiens à souligner qu’elle ne constitue pas un arrêt de notre Cour qui a force obligatoire. Puisque le juge du procès n’avait pas compétence pour examiner l’affaire, il s’ensuit que notre Cour n’était pas, à proprement parler, saisie de la question. La décision, bien qu’importante, ne constituait donc qu’une opinion incidente et, de surcroît, une opinion incidente dans laquelle la Cour n’avait pas bénéficié du point de vue de la Cour d’appel. Elle peut donc être réexaminée. Je souligne que notre Cour a, au cours des dernières années, adopté ce point de vue même face à une plus grande majorité; voir *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863,

v. Rahey, [1987] 1 S.C.R. 588. I am, therefore, emboldened to give my views on the matter.

I again draw attention to the fact that the *Protection of Privacy Act* originally only required that the authorization describe the place where a private communication could be intercepted when the identity of the person was not known. Parliament, however, clearly set forth in the 1976-77 amendments that the authorization must describe the place of interception if such description can be given whether the person is known or not known. The early approach was thus discarded, and Parliament's clear words require that a description of the place of interception must be given to the judge authorizing the interception where, as it was in the present case, this is possible at the time. The historical backdrop to s. 178.13(2)(c) does not seem to have figured in *Papalia*. But in the face of this sequence of events, I am quite unable to understand how a very general "resorted to" clause can cover specific locations that are already known. This seems to me to fly in the face of Parliament's clearly expressed intention requiring that where electronic invasions of privacy are necessary in the interests of law enforcement, they must be authorized by a judge. I fail to see how the judge can perform his or her role of overseeing the police if the latter can, with impunity, simply not provide the judge with the information required by the Act.

I should say that the implications of *Papalia* for privacy are more serious in other contexts than they were in that case, where the accused's automobiles were "bugged". One's home has been traditionally regarded as one of the most important bastions of privacy. Again, the pay phone, for different reasons, poses a more serious threat to the privacy of Canadians. Interceptions of communications from a pay phone have the potential of invading the privacy of large numbers of individuals who have absolutely no connection with the accused or his crime.

et *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588. Je suis donc encouragé à exposer mon opinion sur la question.

J'attire encore une fois l'attention sur le fait qu'à l'origine la *Loi sur la protection de la vie privée* exigeait seulement que l'autorisation décrive le lieu où la communication privée pourrait être interceptée lorsque l'identité de la personne n'était pas connue. Le Parlement a cependant établi clairement dans les modifications de 1976-77 que l'autorisation doit décrire le lieu de l'interception si cette description peut être donnée, que la personne soit connue ou non. La première méthode a donc été écartée et les termes clairs du Parlement exigent qu'une description du lieu de l'interception soit donnée au juge qui autorise l'interception lorsque, comme en l'espèce, cela est possible au moment de l'autorisation. L'historique de l'al. 178.13(2)c ne semble pas avoir été exposé dans l'arrêt *Papalia*. Mais compte tenu de cette suite d'événements, je suis absolument incapable de comprendre comment une clause très générale des «endroits fréquentés» peut viser des lieux précis qui sont déjà connus. À mon sens, c'est faire fi de l'intention que le Parlement a clairement exprimée et qui exige que, lorsque des atteintes à la vie privée au moyen de dispositifs électroniques sont nécessaires pour appliquer la loi, elles doivent être autorisées par un juge. Je ne vois pas comment un juge peut remplir son rôle de surveillance des policiers si ceux-ci peuvent simplement, sans impunité, ne pas divulguer au juge les renseignements requis par la Loi.

Il convient de dire que les incidences de l'arrêt *Papalia* en matière de vie privée sont plus graves dans d'autres contextes que dans cet arrêt où des microphones avaient été installés dans les voitures des accusés. Traditionnellement, le domicile d'une personne a toujours été considéré comme l'un des plus importants bastions de la vie privée. Encore une fois, pour des raisons différentes, le téléphone public pose une menace plus grave à la vie privée des Canadiens. Les interceptions de communications à partir d'un téléphone public peuvent porter atteinte à la vie privée de nombreuses personnes qui n'ont absolument rien à voir avec l'accusé ou son crime.

Finally, while there are some, though somewhat marginal, differences from a policy perspective, I have difficulty, from the standpoint of statutory interpretation, in distinguishing *Papalia* from *R. v. Chesson*, [1988] 2 S.C.R. 148, decided subsequent to *Papalia*. There it was held that a person who was known at the time the authorization was granted could not fall within a basket clause that would otherwise have covered the accused, by virtue of the operation of s. 178.12(1)(e).

For these reasons, I would hold the information obtained from the pay phones known at the time of the second and third authorizations, respectively, inadmissible.

But even if one were not prepared to review the issues considered by my colleagues in *Papalia*, other considerations compel its re-examination. It must be underlined that in *Papalia*, the Court was not called upon to apply the *Charter*. This has become all the more significant since the decision of this Court in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, *supra*, where it was held that the exercise of a discretion granted under an Act must be read so as to conform to *Charter* obligations. I turn then to the *Charter* implications.

As I indicated in discussing the application of the *Charter* to "resorted to" clauses generally, the *Hunter v. Southam* test requires, where feasible, authorization by a judicial officer before an interception is made. There is no question that it was feasible in this case for the police to supply the information regarding the pay phones they had already "bugged" when they applied for the second and third authorizations. At that time, the police knew they intended to continue to intercept the communications at those pay phones. If we are to give the s. 8 standard as expounded in *Hunter v. Southam* more than lip service in this context, all the proposed places of interception known to the police when an application for an authorization is made must be described in reasonably specific terms. If a place is intercepted under a "resorted to" clause following that authorization, it must similarly be described in any subsequent authori-

Enfin, même s'il y a certaines différences, pour négligeables qu'elles soient, sur le plan des principes, j'éprouve de la difficulté à distinguer, sur le plan de l'interprétation législative, l'arrêt *Papalia* de l'arrêt *R. c. Chesson*, [1988] 2 R.C.S. 148, rendu à la suite de l'arrêt *Papalia*. Dans l'arrêt *Chesson*, on a décidé qu'une personne qui est connue au moment où l'autorisation est accordée ne peut être visée par une clause omnibus qui aurait autrement visée l'accusé, par application de l'al. 178.12(1)e).

Pour ces motifs, je suis d'avis de décider que les renseignements obtenus dans les téléphones publics connus à l'époque de la deuxième et de la troisième autorisations respectivement, sont inadmissibles.

Mais même si l'on n'avait pas l'intention de revoir les questions examinées par mes collègues dans l'arrêt *Papalia*, d'autres considérations nous obligent à le faire. Il faut souligner que dans l'arrêt *Papalia*, la Cour n'était pas appelée à appliquer la *Charte*. Cela est devenu encore plus important depuis l'arrêt de notre Cour *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, précité, où on a décidé que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire conféré en vertu d'une loi doit être interprété de manière à être conforme aux obligations prévues par la *Charte*. J'examine donc les incidences de la *Charte*.

Comme je l'ai indiqué dans l'examen de l'application de la *Charte* aux clauses des «endroits fréquentés» en général, le critère de l'arrêt *Hunter c. Southam* exige, lorsque cela est possible, d'obtenir l'autorisation d'un officier de justice avant qu'une interception ait lieu. Il est incontestable que les policiers pouvaient en l'espèce fournir les renseignements concernant les téléphones publics dans lesquels un dispositif d'interception avait déjà été mis en place lorsqu'ils ont demandé les deuxième et troisième autorisations. À ce moment-là, les policiers savaient qu'ils avaient l'intention de continuer à intercepter les communications dans ces téléphones publics. Si nous voulons accorder à la norme de l'art. 8, telle qu'elle est formulée dans l'arrêt *Hunter c. Southam*, un véritable effet dans ce contexte, tous les lieux connus où les policiers se proposent d'intercepter des communications lorsqu'une demande d'autorisation est présentée doi-

zation or renewal. It is incumbent on the police, as agents of the state, to supply this information. Otherwise, I do not see how judges can be said to have the information necessary for them to act judicially as required by *Hunter v. Southam* in performing their high duties under the Constitution. To permit the police to act in this way has the potential to reduce the standard in *Hunter v. Southam* to a grandiose but largely empty statement; eloquent but lacking essential structural underpinnings. The standard is only as good as the information that is placed before the judge.

How seriously that can affect the workings of the laws enacted by Parliament for the protection of privacy is evident, as we saw, from the fact that the intercepts at the pay phones continued for six months without knowledge and, therefore, without specific authorization by the judge, while specific authorizations continue only for two months, unless specifically renewed. This is especially disconcerting given that the non-specifically authorized intercepts at issue in this case were pay phones, which affect the privacy of communications of large numbers of people who have absolutely no connection with the matter under investigation. The effect is that the police by this means are permitted to electronically intercept private communications for a protracted period in their discretion without specific authorization by a judge even when it is feasible to do so. This, of course, circumvents the policy clearly evident from a reading of Part IV.1 of the *Code*. But more important, it fails to conform to the requirement in *Hunter v. Southam* that a search and seizure requires pre-authorization by a judicial officer where this is feasible. It follows that the failure of the police to inform the trial judge of the information regarding the pay phones taints the authorizations issued when the police had this information,

vent être décrits en des termes raisonnablement précis. Si, à la suite de cette autorisation, un lieu est visé par l'interception en vertu d'une clause des «endroits fréquentés», ce lieu doit de même être décrit dans toute autorisation ultérieure ou tout renouvellement. Il incombe aux policiers, comme mandataires de l'État, de fournir ces renseignements. Autrement, je ne vois pas comment l'on pourrait dire que les juges disposent des renseignements nécessaires pour agir judiciairement, comme l'exige l'arrêt *Hunter c. Southam*, dans l'exécution de leurs fonctions importantes en vertu de la Constitution. Permettre aux policiers d'agir de cette façon risque de ramener la norme de l'arrêt *Hunter c. Southam* à une affirmation grandiose mais en majeure partie dénuée de sens, éloquente mais à laquelle il manque les éléments essentiels sous-jacents. La valeur de la norme est fonction des renseignements présentés au juge.

La mesure dans laquelle cela peut porter atteinte à l'application des lois adoptées par le Parlement pour protéger la vie privée ressort clairement, comme nous l'avons vu, du fait que les interceptions dans les téléphones publics se sont poursuivies pendant six mois sans que le juge le sache et donc sans son autorisation précise, alors que des autorisations précises ne sont valides que pour deux mois à moins d'être expressément renouvelées. Cela est particulièrement déconcertant compte tenu du fait que les interceptions non autorisées précisément en l'espèce ont eu lieu dans des téléphones publics, ce qui porte atteinte au caractère privé des communications d'un grand nombre de personnes qui n'ont absolument aucun lien avec l'objet de l'enquête. L'effet est d'ainsi permettre aux policiers de pratiquer l'interception électronique de communications privées pendant une très longue période à leur gré et sans l'autorisation précise d'un juge même lorsqu'il est possible de l'obtenir. Il va de soi que cela contourne la politique qui ressort clairement d'une lecture de la partie IV.1 du *Code*. Mais qui plus est, cela n'est pas conforme à l'exigence de l'arrêt *Hunter c. Southam* selon laquelle une fouille, une perquisition et une saisie nécessitent préalablement une autorisation d'un officier de justice lorsque cela est possible. Il s'ensuit que l'omission des policiers d'informer le juge du procès des renseignements

and these authorizations thus offend against s. 8 of the *Charter*.

I am aware, of course, that the power of the courts at common law to look behind the authorization is extremely limited; see *Wilson v. The Queen*, *supra*. However, the Court in *Wilson* was not addressing a constitutional issue. Here, however, we are concerned with a breach, not of a statute, but of the Constitution. Under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, the courts are endowed with the power to declare any law inconsistent with the Constitution to be of no effect, and under s. 24(1) of the *Charter* a court of competent jurisdiction is empowered to give an appropriate remedy to anyone whose *Charter* rights have been abridged. It would frustrate the operation of these provisions, and thus the Constitution, if the courts could not take the steps necessary to give life to the Constitution. I refer in this context to the approach taken in *R. v. Playford*, *supra*.

Surreptitious Entry

On this issue, I agree with Sopinka J. but I would like to add some observations of my own. As I view it, an authorization issued pursuant to s. 178.13(1) is, without more, determinative, from a constitutional perspective, solely of the very narrow question whether, in given circumstances, an individual's reasonable expectation of privacy with respect to his private communications should yield to the state's interest in law enforcement. A determination of this question in favour of the state should not automatically be regarded as bringing in its train the conclusion that all other aspects of privacy protected by s. 8 also yield.

The focus of the inquiry then becomes that of determining whether there is a meaningful distinction between the breach of privacy occasioned by an interception accompanied by surreptitious entry and one that is not so accompanied. I take it to be clear that surreptitious entry strikes at a right that,

concernant les téléphones publics vicie les autorisations accordées lorsque les policiers détiennent ces renseignements, et ces autorisations contreviennent donc à l'art. 8 de la *Charte*.

^a Je suis évidemment conscient qu'en common law le pouvoir des tribunaux de vérifier l'autorisation est extrêmement limité; voir l'arrêt *Wilson c. La Reine*, précité. Cependant, dans l'arrêt *Wilson*, la Cour n'examinait pas une question constitutionnelle. En l'espèce, il ne s'agit pas d'une violation d'une loi mais d'une violation de la Constitution. En vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les tribunaux ont le pouvoir de déclarer inopérante toute règle de droit incompatible avec la Constitution et, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, un tribunal compétent a le pouvoir d'accorder une réparation convenable à toute personne victime de violation des droits que lui reconnaît la *Charte*. Les tribunaux entraveraient l'application de ces dispositions, et donc de la Constitution, s'ils ne prenaient pas les mesures nécessaires pour donner vie à la Constitution. À cet égard, je mentionne l'interprétation retenue dans l'arrêt *R. v. Playford*, précité.

L'entrée clandestine

^f Sur cette question, je partage l'avis du juge Sopinka mais j'aimerais ajouter certaines observations. À mon avis, une autorisation accordée conformément au par. 178.13(1) est, sans plus, déterminante, du point de vue constitutionnel, quant à la seule question très restreinte de savoir si, dans des circonstances données, l'attente raisonnable qu'a une personne en matière de protection de son droit à la vie privée en ce qui concerne ses communications devrait céder le pas à l'intérêt qu'a l'État à ce que la loi soit appliquée. Il ne s'ensuit pas automatiquement qu'une décision rendue en faveur de l'État à cet égard permet de conclure que tous les autres aspects de la vie privée protégés par l'art. 8 doivent également céder le pas.

^j L'analyse porte donc sur la question de savoir s'il existe une distinction significative entre la violation de la vie privée par suite d'une interception assortie d'une entrée clandestine et la violation qui n'est pas assortie d'une entrée clandestine. J'estime qu'il est clair que l'entrée clandestine porte

though bound up to some degree with the privacy rights protected by Part IV.1 of the *Code*, is nevertheless an independent and distinct right: the right to be secure in one's home from warrantless searches; see my remarks on this point in *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145, at pp. 167 *et seq.* The distinction was eloquently put by Brennan J. in his dissenting judgment in *Dalia v. United States*, 441 U.S. 238 (1979), at pp. 259-60:

Breaking and entering into private premises for the purpose of planting a bug cannot be characterized as a mere mode of warrant execution to be left to the discretion of the executing officer. See *ante*, at 257. The practice entails an invasion of privacy of constitutional significance distinct from that which attends nontrespassory surveillance; indeed, it is tantamount to an independent search and seizure. First, rooms may be bugged without the need for surreptitious entry and physical invasion of private premises. See *Lopez v. United States*, 373 U.S. 427, 467-468 (1963) (BRENNAN, J., dissenting). Second, covert entry, a practice condemned long before we condemned unwarranted eavesdropping, see *Silverman v. United States*, 365 U.S. 505 (1961), breaches physical as well as conversational privacy. The home or office itself, that "inviolable place which is a man's castle," *id.*, at 512 n. 4, is invaded. Third, the practice is particularly intrusive and susceptible to abuse since it leaves naked to the hands and eyes of government agents items beyond the reach of simple eavesdropping.

Given that two distinct constitutionally protected interests are engaged when surreptitious entry is effected pursuant to an authorization to intercept private communications, it follows that invasion of either right should be countenanced solely on the basis of the criteria in *Hunter v. Southam*, *supra*. This would not follow if the infringement of one right ineluctably entailed the infringement of the other. But that is not the case. Accordingly, I agree with my colleague that the authorizing judge must be placed in a position to consider the matter.

atteinte à un droit qui, bien que relié d'une certaine façon aux droits à la vie privée protégés par la partie IV.1 du *Code*, est néanmoins un droit indépendant et distinct: le droit d'être protégé chez soi contre les fouilles et les perquisitions sans mandat; voir mes observations sur ce point dans l'arrêt *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145, aux pp. 167 et suiv. Le juge Brennan a exposé cette distinction d'une manière éloquent dans les motifs de dissidence qu'il a rédigés dans l'affaire *Dalia v. United States*, 441 U.S. 238 (1979), aux pp. 259 et 260:

[TRADUCTION] L'introduction par effraction dans des lieux privés en vue d'installer un dispositif d'écoute ne peut être qualifiée de simple mode d'exécution d'un mandat qui relève de la discrétion des responsables de son exécution. Voir ce qui précède, à la p. 257. La pratique comporte une atteinte à la vie privée d'une importance constitutionnelle distincte de celle que comporte la surveillance sans intrusion; en effet, elle équivaut à une fouille ou à une perquisition et une saisie indépendantes. Premièrement, il est possible de placer des dispositifs dans des pièces sans entrer clandestinement et physiquement dans des lieux privés. Voir l'arrêt *Lopez v. United States*, 373 U.S. 427, 467 et 468 (1963) (le juge BRENNAN, dissident). Deuxièmement, l'entrée clandestine, une pratique condamnée bien avant que nous condamnions l'écoute injustifiée, voir l'arrêt *Silverman v. United States*, 365 U.S. 505 (1961), viole le droit à la vie privée tant sur le plan matériel que sur le plan des conversations. Le domicile ou le bureau lui-même, ce «lieu inviolable qui est le château d'un homme», *id.*, à la p. 512, n. 4, est violé. Troisièmement, la pratique est particulièrement envahissante et susceptible d'abus puisqu'elle laisse entre les mains et expose aux yeux de mandataires du gouvernement des éléments auxquels ne donne pas accès la simple écoute.

Puisque deux droits distincts protégés par la Constitution sont en cause lorsqu'il y a entrée clandestine en application d'une autorisation d'intercepter des communications privées, il s'ensuit que la violation de l'un ou l'autre de ces droits ne devrait être admise qu'en fonction du critère de l'arrêt *Hunter c. Southam*, précité. Il n'en serait pas ainsi si la violation de l'un des droits entraînait inexorablement la violation de l'autre. Mais ce n'est pas le cas. Par conséquent, je partage l'avis de mon collègue que le juge qui accorde l'autorisation doit être en mesure d'examiner la question.

Disposition

Despite the grave and repeated breaches of the *Charter* in the present case, it would, if this were all, have been necessary to consider whether the admission of this evidence would bring the administration of justice into disrepute. But I am spared that task because Parliament has exercised its judgment on how such evidence should be treated where it has been obtained, as in my view it was in this case, in violation of the provisions of Part IV.1 of the *Criminal Code*. Section 178.16 makes such evidence inadmissible.

For these reasons, I would allow the appeal, reverse the decision of the Court of Appeal and restore the acquittals.

Appeal dismissed, WILSON and LA FOREST JJ. dissenting.

Solicitor for the appellants Thompson and Cromwell: Sidney B. Simons, Vancouver.

Solicitors for the appellants Rosen and McDonald: McCrea, Paul & Long, Vancouver.

Solicitor for the appellant Auld: Patrick A. Good, Vancouver.

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

Dispositif

Malgré les violations graves et répétées de la *Charte* en l'espèce, il aurait fallu, s'il n'y avait eu que ces violations, déterminer si l'utilisation de cette preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Mais je n'ai pas à le faire parce que le Parlement a exercé son jugement sur la façon dont cette preuve devrait être traitée lorsqu'elle a été obtenue, comme j'estime que c'est le cas en l'espèce, en violation des dispositions de la partie IV.1 du *Code criminel*. L'article 178.16 rend cette preuve inadmissible.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir les acquittements.

Pourvoi rejeté, les juges WILSON et LA FOREST sont dissidents.

Procureur des appelants Thompson et Cromwell: Sidney B. Simons, Vancouver.

Procureurs des appelants Rosen et McDonald: McCrea, Paul & Long, Vancouver.

Procureur de l'appellant Auld: Patrick A. Good, Vancouver.

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



*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*
Groupe Communication Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9

If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
45 Sacré-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9



Canada

Supreme Court

Reports

Recueil des arrêts

de la Cour suprême

du Canada

Part 8, 1990 Vol. 2

8^e cahier, 1990 Vol. 2

Cited as [1990] 2 S.C.R. 1185-1383

Renvoi [1990] 2 R.C.S. 1185-1383

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

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI
Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1990.

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

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseur
RICHARD BERBERI
Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1990.

CONTENTS

Canada v. Fries 1322

Income tax — Computation of income — Appellant receiving from his union strike pay equivalent to his normal net take-home pay during period he was on strike — Whether strike pay to be included in appellant's income — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 3(a).

General Trust of Canada v. Artisans Coopvie, Société coopérative d'assurance-vie 1185

Insurance — Life insurance — Coming into effect — Interpretation of conditions of art. 2516 C.C.L.C.

Lacroix v. Valois 1259

Family law — Compensatory allowance — Divorce — Bankruptcy — Bankrupt husband discharged prior to claim for compensatory allowance — Whether discharge of bankrupt husband bar to claim for compensatory allowance — Whether allowance "provable claim" within meaning of Bankruptcy Act — Whether bankruptcy at end of cohabitation irrefutable evidence of lack of enrichment — Civil Code of Quebec, art. 559 — Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 2, 148.

Family law — Compensatory allowance — Divorce — Criteria for obtaining compensatory allowance — Continuing enrich-

Continued on next page

SOMMAIRE

Canada c. Fries 1322

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — L'appelant a reçu de son syndicat une allocation de grève équivalant à son salaire net normal pendant qu'il était en grève — L'allocation de grève doit-elle être incluse dans le revenu de l'appelant? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 3a).

Lacroix c. Valois 1259

Droit de la famille — Prestation compensatoire — Divorce — Époux failli libéré avant la demande de prestation compensatoire — La libération de l'époux failli constitue-t-elle un obstacle à une demande de prestation compensatoire? — Cette prestation est-elle une «réclamation prouvable» au sens de la Loi sur la faillite? — La faillite intervenue à la fin de la vie commune est-elle une preuve irréfutable d'absence d'enrichissement? — Code civil du Québec, art. 559 — Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, ch. B-3, art. 2, 148.

Droit de la famille — Prestation compensatoire — Divorce — Critères pour obtenir une prestation compensatoire — Maintien de l'enrichissement — À quel moment l'enrichissement du patrimoine doit-il être évalué? — Code civil du Québec, art. 559.

Divorce — Somme globale — Renonciation — Ordonnance accordant une somme globale cassée par la Cour d'appel —

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

ment — Time at which enrichment of patrimony to be evaluated — Civil Code of Quebec, art. 559.

Divorce — Lump sum — Waiver — Order granting lump sum set aside by Court of Appeal — Minutes of trial indicating that wife waived "any claim for an alimentary pension, limiting herself to an allowance" of \$55,000 — Whether wife waived any claim of an alimentary nature — Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 11.

Appeal — Divorce — Supreme Court of Canada — Application for leave to appeal filed within time limit set by Court but granted after time expired — Whether leave to appeal granted out of time — Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 18(2).

Appeal — Divorce — Supreme Court of Canada — Leave to appeal — Whether s. 41 of Supreme Court Act and s. 18(1) of Divorce Act can both be relied on in same case to obtain leave to appeal — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 41(1) — Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 18(1);

Appeal — Divorce — Court of Appeal — Applicable rules — Divorce decree granting compensatory allowance and lump sum — Notice of appeal filed pursuant to provisions of Divorce Act, not provisions of Code of Civil Procedure — Whether filing of appeal inscription pursuant to Divorce Act valid with respect to compensatory allowance — Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 17(3) — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 495 — Civil Code of Quebec, art. 559.

National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal) 1324

Administrative law — Judicial review — Canadian Import Tribunal — Subsidizing of grain corn in U.S. — Tribunal holding that subsidies causing or likely to cause material injury to Canadian production — Whether Tribunal's decision patently unreasonable — Interpretation of s. 42 of Special Import Measures Act, S.C. 1984, c. 25 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.

Statutes — Interpretation — Canadian legislation enacted to implement Canada's GATT obligations — Whether Canadian Import Tribunal may refer to GATT to interpret Canadian legislation — Special Import Measures Act, S.C. 1984, c. 25, s. 42.

Customs and excise — Subsidies and countervailing duties — Subsidizing of grain corn in U.S. — Whether subsidies causing or likely to cause material injury to Canadian production — Interpretation of s. 42 of Special Import Measures Act, S.C. 1984, c. 25.

R. v. Askov 1199

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Delay of almost two years in bringing case to trial following committal — Delay resulting chiefly from institutional problems — Whether right to be tried within reasonable time infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Procès-verbal d'audience indiquant que l'épouse a renoncé à toute demande de pension alimentaire, se limitant à demander une prestation de 55 000 \$ — L'épouse a-t-elle renoncé à toute demande de nature alimentaire? — Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, ch. D-8, art. 11.

Appel — Divorce — Cour suprême du Canada — Requête en autorisation de pourvoi produite à l'intérieur du délai fixé par la Cour mais accordée après l'expiration de ce délai — L'autorisation de pourvoi a-t-elle été accordée hors-délai? — Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, ch. D-8, art. 18(2).

Appel — Divorce — Cour suprême du Canada — Autorisation de pourvoi — L'article 41 de la Loi sur la Cour suprême et l'art. 18(1) de la Loi sur le divorce peuvent-ils être invoqués tous les deux dans une même affaire en vue d'obtenir une autorisation de pourvoi? — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, ch. S-19, art. 41(1) — Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, ch. D-8, art. 18(1).

Appel — Divorce — Cour d'appel — Règles applicables — Jugement de divorce accordant une prestation compensatoire et une somme globale — Inscription de l'avis d'appel déposée selon les dispositions de la Loi sur le divorce et non selon les dispositions du Code de procédure civile — Le dépôt de l'inscription en appel fait conformément aux exigences de la Loi sur le divorce est-il valable à l'égard de la prestation compensatoire? — Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, ch. D-8, art. 17(3) — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 495 — Code civil du Québec, art. 559.

National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations) 1324

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Tribunal canadien des importations — Subventionnement du maïs-grain aux É.-U. — Le Tribunal a conclu que les subventions causaient ou étaient susceptibles de causer un préjudice sensible à la production canadienne — La décision du Tribunal est-elle manifestement déraisonnable? — Interprétation de l'art. 42 de la Loi sur les mesures spéciales d'importation, S.C. 1984, ch. 25 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10, art. 28.

Législation — Interprétation — Loi canadienne adoptée pour remplir les obligations du Canada découlant du GATT — Est-il loisible au Tribunal canadien des importations de se référer au GATT pour interpréter la loi canadienne? — Loi sur les mesures spéciales d'importation, S.C. 1984, ch. 25, art. 42.

Douanes et accise — Subventions et droits compensateurs — Subventionnement du maïs-grain aux É.-U. — Les subventions causaient-elles ou étaient-elles susceptibles de causer un préjudice sensible à la production canadienne? — Interprétation de l'art. 42 de la Loi sur les mesures spéciales d'importation, S.C. 1984, ch. 25.

R. c. Askov 1199

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de près de deux ans entre l'envoi au procès et le procès — Délai principalement dû à des problèmes institutionnels — Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable a-t-il été violé? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Chambers 1293

Criminal law — Right to silence — Evidence of accused's silence in face of incriminating question — Trial judge neglecting request by both counsel to instruct jury to ignore evidence bearing on accused's silence — Whether or not right to silence infringed.

Trial — Process — Juries — Trial judge informed of juror's illness — Juror discharged — Whether or not trial judge erred in discharging juror without hearing — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 573(1), 577.

Evidence — Evidence of bad character and immoral activity — Unfortunate asides and comments made by Crown during cross-examination — Sole issue one of credibility — Whether or not trial judge erred in permitting cross-examination of appellant's immoral activity and in failing to direct the jury as to limited use of such evidence — Whether or not trial judge erred in admitting evidence of appellant's immoral activity if not related to the offence — Whether or not Crown counsel's inflammatory manner denied appellant a fair trial.

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Chambers 1293

Droit criminel — Droit de garder le silence — Preuve du silence de l'accusé devant une question incriminante — Omission du juge du procès d'accéder à la demande des deux avocats de donner au jury la directive de ne pas tenir compte de la preuve relative au silence de l'accusé — Y a-t-il eu violation du droit de garder le silence?

Procès — Procédure — Jurys — Juge du procès informé de la maladie d'un juré — Libération du juré — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en libérant le juré sans tenir d'audience? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 573(1), 577.

Preuve — Preuve de mauvaise moralité et d'actes immoraux — Apartés et observations malheureux du ministère public au cours du contre-interrogatoire — L'unique question en litige est la crédibilité — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en permettant que l'appelant soit contre-interrogé relativement à ses actes immoraux et en omettant de donner au jury des directives concernant l'usage limité qui pouvait être fait d'une telle preuve? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant la preuve des actes immoraux de l'appelant alors que ceux-ci n'avaient aucun rapport avec l'infraction? — La conduite incendiaire du substitut du procureur général a-t-elle privé l'appelant d'un procès équitable?

Trust Général du Canada c. Artisans Coopvie, Société coopérative d'assurance-vie 1185

Assurance — Assurance-vie — Prise d'effet de l'assurance-vie — Interprétation des conditions de l'art. 2516 C.c.B.-C.

General Trust of Canada

and

X. Béton (1977) Ltée *Appellants*

v.

Les Artisans Coopvie, Société coopérative d'assurance-vie *Respondent*

INDEXED AS: GENERAL TRUST OF CANADA v. ARTISANS COOPVIE, SOCIÉTÉ COOPÉRATIVE D'ASSURANCE-VIE

File No.: 20431.

1990: February 27; 1990: October 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Insurance — Life insurance — Coming into effect — Interpretation of conditions of art. 2516 C.C.L.C.

The principal shareholder of X. Béton signed on the company's behalf an application for life insurance to meet the financing conditions imposed by General Trust of Canada. An amended application was accepted by respondent insurer on May 6, 1977 and the policy was delivered that same day. The application indicated that at that time X. Béton paid the insurer a deposit of \$1,000. At the same time the insured signed a declaration of good health and insurability. At X. Béton's request, the insurer agreed on June 14 to vary the payment provisions by dividing the annual premium of over \$8,000 into monthly premiums, so that the first premium was covered by the earlier payment of \$1,000. A few days earlier the insured had gone into hospital. He had been complaining since late April of neuralgia and headaches, but it was not until July 5 that the doctors decided to treat him for lung cancer. After the insured died in November, the insurer refused to pay the proceeds of the insurance. In response to this refusal, appellants brought an action against the insurer in the Superior Court. The court dismissed the action and its judgment was affirmed by the Court of Appeal. Both courts found that the initial premium had been paid on June 14, not May 6, and that on account of the earlier change in the insurability of the risk, the policy never

* Chief Justice at the time of judgment.

Trust Général du Canada

et

X. Béton (1977) Ltée *Appelantes*

c.

Les Artisans Coopvie, Société coopérative d'assurance-vie *Intimée*

RÉPERTORIÉ: TRUST GÉNÉRAL DU CANADA c. ARTISANS COOPVIE, SOCIÉTÉ COOPÉRATIVE D'ASSURANCE-VIE

N° du greffe: 20431.

1990: 27 février; 1990: 18 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Assurance — Assurance-vie — Prise d'effet de l'assurance-vie — Interprétation des conditions de l'art. 2516 C.c.B.-C.

Le principal actionnaire de X. Béton a signé au nom de la compagnie une proposition d'assurance sur sa vie pour satisfaire aux conditions de financement imposées par Trust Général du Canada. Une proposition modifiée a été acceptée par l'assureur intimé le 6 mai 1977 et la police a été délivrée le même jour. La proposition indique que X. Béton a alors versé à l'assureur un dépôt de 1 000 \$. Par la même occasion, l'assuré a signé une déclaration de bonne santé et d'assurabilité. À la demande de X. Béton, l'assureur a accepté le 14 juin de modifier les modalités de paiement en divisant la prime annuelle supérieure à 8 000 \$ en primes mensuelles de sorte que la première prime s'est trouvée couverte par le paiement antérieur de 1 000 \$. Quelques jours auparavant, l'assuré avait été hospitalisé. Ce dernier se plaignait depuis la fin avril de névralgie et de maux de tête mais ce n'est que le 5 juillet que les médecins ont décidé de le traiter pour un cancer du poumon. À la suite du décès de l'assuré en novembre, l'assureur a refusé de payer le produit de l'assurance. Devant ce refus, les appelantes ont intenté une action contre l'assureur en Cour supérieure. La cour a rejeté l'action et son jugement a été confirmé par la Cour d'appel. Les deux cours ont conclu que la première prime avait été payée le 14 juin, et non le 6 mai, et qu'en raison du changement

* Juge en chef à la date du jugement.

came into effect. This appeal requires the Court to clarify the interpretation of art. 2516 C.C.L.C.

Held: The appeal should be dismissed.

Article 2516 C.C.L.C. provides that life insurance becomes effective when the application is accepted by the insurer, to the extent that (1) it is accepted without modification, (2) the initial premium is paid, and (3) there has been no change in the insurability of the risk from the signing of the application. These three conditions are placed on the same footing and must be fulfilled concurrently for the insurance to become effective. Since the third condition is essentially passive in nature and does not correspond to any point in time, the determination of whether the insurability is still the same must be made at the time the other two conditions coincide. The concurrence of the three conditions may occur at any time after the application is accepted. If the initial premium is not paid until after the application is accepted, art. 2516 C.C.L.C. has the effect of a two-part suspensive condition which when met causes the insurance contract to come into effect. In this case the life insurance never came into effect. The application was accepted by the insurer without change on May 6, 1977 but the initial premium was not paid until June 14. There could not have been a payment on May 6 of a monthly premium that had not yet been liquidated. It was not until June 14 that the amount of this premium was set. Until that date the premium was thus payable annually and it had not been paid. The changes which occurred in the insurability of the risk before payment of the initial premium thus caused the previously formed contract to lapse by making it impossible for the three conditions to exist concurrently and so for the insurance to come into effect.

The insurer did not waive the application of art. 2516 C.C.L.C. in the policyholder's favour. The insurance contract, and in particular the clause which substantially restates the conditions set out in art. 2516, indicates the parties' intent and categorically excludes any intent to waive.

Cases Cited

Referred to: *Blanchette v. C.I.S. Ltd.*, [1973] S.C.R. 833; *Duplîsea v. T. Eaton Life Assurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 144; *Zurich Life Insurance Co. of Canada v. Davies*, [1981] 2 S.C.R. 670; *Neveu v. Services de santé du Québec*, Sup. Ct. Montréal, No. 500-05-012515-811, December 11, 1981.

antérieur dans l'assurabilité du risque, la police n'était jamais entrée en vigueur. Le présent pourvoi demande à préciser l'interprétation de l'art. 2516 C.c.B.-C.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

L'article 2516 C.c.B.-C. prévoit que l'assurance sur la vie prend effet dès l'acceptation de la proposition par l'assureur pour autant (1) que cette dernière ait été acceptée sans modification, (2) que la première prime ait été payée, et (3) qu'aucun changement ne soit intervenu dans l'assurabilité du risque depuis la signature de la proposition. Ces trois conditions sont posées sur un même pied et doivent exister concurremment pour déclencher la prise d'effet de l'assurance. Puisque la troisième condition est de nature essentiellement passive et ne correspond à aucun moment dans le temps, c'est donc au moment où les deux autres conditions existent concurremment qu'il faut évaluer le maintien de l'assurabilité. L'existence concurrente des trois conditions est susceptible de se produire en tout temps à compter de l'acceptation de la proposition. Si la première prime n'est payée qu'après l'acceptation de la proposition, l'art. 2516 C.c.B.-C. produit l'effet d'une condition suspensive à deux facettes dont la réalisation déclenche la prise d'effet du contrat d'assurance. En l'espèce, l'assurance sur la vie n'a jamais pris effet. La proposition a été acceptée par l'assureur sans modification le 6 mai 1977 mais la première prime n'a été payée que le 14 juin. Il ne pouvait y avoir paiement le 6 mai d'une prime mensuelle non encore liquidée. Or ce n'est que le 14 juin que le montant de cette prime a été fixé. Jusqu'à cette dernière date, la prime était donc payable annuellement et elle n'avait pas été payée. Les changements intervenus dans l'assurabilité du risque avant le paiement de la première prime ont donc rendu caduc le contrat préalablement formé en rendant impossible l'existence concurrente des trois conditions et partant, la prise d'effet de l'assurance.

L'assureur n'a pas renoncé à l'application de l'art. 2516 C.c.B.-C. en faveur du preneur. Le contrat d'assurance, et en particulier la clause qui reprend substantiellement les conditions prévues à l'art. 2516, indique l'intention des parties et s'oppose catégoriquement à toute volonté de renonciation.

i Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Blanchette c. C.I.S. Ltd.*, [1973] R.C.S. 833; *Duplîsea c. Compagnie d'assurance-vie T. Eaton*, [1980] 1 R.C.S. 144; *Zurich du Canada Compagnie d'assurance-vie c. Davies*, [1981] 2 R.C.S. 670; *Neveu c. Services de santé du Québec*, C.S. Montréal, n° 500-05-012515-811, 11 décembre 1981.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Lower Canada [am. 1974, c. 70, s. 2], arts. 2476, 2485, 2500, 2516, 2524, 2527.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1987] R.R.A. 454, 7 Q.A.C. 304, affirming a judgment of the Superior Court, [1984] C.S. 24, 5 C.C.L.I. 229. Appeal dismissed.

Jean Morin, Yves Lacroix and Pierre de Grand-pré, Q.C., for the appellants.

Claudette H. Blondeau and André Gagnon, Q.C., for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J.—This appeal concerns the interpretation of art. 2516 of the *Civil Code of Lower Canada*, dealing with the coming into effect of life insurance. The wording of this article gives rise to some confusion and its application has caused certain problems in determining the time until which the insurability of the risk must remain unchanged. The facts of this case require this Court to settle the question.

1. Facts and Proceedings

The facts in this case are not in dispute. They were the subject of a joint statement prepared by the parties at trial and reproduced in the reasons of Kaufman J.A. For reasons of clarity and because of the importance of the time factor in this case, I felt it desirable to summarize the relevant events using a synoptic table arranged in chronological order. These events all occurred in 1977:

March 8 In order to meet the financing conditions imposed by the appellant General Trust of Canada (hereinafter "General Trust"), the late Roland Couillard signed on behalf of the appellant X. Béton (1977) Ltée (hereinafter "X. Béton"), of which he was the principal shareholder, an application for life insurance in the amount of \$250,000;

Lois et règlements cités

Code civil du Bas-Canada [mod. 1974, ch. 70, art. 2], art. 2476, 2485, 2500, 2516, 2524, 2527.

^a POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1987] R.R.A. 454, 7 Q.A.C. 304, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1984] C.S. 24, 5 C.C.L.I. 229. Pourvoi rejeté.

^b *Jean Morin, Yves Lacroix et Pierre de Grand-pré, c.r.*, pour les appelantes.

^c *Claudette H. Blondeau et André Gagnon, c.r.*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

^d LE JUGE GONTHIER—Ce pourvoi met en cause l'interprétation de l'art. 2516 du *Code civil du Bas-Canada* qui traite de la prise d'effet de l'assurance sur la vie. Le libellé de cet article porte à une certaine confusion et son application a causé ^e quelques problèmes eu égard à la détermination du moment jusqu'où l'assurabilité du risque doit être maintenue. Les faits de la présente affaire requièrent de notre Cour qu'elle tranche le débat.

^f 1. Les faits et les procédures

^g Les faits de l'espèce ne sont pas contestés. Ils font l'objet d'un exposé conjoint préparé par les parties en première instance et reproduit dans les motifs du juge Kaufman de la Cour d'appel. Par souci de clarté et en raison de l'importance que revêt ici le facteur temporel, il m'a paru souhaitable de résumer les événements pertinents à l'aide d'un tableau synoptique suivant l'ordre chronologique. Ces événements ont tous eu lieu en 1977:

8 mars Afin de satisfaire aux conditions de financement posées par l'appelante Trust Général du Canada (ci-après «Trust Général»), feu Roland Couillard signe au nom de l'appelante X. Béton (1977) Ltée (ci-après «X. Béton»), dont il est le principal actionnaire, une proposition d'assurance sur sa vie au montant de 250 000 \$;

March 9	As required by the application, the insured Couillard underwent a medical examination which showed nothing abnormal and signed the customary declarations regarding his state of health, declarations which were forwarded to the respondent Les Artisans Coopvie, Société coopérative d'assurance-vie;	9 mars	L'assuré Couillard, conformément aux exigences de la proposition, subit un examen médical où rien d'anormal n'est décelé et signe les déclarations d'usage sur son état de santé, déclarations transmises à l'intimée Les Artisans Coopvie, Société coopérative d'assurance-vie;
April 23	The insured Couillard began complaining of neuralgia and headaches;	23 avril	L'assuré Couillard commence à se plaindre de névralgie et de maux de tête;
April 28	The first insurance application was accepted by the respondent;	28 avril	La première proposition d'assurance est acceptée par l'intimée;
May 2 to 6	The insured underwent a series of treatments provided by a chiropractor;	2 au 6 mai	L'assuré se soumet à une série de traitements fournis par un chiropraticien;
May 4	The first insurance policy was issued in the amount of \$250,000;	4 mai	La première police d'assurance est émise au montant de 250 000 \$;
May 6	The first policy was delivered and a declaration of good health and insurability signed by the insured Couillard;	6 mai	La première police est délivrée et une déclaration de bonne santé et d'assurabilité est signée par l'assuré Couillard;
	In order to meet the new requirements of General Trust respecting a new offer of financing for X. Béton, a second application was signed by the insured Couillard and accepted by telephone, which raised the capital insured from \$250,000 to \$450,000;		Afin de satisfaire aux nouvelles exigences de Trust Général relativement à une nouvelle offre de financement pour X. Béton, une seconde proposition est souscrite par l'assuré Couillard et est acceptée par téléphone, qui porte le capital assuré de 250 000 \$ à 450 000 \$;
	The second application mentioned a payment of \$1,000 by X. Béton to the insurer;		La seconde proposition fait état d'un versement de 1 000 \$ de X. Béton à l'assureur;
"Early June"	The insured Couillard underwent medical tests and examinations at the Centre Hospitalier de l'Université Laval;	«Début juin»	L'assuré Couillard subit des tests et examens médicaux au Centre Hospitalier de l'Université Laval;
June 9	The insured Couillard entered the Hôpital de l'Enfant-Jésus (where he remained until July 10);	9 juin	L'assuré Couillard est hospitalisé à l'Hôpital de l'Enfant-Jésus (ce jusqu'au 10 juillet);

	X. Béton asked the respondent to vary the contract provisions regarding payment of the premium, so that it would be payable monthly rather than annually;	<i>a</i>	X. Béton demande à l'intimée de modifier le contrat quant au paiement de la prime, afin qu'elle soit payable mensuellement plutôt qu'annuellement;
June 14	The respondent agreed to vary the premium payment provisions; the annual premium of \$8,730.50 was converted into twelve monthly premiums of \$772.65, so that the first premium was covered by the earlier payment of \$1,000;	14 juin	L'intimée accepte de modifier les modalités de paiement de la prime; la prime annuelle prévue de 8 730,50 \$ est convertie en douze primes mensuelles de 772,65 \$, de sorte que la première prime s'est trouvée couverte par le versement antérieur de 1 000 \$;
		<i>b</i>	
		<i>c</i>	
July 5	The physicians in charge decided to treat the patient for lung cancer;	5 juillet	Les médecins responsables décident de traiter le patient pour un cancer du poumon.
		<i>d</i>	
November 12	The insured Couillard died as a result of lung cancer.	12 novembre	L'assuré Couillard décède des suites d'un cancer du poumon.

The appellants' action for performance of the contract was dismissed by the Superior Court and their appeal was dismissed by the Court of Appeal.

En demande pour l'exécution du contrat, les appelantes sont déboutées en Cour supérieure et leur appel est rejeté par la Cour d'appel.

2. Judgments Below

2. Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

Superior Court, [1984] C.S. 24

f Cour supérieure, [1984] C.S. 24

In the opinion of Letarte J., under art. 2516 C.C.L.C. reference must be made to the date on which the initial premium was paid in full in determining whether a change in insurability of the risk had occurred since the application was signed.

Selon le juge Letarte, c'est à la date du paiement intégral de la première prime qu'il faut se référer, aux termes de l'art. 2516 C.c.B.-C. afin de déterminer s'il n'y a pas eu de changement dans l'assurabilité du risque depuis la signature de la proposition.

The judge first established that the initial premium was paid in full on June 14, 1977, when the insurer agreed to convert the annual premium into monthly premiums. The payment of \$1,000 dated May 6 could not be treated as payment of the initial premium, since the amount of the agreed premium at that time was in excess of \$8,000. From his review of the evidence Letarte J. concluded that the insurability of the risk had changed on June 14. In his view, this change prevented the insurance from coming into effect. He explained that the insurer could not be held liable for the fact that, between May 6 and June

Le juge établit d'abord que le paiement intégral de la première prime a eu lieu le 14 juin 1977, moment où l'assureur a accepté la conversion de la prime annuelle en primes mensuelles. Le versement de 1 000 \$ daté du 6 mai ne pouvait faire office de paiement de la première prime puisque le montant de la prime convenue en date de ce versement était supérieur à 8 000 \$. De son examen de la preuve, le juge Letarte conclut que l'assurabilité du risque avait changé en date du 14 juin. Ce changement a selon lui empêché la prise d'effet de l'assurance. Il explique que l'assureur ne saurait être tenu responsable de ce que, entre le 6

14, 1977, the coming into force of the contract was delayed by non-payment of the premium.

Additionally, based on his assessment of the evidence, he declined to find there had been a waiver by the insurer regarding the time the insurance came into effect, as there was no formal consent and no sufficiently serious, specific and concurring circumstances to indicate this.

Court of Appeal, [1987] R.R.A. 454

Kaufman J.A., for the majority, shared the view of the trial judge that the initial premium was paid on June 14, 1977 and that on account of the earlier change in the insurability of the risk which Mr. Couillard was aware of, the policy never came into effect. In his opinion, no other interpretation of art. 2516 C.C.L.C. is plausible.

Dubé J.A. shared the view of Kaufman J.A., adding that the appellants had not been able to establish any errors in the findings of fact and law arrived at by the trial judge.

3. Analysis

According to the Court of Appeal and the Superior Court, the insurance which is at issue in this case never came into effect. This is what the appellants disputed in this Court. The article of the *Civil Code of Lower Canada* the interpretation of which will determine the outcome of this case reads as follows:

2516. Life insurance becomes effective when the application is accepted by the insurer, to the extent that it is accepted without modification, that the initial premium is paid and that there has been no change in the insurability of the risk from the signing of the application.

This article, of relative public order (art. 2500 C.C.L.C.), is at variance with the contractual provisions in use at the time it was adopted, which determined the coming into effect of the insurance and the time until which insurability had to remain the same to be the date the policy was delivered. This system had the disadvantage of leaving it entirely in the discretion of the insurer to determine the crucial time when insurance protec-

mai et le 14 juin 1977, la prise d'effet du contrat était retardée par le non-paiement de la prime.

Dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, il refuse par ailleurs de conclure à une renonciation de l'assureur relativement à la prise d'effet de l'assurance, vu l'absence d'un consentement formel ou de circonstances suffisamment graves, précises et concordantes en ce sens.

Cour d'appel, [1987] R.R.A. 454

Le juge Kaufman, pour la majorité, partage l'avis du premier juge selon lequel la première prime a été payée le 14 juin 1977 et qu'en raison du changement antérieur dans l'assurabilité du risque dont M. Couillard avait connaissance, la police n'est jamais entrée en vigueur. Selon lui, aucune autre interprétation de l'art. 2516 C.c.B.-C. n'est plausible.

Le juge Dubé partage l'opinion du juge Kaufman en précisant que les appelantes n'ont pas réussi à prouver d'erreur dans les conclusions de faits et de droit auxquelles le juge de première instance est arrivé.

3. Analyse

Selon la Cour d'appel et la Cour supérieure, l'assurance faisant l'objet du présent litige n'a jamais pris effet. C'est ce que les appelantes contestent devant nous. L'article du *Code civil du Bas-Canada* dont l'interprétation déterminera l'issue de ce débat se lit comme suit:

2516. L'assurance sur la vie prend effet dès l'acceptation de la proposition par l'assureur pour autant que cette dernière ait été acceptée sans modification, que la première prime ait été payée et qu'aucun changement ne soit intervenu dans l'assurabilité du risque depuis la signature de la proposition.

Cet article d'ordre public relatif (art. 2500 C.c.B.-C.) va à l'encontre de dispositions contractuelles en usage au moment de son adoption, qui fixaient la prise d'effet de l'assurance et le moment jusqu'où l'assurabilité devait être maintenue à la date de livraison de la police. Ce système avait le désavantage de laisser à l'entière discrétion de l'assureur la détermination du moment crucial du début de la protection de l'assurance, moment

tion began, the time until which the insurer claimed it could discuss the insurability of the risk. In short, it was a remedial provision favorable to the policyholder which restored a measure of balance between the rights of the parties as to when the insurance coverage began.

Article 2516 *C.C.L.C.* determines the coming into effect of the insurance to be the time the application is accepted by the insurer, subject to three conditions. The fulfillment of the first, that the application be accepted without modification, is not at issue. The time the second was fulfilled, namely when the initial premium was paid, is however in dispute in the present case. The problem regarding the final condition, as to the unchanged insurability of the risk, involves determining the time to be used in evaluating the risk.

Interpretation of the conditions of art. 2516 *C.C.L.C.* is at the heart of this appeal and is what I intend to consider first. I will then dispose of the question of waiver raised by the appellants, who argue that in any event the insurer had waived the application of art. 2516 *C.C.L.C.* in the policyholder's favour in the case at bar.

A. *Interpretation of art. 2516 C.C.L.C.*

The problem presented in applying the condition regarding payment of the initial premium is peculiar to the case at bar and is quite straightforward. The insurance policy taken out on May 6, 1977 mentions a deposit of \$1,000 paid to the respondent by X. Béton that same day. The premium set by this contract is \$8,730.50 payable annually. At the request of X. Béton, the respondent agreed on June 14 following to vary the payments by dividing the annual premium into twelve monthly premiums of \$772.65. The appellants argue that this change to monthly payments means that the payment of the initial premium within the meaning of art. 2516 *C.C.L.C.* occurred on May 6 as a consequence of the deposit of \$1,000, which under the new payment provisions was used to cover the amount of the initial premium.

I cannot accept the appellants' thesis. In my view, there could not have been a payment on May

jusqu'où l'assureur prétendait pouvoir discuter l'assurabilité du risque. Il s'agit en somme d'une disposition remédiate favorable au preneur qui rétablit un certain équilibre entre les droits des parties en regard du début de la couverture d'assurance.

L'article 2516 *C.c.B.-C.* fixe la prise d'effet de l'assurance au moment de l'acceptation de la proposition par l'assureur, sujet à trois conditions. La réalisation de la première, qui veut que la proposition ait été acceptée sans modification, n'est pas en cause. Le moment où la seconde s'est réalisée en l'espèce, savoir le moment du paiement de la première prime, est en revanche contesté. Quant à la dernière condition qui a trait au maintien de l'assurabilité du risque, le problème qui se pose est celui de savoir le moment auquel on doit se référer pour en faire l'évaluation.

L'interprétation des conditions de l'art. 2516 *C.c.B.-C.* est au cœur du présent pourvoi et c'est ce que j'entends aborder en premier lieu. Je disposerai ensuite de la question de la renonciation soulevée par les appelantes, qui soutiennent qu'à tout événement l'assureur a en l'espèce renoncé en faveur du preneur à l'application de l'art. 2516 *C.c.B.-C.*

A. L'interprétation de l'art. 2516 C.c.B.-C.

Le problème soulevé dans l'application de la condition relative au paiement de la première prime est particulier à la présente affaire et il est très simple. La police d'assurance souscrite le 6 mai 1977 fait état d'un dépôt de 1 000 \$ remis le même jour par X. Béton à l'intimée. La prime fixée par ce contrat est de 8 730,50 \$ payable annuellement. Sur demande de X. Béton, l'intimée accepte le 14 juin suivant de modifier les modalités de paiement en divisant la prime annuelle en 12 primes mensuelles de 772,65 \$. Les appelantes soutiennent que cette mensualisation fait en sorte que le paiement de la première prime au sens de l'art. 2516 *C.c.B.-C.* a eu lieu le 6 mai par l'effet du dépôt de 1 000 \$ qui s'est trouvé à couvrir le montant de la première prime selon les nouvelles modalités.

Je ne puis accepter la thèse des appelantes. À mon avis, il ne pouvait y avoir paiement le 6 mai

6 of a monthly premium that had not yet been liquidated. It was not until June 14 following that the amount of this premium was set and so became subject to payment. Until that date, the premium was payable annually; the initial premium was \$8,730.50 and it had not been paid.

The Superior Court and the Court of Appeal thus properly held that the condition in art. 2516 *C.C.L.C.* regarding payment of the initial premium was not met until June 14, 1977. I turn now to the problem connected with application of the condition regarding unchanged insurability, the solution of which seems less straightforward and which is of more general interest.

First, I would note that the change in the insurability of the risk between the time the application was made and the time the initial premium was paid, namely between May 6 and June 14, 1977, is not in dispute. The appellants admit that certain circumstances known to Mr. Couillard changed his insurability before June 14. The question that arises is whether the insurability of the risk must remain stable only until the application is accepted, or whether it must continue until the time the insurance comes into effect, when the latter is delayed by failure to pay the initial premium.

The appellants argue that unchanged insurability of the risk is, within the meaning of art. 2516 *C.C.L.C.*, a condition of formation of the contract which must be assessed at the time the unaltered application is accepted, the time at which there is a meeting of the minds. They argue that payment of the initial premium is in the nature of a suspensive condition for the coming into effect and could be made by the policyholder at any time regardless of whether the insurability of the risk was unchanged when the payment was made. I cannot agree with this proposition in so far as the question of unchanged insurability is concerned. Such an interpretation of art. 2516 *C.C.L.C.* would open the door to all kinds of abuse by creating a system of fundamental contractual imbalance between the parties. The insurer would be at the mercy of the policyholder, who could delay payment of the ini-

d'une prime mensuelle non encore liquidée. Ce n'est en effet que le 14 juin suivant que le montant de cette prime a été fixé et devenait ainsi susceptible d'être payé. Jusqu'à cette date du 14 juin, la prime était payable annuellement; la première prime s'élevait à 8 730,50 \$ et elle n'avait pas été payée.

C'est donc à bon droit que la Cour supérieure et la Cour d'appel ont statué que la condition relative au paiement de la première prime prévue à l'art. 2516 *C.c.B.-C.* ne s'est réalisée que le 14 juin 1977. J'aborde maintenant le problème relié à l'application de la condition de maintien de l'assurabilité, dont la solution apparaît moins simple et qui est d'intérêt plus général.

Je souligne d'abord que le changement dans l'assurabilité du risque entre le moment où la proposition a été souscrite et celui où la première prime a été payée, soit entre le 6 mai et le 14 juin 1977, n'est pas contesté. Les appelantes admettent que certaines circonstances dont M. Couillard connaissait l'existence modifiaient son assurabilité avant le 14 juin. La question qui se pose est de savoir si l'assurabilité du risque doit demeurer stable jusqu'au moment de l'acceptation de la proposition seulement, ou si elle doit se maintenir jusqu'au moment de la prise d'effet de l'assurance lorsque celui-ci est retardé par le défaut de paiement de la première prime.

Les appelantes font valoir que le maintien de l'assurabilité du risque est au sens de l'art. 2516 *C.c.B.-C.* une condition de formation du contrat devant être évaluée au moment de l'acceptation de la proposition non modifiée, moment qui scelle la rencontre des volontés. Le paiement de la première prime serait de la nature d'une condition suspensive touchant la prise d'effet et pourrait, soutiennent les appelantes, être effectué en aucun temps par le preneur sans égard au maintien de l'assurabilité du risque à la date du paiement. Je ne puis être d'accord avec cette proposition en ce qui a trait à la question du maintien de l'assurabilité. Une telle interprétation de l'art. 2516 *C.c.B.-C.* ouvrirait la porte à tous les abus en instaurant un régime de déséquilibre contractuel fondamental entre les parties. L'assureur serait à la merci du preneur qui pourrait retarder impunément le paie-

tial premium with impunity and only make it if and when the event insured against was likely to occur. Such a situation is inconceivable in a situation where the insurer has no right of action to obtain payment of the premiums due (art. 2527 C.C.L.C.).

Article 2476 C.C.L.C. states that the insurance contract "is formed upon the insurer's acceptance of the policyholder's application". This is a specific codification of the general civil law rule that the contract is formed when there is a meeting of the minds. It is beyond question that a change in the insurability of the risk occurring before the application is accepted will prevent the contract from being formed, as the risk is part of the very subject-matter of the agreement and there will be no meeting of the minds if it differs from what was agreed to. This is what I have already said in *Neveu v. Services de santé du Québec*, Sup. Ct. Montréal, No. 500-05-012515-811, December 11, 1981, at p. 8:

[TRANSLATION] If the risk has changed before the contract is entered into, that is, before its acceptance by the insurer, there is no longer a meeting of the minds since the subject-matter has changed.

The consent given by the parties can only apply to the subject-matter which they had in mind; but the question of formation of the contract does not really tell us much about when the insurance comes into effect, as this is and continues to be a separate concept.

It is art. 2516 C.C.L.C. which governs the coming into effect of the insurance. This coming into effect is determined to occur at the time the application is accepted, subject to the three conditions which I mentioned above. I noted that the first is not at issue here, as the application was accepted by the insurer without change on May 6, 1977. The appellants seek to distinguish between the other two, namely payment of the initial premium and unchanged insurability of the risk. They regard payment of the initial premium as a condition of the contract coming into effect and unchanged insurability as a condition of its formation, so that the latter has to be finally determined at the time the contract is formed. In the case at bar this would mean that the changes in

ment de la première prime et ne le faire que si et lorsque le risque menace de se réaliser. Une telle situation est inconcevable dans un contexte où l'assureur n'a aucun droit d'action pour exiger le paiement des primes échues (art. 2527 C.c.B.-C.).

L'article 2476 C.c.B.-C. porte que le contrat d'assurance «est formé dès que l'assureur accepte la proposition du preneur». Il s'agit là d'une codification particulière de la règle générale en droit civil qui veut que le contrat soit formé par l'effet de la rencontre des volontés. Il est incontestable qu'un changement dans l'assurabilité du risque se produisant avant l'acceptation de la proposition empêchera la formation du contrat car le risque participe de l'objet même de la convention et empêche la rencontre des volontés s'il diffère de celui qui a été accepté. C'est ce que j'ai déjà souligné dans l'affaire *Neveu c. Services de santé du Québec*, C.S. Montréal, n° 500-05-012515-811, 11 décembre 1981, à la p. 8:

Si le risque a changé avant que le contrat ne soit conclu c'est-à-dire avant son acceptation par l'assureur, il n'y a plus rencontre de volontés puisque l'objet a changé.

Le consentement donné par les parties ne saurait porter en effet que sur l'objet qu'elles envisagent. Mais la question de la formation du contrat ne nous renseigne guère sur celle de la prise d'effet de l'assurance, qui est et demeure conceptuellement distincte.

C'est l'art. 2516 C.c.B.-C. qui régit la prise d'effet de l'assurance. Cette prise d'effet est fixée au moment de l'acceptation de la proposition sujet aux trois conditions que j'ai mentionnées plus haut. J'ai noté que la première n'est pas ici en litige, la proposition ayant été acceptée par l'assureur sans modification le 6 mai 1977. Les appelantes voudraient faire une distinction entre les deux autres, soit le paiement de la première prime et le maintien de l'assurabilité du risque. Elles voient dans le paiement de la première prime une condition de prise d'effet du contrat et dans le maintien de l'assurabilité une condition de sa formation, de sorte que cette dernière doit être évaluée de façon définitive au moment de la formation du contrat. Cela signifierait en l'espèce que les modifications à

Mr. Couillard's state of health which occurred after acceptance of the unaltered application on May 6 and before payment of the initial premium on June 14 did not prevent the insurance from coming into effect when this payment was made. I see no basis in the provision for splitting these two conditions in this way.

First, art. 2516 *C.C.L.C.* deals only with the coming into effect of the insurance and does not in any way purport to determine when the contract is formed. Second, the three conditions are placed on the same footing and in my view must therefore be fulfilled concurrently for the insurance to become effective. This concurrence of the three conditions may occur at any time after the application is accepted.

In cases where the premium is paid before or at the time the unaltered application is accepted, the insurance will come into effect at the time of acceptance provided "that there has been no change in the insurability of the risk". The three conditions may then exist together at the time the contract is formed, and this will also be the time the insurance comes into effect. However, when the initial premium is paid after the unaltered application has been accepted, which is the case here, the three conditions can only exist together at the time of payment and if they are in fact to coincide at that time it must still be the case "that there has been no change in the insurability of the risk". Unlike the other two, the condition regarding unchanged insurability is essentially passive in nature and does not correspond to any point in time, which makes it to some extent dependent on the other two being met so far as the time of its determination is concerned. Accordingly, the determination of whether the insurability is still the same must be made at the time the other two conditions coincide.

If, as in the case at bar, the initial premium is not paid until after the application is accepted (which implies that the coincidence of the three conditions is not likely to occur until after the contract is formed), art. 2516 *C.C.L.C.* has the effect of a two-part suspensive condition which

l'état de santé de M. Couillard intervenues après l'acceptation le 6 mai de la proposition non modifiée et avant le paiement de la première prime le 14 juin, n'ont pas empêché la prise d'effet de l'assurance lors de ce paiement. Je ne vois aucun fondement dans le texte qui puisse permettre de scinder de la sorte ces deux conditions.

D'une part, l'art. 2516 *C.c.B.-C.* ne traite que de la prise d'effet de l'assurance et ne prétend en rien régir la formation du contrat. D'autre part, les trois conditions sont posées sur le même pied et doivent donc à mon avis exister concurremment pour déclencher la prise d'effet de l'assurance. L'existence concurrente des trois conditions est susceptible de se produire en tout temps à compter de l'acceptation de la proposition.

Dans les cas où la prime est payée avant ou au moment de l'acceptation de la proposition non modifiée, l'assurance prend effet lors de cette acceptation pour autant «qu'aucun changement ne soit intervenu dans l'assurabilité du risque». Les trois conditions peuvent alors se trouver réunies au moment de la formation du contrat auquel correspondra celui de la prise d'effet de l'assurance. Mais lorsque la première prime est payée après l'acceptation de la proposition non modifiée, ce qui est le cas en l'espèce, ce n'est qu'au moment du paiement que les trois conditions peuvent se trouver réunies et pour qu'elles existent effectivement de façon concurrente à ce moment, il faut bien encore «qu'aucun changement ne soit intervenu dans l'assurabilité du risque». Contrairement aux deux autres, la condition relative au maintien de l'assurabilité est de nature essentiellement passive et ne correspond à aucun moment dans le temps, ce qui la rend en quelque sorte dépendante de la réalisation des deux autres pour ce qui est du moment de son évaluation. En conséquence, c'est au moment où les deux autres conditions existent concurremment qu'il faut évaluer le maintien de l'assurabilité.

Si, comme en l'espèce, la première prime n'est payée qu'après l'acceptation de la proposition (ce qui implique que la réunion des trois conditions n'est susceptible de se produire qu'après la formation du contrat), l'art. 2516 *C.c.B.-C.* produit l'effet d'une condition suspensive à deux facettes dont

when met causes the previously formed contract to come into effect: this condition will be met by payment of the premium if no change has occurred in the insurability of the risk at the time the payment is made. As is generally the case in civil law, the fulfillment of the suspensive condition operates retroactively and means that the contract is deemed to have taken effect at the time it was formed. Here, the wording expressly provides for such retroactivity in stating that the insurance becomes effective when the application is accepted.

The appellants submit in opposing such a system that the insurer can collect premiums for a period during which he has assumed no risk, a possibility ruled out by this Court in certain cases from the common law provinces: *Blanchette v. C.I.S. Ltd.*, [1973] S.C.R. 833; *Duplisea v. T. Eaton Life Assurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 144; *Zurich Life Insurance Co. of Canada v. Davies*, [1981] 2 S.C.R. 670. This proposition is incorrect because the coming into effect of the insurance is retroactive: when the suspensive condition is fulfilled, the contract is deemed to have come into effect at the time the application was accepted. This retroactivity explains why the insurer can receive premiums for the period between acceptance of the application and payment of the initial premium. While it is true that in practice the insurer will not have to pay the amount of the insurance if the risk occurs during this period, the fact remains that during this period he assumes the ageing of the insured and remains bound by his earlier undertaking, in particular by the amount of the premium determined in accordance with the circumstances existing at the time the contract was formed, an amount which could have been paid at that time. The situation is comparable to that covered by art. 2524 *C.C.L.C.*, in which the policyholder may require the reinstatement of insurance which has been cancelled for non-payment of premiums if he pays the overdue premiums, repays advances received on the policy and establishes that the insured still meets the conditions for his being insured under the cancelled contract. There is nothing unusual in this. Further, the policyholder has only himself to blame if the coincidence of the three conditions required for bringing the in-

la réalisation déclenche la prise d'effet du contrat préalablement formé: cette condition se réalise par le paiement de la prime si aucun changement n'est intervenu dans l'assurabilité du risque au moment du paiement. Comme c'est en général le cas en droit civil, la réalisation de la condition suspensive opère de façon rétroactive et fait en sorte que le contrat est réputé avoir pris effet au moment de sa formation. Ici, le texte prévoit expressément cette rétroactivité en précisant que l'assurance prend effet dès l'acceptation de la proposition.

Les appelantes opposent à l'idée d'un tel système que l'assureur se trouve à toucher des primes pour une période où il n'assume aucun risque, possibilité écartée par notre Cour dans certaines affaires provenant des provinces de common law: *Blanchette c. C.I.S. Ltd.*, [1973] R.C.S. 833; *Duplisea c. Compagnie d'assurance-vie T. Eaton*, [1980] 1 R.C.S. 144; *Zurich du Canada Compagnie d'assurance-vie c. Davies*, [1981] 2 R.C.S. 670. Cette proposition est inexacte en raison de la rétroactivité de la prise d'effet de l'assurance; lorsque la condition suspensive se réalise, le contrat est réputé être entré en vigueur au moment de l'acceptation de la proposition. Cette rétroactivité explique que l'assureur puisse toucher des primes pour la période allant de l'acceptation de la proposition au paiement de la première prime. S'il est vrai qu'en pratique l'assureur n'aura pas à payer le montant d'assurance si le risque se réalise au cours de cette période, il reste qu'il assume au cours de cette période le vieillissement de l'assuré et demeure lié par son engagement préalable, en particulier par le montant de la prime établi en fonction des circonstances existant à l'époque de la formation du contrat, montant susceptible d'être acquitté dès ce moment. La situation est analogue à celle qui est prévue par l'art. 2524 *C.c.B.-C.*, où le preneur peut exiger le rétablissement d'une assurance résiliée pour défaut de paiement de la prime, s'il paie les primes en souffrance, rembourse les avances reçues sur la police et s'il établit que l'assuré remplit encore les conditions requises pour être assurable au titre du contrat résilié. Cela n'a rien d'exceptionnel. Au reste, le preneur n'a qu'à s'en prendre à lui-même si la réunion des trois conditions requises pour déclencher la prise d'effet

insurance into effect is delayed by his failure to pay the initial premium.

In the case at bar, subject to the issue of waiver, I am therefore of the view that the changes which occurred in the insurability of the risk before payment of the initial premium caused the previously formed contract to lapse by making it impossible for the three conditions to exist concurrently and so for the insurance to come into effect. I can only agree with the Superior Court and the Court of Appeal in saying that the insurance the amount of which is claimed here never came into effect.

Against this conclusion the appellants argued that under art. 2485 *C.C.L.C.*, the insured has a duty of disclosure only if the insurer requires it of him. This article read as follows at the time:

2485. The policyholder, and the insured if the insurer requires it, must represent all the facts known to him likely to materially influence a reasonable insurer in the setting of the premium and the appraisal of the risk or the decision to cover it. [Emphasis added.]

In the case at bar, the insurer made no inquiry of the insured as to his state of health when the initial premium was paid. The insurer, the appellants argue, therefore cannot now question the insurability of the risk for this period.

The answer to this is that the condition that the insurability remain unchanged stated in art. 2516 *C.C.L.C.* is objective and independent of the general duty of disclosure otherwise dealt with in art. 2485 *C.C.L.C.* Certainly a policyholder who delays payment of the initial premium until the insurability of the risk has changed has every reason to inform the insurer of this, as his contract lapses by the objective fact of a change in the insurability of the risk; but this in no way means that the insured has a further duty to disclose or the insurer to make inquiry. I therefore see no merit in this objection.

Accordingly, I am of the view that art. 2516 *C.C.L.C.* inevitably leads to the conclusion that the insurance contract never became effective. How-

de l'assurance est retardée par son défaut d'acquitter la première prime.

En l'espèce, sujet à la question de la renonciation, je suis donc d'avis que les changements intervenus dans l'assurabilité du risque avant le paiement de la première prime ont rendu caduc le contrat préalablement formé en rendant impossible l'existence concurrente des trois conditions et par conséquent, la prise d'effet de l'assurance. Je ne puis qu'être en accord avec la Cour supérieure et la Cour d'appel pour affirmer que l'assurance dont le montant est ici réclamé n'a jamais pris effet.

Les appelantes opposent à cette conclusion qu'aux termes de l'art. 2485 *C.c.B.-C.*, l'assuré n'a l'obligation de divulguer que dans la mesure où l'assureur le lui demande. Je cite cet article tel qu'il apparaissait à l'époque:

2485. Le preneur, de même que l'assuré si l'assureur le demande, doit déclarer toutes les circonstances connues de lui qui sont de nature à influencer sensiblement un assureur raisonnable dans l'établissement de la prime, l'appréciation du risque ou la décision de l'accepter. [Je souligne.]

Dans notre affaire, l'assureur n'a aucunement questionné l'assuré sur son état de santé lorsque la première prime a été payée. L'assureur, soutiennent les appelantes, ne pourrait donc mettre aujourd'hui en question l'assurabilité du risque pour cette période.

À cela il faut répondre que la condition de maintien de l'assurabilité posée à l'art. 2516 *C.c.B.-C.* est objective et indépendante de l'obligation générale de divulgation par ailleurs prévue par l'art. 2485 *C.c.B.-C.* Il est entendu que le preneur qui retarde le paiement de la première prime au point où l'assurabilité du risque s'en trouve modifiée a tout avantage à en aviser l'assureur, car son contrat devient caduc par le fait objectif du changement dans l'assurabilité du risque. Mais cela ne signifie aucunement que l'assuré ait quelque obligation supplémentaire de divulguer ou l'assureur de questionner. Je ne vois donc aucun mérite à cette objection.

En conséquence, je suis d'avis que l'art. 2516 *C.c.B.-C.* force à conclure que le contrat d'assurance n'a jamais pris effet. Cette disposition

ever, as this provision is only of relative public order (art. 2500 *C.C.L.C.*), the insurer was free to waive its application in favour of the policyholder or the beneficiary. The appellants argued that the respondent had in fact made such a waiver in the case at bar.

B. Waiver

The appellants argue that here the insurer waived the application of art. 2516 *C.C.L.C.* in the policyholder's favour by its actions and by the effect of the stipulations in the contract. In their submission the fact that the insurer accepted the \$1,000 payment and allocated it to payment of a premium which it regarded as payable as of May 6, together with the fact of the delivery, without any reservation of the policy when the insurer knew that it was to be assigned as security, should amount to a waiver by the insurer of its right to require that the insurability remain unchanged beyond May 6, 1977. Besides, they say, the policy is dated May 6 and this should correspond to the time from which the risk is insured. Here again, I cannot subscribe to this proposition.

I would first point out that the date of May 6 is described in the contract as a [TRANSLATION] "reference date". It is the reference date of a contract for a specific period of five years: it means that the contract will end on May 6, 1982. Further, it corresponds here to the time when the application was accepted and accordingly indicates when the insurance came into effect, as determined by art. 2516 *C.C.L.C.*; but this date does not by itself determine when the contract came into effect; it is also necessary to read the relevant passage of the insurance application contained in the policy, which is as follows:

[TRANSLATION] . . . the policy shall not come into force until it has been delivered and the initial premium paid in full within the applicant's lifetime and, except in the case of a life annuity, provided that the applicant's health is still the same as described in the application.

As the appellants point out, this clause is without effect in so far as it is less favorable to the policyholder than art. 2516 *C.C.L.C.* No one disputes, for example, that the reference to delivery of the policy cannot have any effect here. As to the remainder, however, the wording seems essentially

n'étant cependant que d'ordre public relatif (art. 2500 *C.c.B.-C.*), il était loisible à l'assureur de renoncer à son application en faveur du preneur ou du bénéficiaire. Les appelantes soutiennent que l'intimée y a effectivement renoncé en l'espèce.

B. La question de la renonciation

Les appelantes avancent que l'assureur a ici renoncé à l'application de l'art. 2516 *C.c.B.-C.* en faveur du preneur par son comportement et par l'effet des stipulations du contrat. Selon elles, le fait que l'assureur ait accepté le versement de 1 000 \$ et l'ait affecté au paiement d'une prime qu'il considérait comme payable à compter du 6 mai, de même que le fait de la livraison, sans mise en garde, de la police dont l'assureur savait qu'elle allait être cédée en garantie, devraient équivaloir à une renonciation par l'assureur de son droit d'exiger le maintien de l'assurabilité au delà du 6 mai 1977. Au surplus, la police est datée du 6 mai, ce qui devrait, disent-elles, correspondre au moment à partir duquel le risque est assuré. Encore ici, je ne puis souscrire à cette proposition.

Je précise d'abord que la date du 6 mai est qualifiée dans le contrat de «date de référence». Il s'agit de la date de référence d'un contrat à durée déterminée de cinq ans; elle signifie que le contrat se terminera le 6 mai 1982. En outre, elle correspond ici au moment de l'acceptation de la proposition et indique en conséquence celui de la prise d'effet de l'assurance tel qu'il est fixé par l'art. 2516 *C.c.B.-C.* Mais cette date ne détermine pas à elle seule la mise en vigueur du contrat; il faut lire également le passage pertinent de la proposition d'assurance comprise dans la police, qui est le suivant:

. . . la police n'entrera en vigueur que lorsqu'elle aura été livrée et la première prime payée en entier du vivant du candidat et sauf s'il s'agit de rente viagère alors que l'état de santé de ce dernier est encore le même que celui décrit dans la proposition.

Comme le soulignent les appelantes, cette clause est sans effet dans toute la mesure où elle est moins favorable au preneur que l'application de l'art. 2516 *C.c.B.-C.* Personne ne conteste, par exemple, que la référence à la livraison de la police ne saurait avoir ici quelque effet. Mais pour le

to impose the same conditions as art. 2516 C.C.L.C., and while the language is somewhat different, it should be given a construction consistent with the provisions of that article.

Be that as it may, it is not necessary to determine here precisely the actual scope of the clause. This clause of the contract indicates the parties' intent, even if in certain respects it may be deprived of its binding force: that intent is of course conclusive on the question of waiver. The content of the clause categorically excludes any intent to waive.

4. Disposition

For these reasons I would dismiss the appeal and affirm the decision of the Court of Appeal, with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Grondin, Poudrier, Bernier, Québec; de Grandpré, Godin, Montréal.

Solicitors for the respondent: Leduc, LeBel, Montréal; André Gagnon, Québec.

reste, le libellé semble poser en substance les mêmes conditions que l'art. 2516 C.c.B.-C. et si les termes en sont quelque peu différents, ils devraient recevoir une interprétation assujettie aux prescriptions de cet article.

Quoi qu'il en soit, il n'est pas nécessaire ici de déterminer avec précision la portée effective de la clause. Cette clause du contrat indique en effet l'intention des parties même si elle peut à certains égards être privée de son effet obligatoire; cette intention est bien sûr déterminante sur la question de la renonciation. Or le contenu de cette clause s'oppose catégoriquement à toute volonté de renonciation.

4. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la décision de la Cour d'appel, avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes: Grondin, Poudrier, Bernier, Québec; de Grandpré, Godin, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Leduc, LeBel, Montréal; André Gagnon, Québec.

Elijah Anton Askov, Ralph Hussey, Samuel Gugliotta and Edward Melo *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ASKOV

File No.: 20560.

1990: March 23; 1990: October 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Delay of almost two years in bringing case to trial following committal — Delay resulting chiefly from institutional problems — Whether right to be tried within reasonable time infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

Appellants were charged with conspiracy to commit extortion in November 1983. A, H and M were also charged with several related offences and detained in custody for almost six months before being released on recognizances. G was released on a recognizance shortly after his arrest. All counsel agreed on a date early in July 1984 for the preliminary hearing, but it could not be completed until September. A trial was then set for the first available date, in October 1985. The case could not be heard during that session, and was put over for trial to September 1986, almost two years after the preliminary hearing. When the trial finally began, appellants moved to stay the proceedings on the ground that the trial had been unreasonably delayed. The trial judge found that the major part of the delay following appellants' committal stemmed from institutional problems and granted the stay. The Court of Appeal found: (1) no misconduct on the part of the Crown; (2) no indication of any objection by the appellants to any of the adjournments; and (3) no evidence of any actual prejudice to the appellants. It accordingly set aside the stay and directed that the trial proceed.

* Chief Justice at the time of hearing.

** Chief Justice at the time of judgment.

Elijah Anton Askov, Ralph Hussey, Samuel Gugliotta et Edward Melo *Appellants*

c.

a Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. ASKOV

N° du greffe: 20560.

b 1990: 23 mars; 1990: 18 octobre.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de près de deux ans entre l'envoi au procès et le procès — Délai principalement dû à des problèmes institutionnels — Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable a-t-il été violé? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

Les appellants ont été accusés, en novembre 1983, de complot en vue de commettre une extorsion. A, H et M ont aussi été accusés d'un certain nombre d'autres infractions connexes et incarcérés pendant près de six mois avant d'être remis en liberté sur engagements. G a été remis en liberté sur engagement peu après son arrestation. Tous les avocats ont convenu d'une date au début de juillet 1984 pour la tenue de l'enquête préliminaire, mais l'enquête n'a pu être terminée qu'en septembre. Le procès a été fixé à la première date disponible, en octobre 1985. La cause n'a pu être entendue pendant cette session et le procès a été reporté en septembre 1986, près de deux ans après l'enquête préliminaire. Quand le procès a enfin débuté, les appelants ont demandé l'arrêt des procédures parce que le procès n'avait pas été tenu dans un délai raisonnable. Le juge du procès a conclu que la plus grande partie du délai, après l'envoi des appelants à leur procès, résultait de problèmes institutionnels et il a accordé l'arrêt des procédures. La Cour d'appel a conclu que: (1) il n'y avait pas eu de faute de la part du ministère public; (2) il n'y avait pas d'indication d'opposition quelconque des appelants à l'un ou l'autre des ajournements; et (3) il n'existait pas de preuve de préjudice réel aux appelants. Elle a donc infirmé l'ordonnance d'arrêt des procédures et ordonné la tenue du procès.

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

** Juge en chef à la date du jugement.

Held: The appeal should be allowed and a stay of proceedings directed.

Per Dickson C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ.: Under s. 11(b) of the *Charter*, any person charged with an offence has the right to be tried within a reasonable time and this right, like other specific s. 11 guarantees, is primarily concerned with an aspect of fundamental justice guaranteed by s. 7. The primary aim of s. 11(b) is to protect the individual's rights and to protect fundamental justice for the accused. A community or societal interest, however, is implicit in the section in that it ensures, first, that law breakers are brought to trial and dealt with according to the law and, second, that those on trial are treated fairly and justly. A quick resolution of the charges also has important practical benefits, since memories fade with time, and witnesses may move, become ill or die. Victims, too, have a special interest in having criminal trials take place within a reasonable time, and all members of the community are entitled to see that the justice system works fairly, efficiently and with reasonable dispatch. The failure of the justice system to do so inevitably leads to community frustration with the judicial system and eventually to a feeling of contempt for court procedures.

The court should consider a number of factors in determining whether the delay in bringing the accused to trial has been unreasonable: (1) the length of the delay; (2) the explanation for the delay; (3) waiver; and (4) prejudice to the accused. The longer the delay, the more difficult it should be for a court to excuse it, and very lengthy delays may be such that they cannot be justified for any reason. Delays attributable to the Crown will weigh in favour of the accused. Complex cases, however, will justify delays longer than those acceptable in simple cases. Systemic or institutional delays will also weigh against the Crown. When considering delays occasioned by inadequate institutional resources, the question of how long a delay is too long may be resolved by comparing the questioned jurisdiction to others in the country. The comparison of similar and thus comparable districts must always be made with the better districts, not the worst. The comparison need not be too precise or exact; rather, it should look to the appropriate ranges of delay in determining what is a reasonable limit. In all cases it will be incumbent upon the Crown to show that the institutional delay in question is justifiable. Certain actions of the accused, on the other hand, will justify delays. A waiver by the accused

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et l'arrêt des procédures ordonné.

Le juge en chef Dickson et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory: En vertu de l'al. 11b) de la *Charte*, tout inculpé a le droit d'être jugé dans un délai raisonnable et ce droit, comme les autres droits garantis en vertu de l'art. 11, vise principalement un aspect de la justice fondamentale garantie en vertu de l'art. 7. L'alinéa 11b) a principalement pour objet de protéger les droits individuels et de garantir la justice fondamentale aux accusés. Il comporte aussi implicitement un droit collectif ou social en ce qu'il assure, d'abord, que ceux qui transgressent la loi seront traduits en justice et traités selon la loi et, ensuite, que les personnes appelées à subir leur procès seront traitées avec justice et équité. Il y a aussi des avantages pratiques à une décision rapide sur les accusations, puisque le souvenir des événements s'estompe avec le temps et que les témoins peuvent déménager, tomber malades ou mourir. Les victimes ont aussi un intérêt spécial à ce que les procès criminels aient lieu dans des délais raisonnables et tout citoyen est en droit de s'attendre à ce que le système de justice fonctionne de façon équitable, efficace et avec une célérité raisonnable. Le défaut du système judiciaire de fonctionner ainsi amène inévitablement la société à douter du système de justice et, en fin de compte, à mépriser les procédures judiciaires.

Le tribunal doit tenir compte d'un certain nombre de facteurs pour décider si le délai est déraisonnable: (1) la longueur du délai; (2) l'explication du délai; (3) la renonciation; et (4) le préjudice subi par l'accusé. Plus le délai est long, plus il doit être difficile au tribunal de l'excuser; il peut être impossible de justifier des délais extrêmement longs. Les délais imputables au ministère public sont comptés en faveur de l'accusé. Toutefois des affaires complexes justifient des délais plus longs que ceux qui seraient acceptables dans une affaire simple. Les délais systémiques ou institutionnels sont imputés au ministère public. Lorsqu'on examine les délais causés par le manque de ressources institutionnelles, on détermine ce qu'est un délai excessif en comparant le ressort en cause à d'autres ressorts au Canada. La comparaison avec d'autres districts semblables et donc comparables doit toujours se faire avec les meilleurs districts et non avec les pires. Il n'est pas nécessaire que la comparaison soit précise ou exacte; il faut plutôt tenir compte d'ordres de grandeur appropriés pour déterminer ce que serait une limite raisonnable. Par ailleurs, certains actes de l'accusé peuvent justifier des délais. La renonciation de l'accusé sera une justification du délai, mais elle doit

of his rights will justify delay, but the waiver must be informed, unequivocal and freely given to be valid.

Here, the delay of almost two years following the preliminary hearing was clearly excessive and unreasonable. The Crown did not show that the delay did not prejudice the appellants, and nothing in the case was so complex or inherently difficult as to justify a lengthy delay. This trial was to be heard in a judicial district notorious for the time required to obtain a trial date and figures from comparable districts demonstrate that the situation there is unreasonable and intolerable.

Per McLachlin J.: Cory J.'s reasons were agreed with and comments were made on the process of determining whether a trial has been unreasonably delayed. Section 11(b) is designed to serve the interests of society generally, as well as those of the accused and the prosecution. Two elements must be assessed under s. 11(b): the length of the delay, and its reasonableness. If the delay is *prima facie* excessive, it is necessary to go on to consider whether it is nonetheless reasonable. Reasonableness may depend on a variety of factors, including the prejudice caused by the delay. Absent waiver, a certain prejudice in a long-delayed trial may be inferred if not rebutted by the Crown. Here, the delay was *prima facie* excessive and unreasonable and entitled the accused to the benefit of s. 11(b).

Per Sopinka J.: Cory J.'s reasons were agreed with, subject to Lamer C.J.'s comments on the purported societal interest in s. 11(b).

Per Wilson J.: Cory J.'s reasons were agreed with except on two issues. Section 11(b) of the *Charter* protects only the accused's interest in a speedy trial, not the societal interest. Nor does the section protect an accused from prejudice arising from the simple fact of being charged, but only from prejudice arising from the Crown's failure to try him or her within a reasonable time. The former is accepted as a necessary incident of our justice system. The latter is not.

Per Lamer C.J.: Cory J.'s reasons were mostly agreed with, subject to two qualifications. While society may have an interest in the functioning of the criminal justice system, this interest is not what s. 11(b) is designed to protect. Further, because of the very nature of our criminal justice system, there exists an irrebuttable presumption of prejudice to the accused from the moment the charge is laid. The accused need not demonstrate

être claire, consentie librement et faite en connaissance de cause.

En l'espèce, le délai de près de deux ans après l'enquête préliminaire est manifestement excessif et déraisonnable. Le ministère public n'a pas démontré que les délais n'ont pas causé de préjudice aux appelants et il n'y avait rien de si complexe ou de si difficile en soi qui justifiait de longs délais. Le procès devait avoir lieu dans un district judiciaire connu pour la longueur des délais nécessaires pour fixer la date d'un procès et les statistiques de districts comparables démontrent que la situation y est déraisonnable et intolérable.

Le juge McLachlin: Le juge McLachlin souscrit aux motifs du juge Cory et fait quelques observations sur la façon de déterminer si le délai à tenir le procès a été déraisonnable. L'alinéa 11b) est conçu pour servir à la fois les intérêts de l'accusé, ceux du ministère public et ceux de l'ensemble de la société. Il faut évaluer deux éléments en vertu de l'al. 11b): la longueur du délai et son caractère raisonnable. Si le délai est à première vue excessif, il faut poursuivre l'analyse et se demander s'il est raisonnable malgré sa longueur. Le caractère raisonnable du délai peut dépendre de nombreux facteurs, notamment celui du préjudice entraîné par le délai. Sauf renonciation, on peut inférer qu'un retard considérable à tenir le procès cause un certain préjudice si le ministère public n'apporte pas la preuve du contraire. En l'espèce, le délai est, à première vue, excessif et déraisonnable et il autorise les accusés à se prévaloir de l'al. 11b).

Le juge Sopinka: Le juge Sopinka souscrit aux motifs du juge Cory, tout en souscrivant aux observations faites par le juge en chef Lamer au sujet de l'intérêt de la société en regard de l'al. 11b).

Le juge Wilson: Le juge Wilson souscrit aux motifs du juge Cory, à l'exception de deux points. L'alinéa 11b) de la *Charte* protège seulement le droit de l'accusé à un procès expéditif, et non l'intérêt de la société. Cet alinéa ne protège pas non plus l'accusé contre le préjudice qui découle du simple fait de l'inculpation, mais il le protège contre le préjudice qui découle du défaut du ministère public de le faire juger dans un délai raisonnable. Le premier est une conséquence nécessaire de notre système de justice, le deuxième ne l'est pas.

Le juge en chef Lamer: Le juge en chef Lamer souscrit en grande partie aux motifs du juge Cory, sous réserve de deux points. S'il se peut que la société ait un intérêt dans l'efficacité du système de justice criminelle, l'al. 11b) n'a pas pour objet de protéger cet intérêt. De plus, en raison de la nature même de notre système de justice criminelle, il existe une présomption irréfragable de préjudice pour l'accusé dès l'instant que l'accusation

any further manifestations of prejudice beyond the kind presumed in order to establish an infringement of s. 11(b).

Cases Cited

By Cory J.

Considered: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120; **referred to:** *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972); *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97; *Re Regina & Beason* (1983), 7 C.C.C. (3d) 20; *R. v. Heaslip* (1983), 9 C.C.C. (3d) 480; *R. v. Dennis* (1984), 14 D.L.R. (4th) 205; *R. v. Belton* (1982), 3 C.C.C. (3d) 427; *R. v. Perry* (1984), 14 C.C.C. (3d) 5; *Re Kott & The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 317; *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41; *Park v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 64.

By McLachlin J.

Referred to: *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972).

By Wilson J.

Distinguished: *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972); **referred to:** *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588.

By Lamer C.J.

Considered: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; **referred to:** *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 11(b), (d), (h), 24.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 599.
United States Constitution, Sixth Amendment.

Authors Cited

Howland, W. G. C. "Reports on the Administration of Justice in Ontario on the Opening of the Courts for 1990" (1990), 24 *L. Soc. Gaz.* 5.

Zuber, T. G. *Report of the Ontario Courts Inquiry*. Toronto: Queen's Printer, 1987.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1987), 37 C.C.C. (3d) 289, 60 C.R. (3d) 277, 33 C.R.R. 319, 22 O.A.C. 299, setting aside the stay of proceedings granted by Judge Bolan. Appeal allowed.

est déposée. L'accusé n'est pas tenu de faire la preuve d'aucune autre manifestation du préjudice que celui qui est présumé pour prouver la violation de l'al. 11b).

Jurisprudence

a

Citée par le juge Cory

Arrêts examinés: *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 1120; **arrêts mentionnés:** *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972); *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97; *Re Regina & Beason* (1983), 7 C.C.C. (3d) 20; *R. v. Heaslip* (1983), 9 C.C.C. (3d) 480; *R. v. Dennis* (1984), 14 D.L.R. (4th) 205; *R. v. Belton* (1982), 3 C.C.C. (3d) 427; *R. v. Perry* (1984), 14 C.C.C. (3d) 5; *Re Kott & The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 317; *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41; *Park c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 64.

d

Citée par le juge McLachlin

Arrêt mentionné: *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972).

Citée par le juge Wilson

Distinction d'avec l'arrêt: *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972); **arrêt mentionné:** *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588.

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt examiné: *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; **arrêt mentionné:** *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 11b), d), h), 24.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 599.
Constitution des États-Unis, Sixième amendement.

h

Doctrine citée

Howland, W. G. C. «Reports on the Administration of Justice in Ontario on the Opening of the Courts for 1990» (1990), 24 *L. Soc. Gaz.* 5.

Zuber, T. G. *Rapport de l'enquête sur le fonctionnement des tribunaux de l'Ontario*. Toronto: Imprimeur de la Reine, 1987.

i

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1987), 37 C.C.C. (3d) 289, 60 C.R. (3d) 277, 33 C.R.R. 319, 22 O.A.C. 299, qui a infirmé une ordonnance d'arrêt des procédures prononcée par le juge Bolan. Pourvoi accueilli.

Michael Code, for the appellant Askov.

Clayton Ruby, for the appellant Hussey.

David McCombs and *David E. Harris*, for the appellant Gugliotta.

Joseph Bloomenfeld, for the appellant Melo.

W. Brian Trafford, Q.C., and *Susan Chapman*, for the respondent.

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

CORY J.—Section 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provides that any person charged with an offence has the right to be tried within a reasonable time. What constitutes an unreasonable delay of a trial must be determined on this appeal. In order to reach a conclusion it will be necessary to consider and apply criteria or factors which should be used to ascertain if a delay is unreasonable and in particular, to consider the consequences of so-called institutional delays.

Factual Background

All the appellants, Askov, Hussey, Melo and Gugliotta, were charged with conspiracy to commit extortion against Peter Belmont. As well, Askov, Hussey and Melo were jointly charged with the offences of possession of a prohibited weapon, possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace, pointing a firearm and assault with a weapon. Hussey was also charged with criminal negligence in the operation of a motor vehicle.

Peter Belmont operated an agency in Montréal which supplied “exotic” dancers to licensed premises in Ontario. He had once been in the business of supplying dancers to establishments in the Toronto region and wished to do so again. The appellant Melo had by then established himself as the supplier of exotic dancers in that district. As a result of his intrusion into what had become Melo’s preserve, Belmont alleged that he was harassed by the appellants. He said he had been requested by them to pay a large commission for the privilege of operating in Toronto. Belmont

Michael Code, pour l’appelant Askov.

Clayton Ruby, pour l’appelant Hussey.

David McCombs et *David E. Harris*, pour l’appelant Gugliotta.

Joseph Bloomenfeld, pour l’appelant Melo.

W. Brian Trafford, c.r., et *Susan Chapman*, pour l’intimée.

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

LE JUGE CORY—L’alinéa 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* prescrit qu’un inculpé a le droit d’être jugé dans un délai raisonnable. Il nous faut en l’espèce nous prononcer sur ce qui constitue un délai déraisonnable pour un procès. Pour y parvenir, il nous faudra déterminer les critères ou facteurs qui doivent servir à décider si un délai est déraisonnable dans un cas donné et, en particulier, examiner les conséquences des délais dits institutionnels.

Les faits

Tous les appelants, soit Askov, Hussey, Melo et Gugliotta, ont été accusés de complot en vue de commettre une extorsion contre Peter Belmont. De plus, Askov, Hussey et Melo ont été accusés ensemble des infractions de possession d’une arme prohibée, de possession d’arme dans un dessein dangereux pour la paix publique, d’avoir braqué une arme à feu sur quelqu’un et d’agression armée. Hussey a de plus été inculpé de négligence criminelle dans l’utilisation d’un véhicule à moteur.

Peter Belmont exploitait à Montréal une agence qui fournissait des danseuses «exotiques» à des débits de boissons alcooliques en Ontario. Il avait déjà fourni des danseuses à des établissements de la région de Toronto et voulait recommencer à le faire. L’appelant Melo s’était alors fait connaître comme fournisseur de danseuses exotiques dans ce district. Par suite de son intrusion dans ce qui était devenu le territoire de Melo, Belmont a soutenu qu’il avait été victime de harcèlement de la part des appelants. Il a affirmé que ceux-ci lui avaient demandé de payer une grosse commission pour le

informed the police of the threats that had been made to him. As part of their investigation into these allegations, the police assigned an undercover officer to act as driver and bodyguard for Belmont.

Belmont and his "bodyguard" met the appellants at a bar in Hamilton on November 5, 1983. At this meeting Belmont refused the suggestion that he would pay a 50 per cent commission to Melo and Gugliotta for his operations in the Toronto area. On November 12 Belmont and his bodyguard visited a tavern in Concord, Ontario. When they left they were pursued and stopped by a vehicle driven by Hussey with Melo and Askov as passengers. Melo and Askov, brandishing a sawed-off shotgun and a knife, got out of their car, came over to Belmont and threatened him.

Luckily for Belmont, the police had the area under surveillance and were monitoring the events as they occurred. They quickly moved in and arrested Melo and Askov at the scene. Hussey fled in the car, but later turned himself in to the police and was charged on November 14. Gugliotta was apprehended on November 30.

It is necessary to set out the proceedings following the arrest in some detail. The appellants Melo, Askov and Hussey were initially denied bail. They were detained in custody for almost six months. On May 7, 1984, they were each ordered to be released on a recognizance of \$50,000. Gugliotta was released on December 2, 1983 shortly after his arrest on a recognizance of \$20,000. The terms of release for all the appellants involved reporting to the police and abstention from communicating with their co-accused. These conditions were varied from time to time to permit more freedom of movement for the appellants. All the applications which were made for more lenient bail conditions were granted. Nonetheless, the appellants remained under considerable restraint.

privilege d'exercer son activité à Toronto. Belmont a informé la police des menaces qui lui avaient été faites. Dans le cadre de son enquête sur ces allégations, la police a fait intervenir un agent banalisé qui se prétendait le chauffeur et garde du corps de Belmont.

Belmont et son «garde du corps» ont rencontré les appelants dans un bar, à Hamilton, le 5 novembre 1983. À cette rencontre, Belmont a refusé de verser une commission de 50 p. 100 que Melo et Gugliotta lui demandaient pour ses opérations dans la région de Toronto. Le 12 novembre, Belmont et son garde du corps sont allés à un débit de boissons alcooliques de Concord, en Ontario. Quand ils en sont repartis, ils ont été poursuivis et interceptés par un véhicule conduit par Hussey qui était accompagné de Melo et Askov. Ces derniers sont sortis de la voiture en brandissant un fusil de chasse au canon tronçonné et un couteau et se sont approchés de Belmont en le menaçant.

Heureusement pour Belmont, la police surveillait le secteur et tout ce qui se passait. Les policiers sont arrivés très rapidement et ont arrêté Melo et Askov sur le fait. Hussey s'est enfui en voiture, mais s'est par la suite livré à la police et a été inculpé le 14 novembre. Gugliotta a été appréhendé le 30 novembre.

Il est nécessaire de relater certains détails du déroulement des procédures qui ont suivi l'arrestation. Tout d'abord, le cautionnement a été refusé aux appelants Melo, Askov et Hussey. Ils ont été gardés en détention pendant près de six mois. Le 7 mai 1984, ils ont tous été remis en liberté sur engagement de 50 000 \$. Gugliotta a été remis en liberté le 2 décembre 1983, peu après son arrestation, sur un engagement de 20 000 \$. Les conditions de la remise en liberté des appelants comportait l'obligation de se présenter à la police et l'interdiction de communiquer avec leurs coaccusés. Ces conditions ont été modifiées à plusieurs occasions pour donner plus de liberté de mouvement aux appelants. Toutes les demandes faites pour alléger les conditions de leur cautionnement ont été acceptées. Néanmoins, les appelants sont restés assujettis à des restrictions importantes.

Askov was re-arrested on an unrelated charge on October 1, 1984.

With three of the accused in custody, the Crown, in a commendable manner, was prepared as soon as December 1983 to set an early date for the preliminary hearing. However, at the request of the appellants the matter was put over to February 14, 1984 when all counsel agreed on a date in the first week of July for the preliminary hearing to be held. At this time it was specifically indicated that an earlier date could be arranged if a request was made by the appellants, but none was forthcoming. When the preliminary hearing commenced on July 4, 1984, it could not be completed because another preliminary had been set for a later day in the same week. As a result, the preliminary hearing could not be completed until September 21, 1984, some ten months after the arrests.

On October 1, 1984, the appellants appeared before Judge Keenan presiding in the assignment court. A trial date was set for the first available date which was October 15, 1985, more than a year away and nearly two years from the date of the initial arrests. Despite what seems far too lengthy a delay, an earlier date could not be set due to other cases which had priority either because the accused was in custody or because the offence date was earlier than that of the case at bar. On October 25, 1985, when it was apparent that the case simply could not be heard during that session, counsel for all the appellants and the Crown appeared and the case was put over for trial to September 2, 1986. When the trial finally began on that date, counsel for the appellants moved to stay the proceedings on the grounds that the trial had been unreasonably delayed. The stay was granted by order of Judge Bolan, the senior judge of the District Court of the Judicial District of Peel. The Crown appealed the order of Bolan Dist. Ct. J. to the Court of Appeal, which set aside the stay and directed that the trial proceed.

Askov a été arrêté de nouveau le 1^{er} octobre 1984 sur une accusation étrangère à celles de l'espèce.

a

Alors que trois des accusés étaient en détention, le ministère public, et c'est à son honneur, était prêt dès décembre 1983 à fixer une date rapprochée pour l'enquête préliminaire. Cependant, à la demande des appelants, l'affaire a été reportée au 14 février 1984, date à laquelle tous les avocats ont convenu de la première semaine de juillet comme date de l'enquête préliminaire. À ce moment, on a expressément mentionné qu'il était possible de fixer une date plus rapprochée si les appelants en faisaient la demande, mais ils ne l'ont pas fait. Quand l'enquête préliminaire a commencé le 4 juillet 1984, elle n'a pu être terminée parce qu'une autre enquête préliminaire avait été prévue la même semaine. L'enquête préliminaire n'a donc pu être terminée avant le 21 septembre 1984, soit dix mois environ après les arrestations.

e

Le 1^{er} octobre 1984, les appelants ont comparu devant le juge Keenan, qui présidait à la fixation du rôle. Le procès a été fixé à la première date disponible, c'est-à-dire au 15 octobre 1985, plus d'un an plus tard et presque deux ans après les arrestations initiales. Malgré ce qui paraissait un délai beaucoup trop long, il était impossible de fixer une date plus rapprochée puisque d'autres affaires avaient priorité soit parce que l'accusé était incarcéré soit parce que les infractions dataient d'avant celles de l'espèce. Le 25 octobre 1985, quand il est devenu évident que la cause ne pourrait être entendue pendant la session en cours, les avocats des appelants et le ministère public ont de nouveau comparu et le procès a alors été fixé au 2 septembre 1986. Quand le procès a enfin débuté à cette date, les avocats des appelants ont demandé l'arrêt des procédures parce que le procès n'avait pas été tenu dans un délai raisonnable. Le juge Bolan, juge principal de la Cour de district du district judiciaire de Peel, a accueilli cette requête. Le ministère public a interjeté appel à la Cour d'appel qui a annulé l'ordonnance d'arrêt des procédures et ordonné la tenue du procès.

The Positions of the Courts Below*The District Court*

Bolan Dist. Ct. J., presiding at the trial, found that a period of 34 months to bring a case to trial was *prima facie* excessive. He stated:

... two years in bringing a case to trial once it is in District Court is too long, unless, of course, there are exceptional circumstances. And in this case, there are none.

He noted that a portion of the delay prior to the committal of the appellants was attributable to them and did not take into consideration any delay prior to the committal for trial. He found that the major part of the balance of the delay was the result of institutional problems. He found the delays to be unreasonable and attributable to a "chronic shortage of institutional resources in the Judicial District of Peel". He observed:

I am satisfied that the reason for the delay was caused by the insufficient institutional resources in the Judicial District of Peel. Even if more judges had been available for the jury sittings of October 15, 1985, there would have been no courtrooms in which to hold the trials. It is obvious that this jurisdiction lacks sufficient resources to meet the demands and administer the criminal justice system with minimal delay. This has caused a systematic delay in the administration of justice. It was this way when I came here in 1981 and it continues to be this way today [September 1986]. Even this month cases which are to be set for trial are set for September and October of 1987. Those responsible for the proper administration of justice have known about this systematic delay for at least five years; yet nothing has been done about it.

In my view there has been an unreasonable delay in bringing this case on for trial and the delay has been caused by the chronic shortage of institutional resources in the Judicial District of Peel.

Bolan Dist. Ct. J. found that the appellants had not waived their right to a trial within a reasonable time. While no objections to the delay had earlier been raised by appellants' counsel, he determined that consent to a delay and hence waiver could not be inferred from their silence. Further, even if they had insisted upon their rights, the institutional limitations on trials could not have been overcome.

Les décisions des juridictions inférieures*La Cour de district*

Le juge Bolan, qui présidait le procès, a estimé qu'un délai de 34 mois pour arriver à la tenue du procès était, à première vue, excessif:

[TRADUCTION] ... deux ans pour arriver à la tenue du procès après l'inscription de la cause en Cour de district est un délai excessif à première vue, à moins de circonstances exceptionnelles. Il n'y en a pas en l'espèce.

Il a souligné qu'une partie du délai antérieur à l'envoi des appelants à leur procès leur était imputable et il n'a pas tenu compte du temps écoulé avant l'envoi à procès. Il a conclu que pour le reste la plus grande partie du délai résultait de problèmes institutionnels. Il a jugé les délais déraisonnables et imputables à [TRADUCTION] «un manque chronique de ressources institutionnelles dans le district judiciaire de Peel». Il a fait remarquer ceci:

[TRADUCTION] Je suis convaincu que la cause des délais est l'insuffisance des ressources institutionnelles dans le district judiciaire de Peel. Même s'il y avait eu d'autres juges disponibles pour les procès avec jury le 15 octobre 1985, il n'y aurait pas eu de salle d'audience disponible pour tenir les procès. Il est manifeste que ce district judiciaire n'a pas les ressources nécessaires pour satisfaire aux exigences de l'administration de la justice criminelle sans retards indûs. Cette situation a créé un retard systémique dans l'administration de la justice. C'était le cas quand je suis arrivé ici en 1981 et la situation reste la même aujourd'hui [septembre 1986]. Ce mois-ci encore, les dates de procès sont fixées pour septembre et octobre 1987. Les responsables de la bonne administration de la justice sont au courant de ces retards systémiques depuis au moins cinq ans; mais rien n'a été fait à ce sujet.

À mon avis, il y a eu des délais déraisonnables avant le début du procès en l'espèce et ces délais dépendent du manque chronique de ressources institutionnelles dans le district judiciaire de Peel.

Le juge Bolan a conclu que les appelants n'avaient pas renoncé à leur droit d'être jugés dans un délai raisonnable. Il a statué que, même si les avocats des appelants n'avaient pas soulevé d'objection aux délais plus tôt, leur silence ne permettait pas de déduire pour autant qu'il y avait eu acquiescement au délai et donc renonciation de leur part. De plus, même s'ils avaient fait valoir

On each occasion the earliest possible trial dates had been allotted to them. Even if an earlier date had been given to them, it could only have been accomplished at the expense of another accused waiting for trial.

The trial judge also found that the appellants had been prejudiced by the delay on the basis of the six months spent in custody by three of the appellants and as well by the restrictive conditions imposed by the orders for interim release.

The Court of Appeal

In carefully considered reasons, the Court of Appeal reviewed the decisions of this Court in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, and in *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588. From those cases were derived the factors which it considered should be taken into consideration and they were applied to the case at bar. The Court of Appeal decided that the appellants' rights under s. 11(b) had not been infringed. It found (1) that there was no misconduct on the part of the Crown resulting in the delay or any part of it; (2) that there was no indication of any objection by any of the appellants to any of the adjournments; (3) that there was no evidence of any actual prejudice to the appellants caused by the delay. This conclusion was reached primarily on the basis that any hardship that may have existed in the bail terms was cured when the orders were varied whenever such a request was made by the appellants.

The Court of Appeal found that "perhaps the most important factor" in reaching its decision that there had been no breach of the *Charter* was the conduct of the appellants when the final adjournment was granted and the last trial date set. At that time, although some of the appellants announced that they were ready to proceed on the first scheduled date, not any of them objected to the one year adjournment and no allegation that any prejudice had been suffered as a result of the delay was advanced. In the opinion of the Court of Appeal the appellants should have objected to this

leurs droits, les limites institutionnelles relatives aux procès n'auraient pu être contournées. À chaque occasion, la date attribuée pour le procès était la plus rapprochée possible. Même si on leur avait attribué une date de procès plus rapprochée, elle n'aurait pu être respectée qu'au détriment d'un autre accusé en attente de procès.

Le juge du procès a aussi conclu que les délais avaient causé un préjudice aux appelants puisque trois d'entre eux étaient restés en détention pendant six mois et qu'en outre ils étaient restés assujettis à des restrictions imposées par les ordonnances de remise en liberté provisoire.

La Cour d'appel

Dans des motifs soigneusement rédigés, la Cour d'appel a analysé les arrêts de notre Cour *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, et *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588. De ces deux arrêts, elle a tiré les facteurs à prendre en considération et les a appliqués à l'espèce. La Cour d'appel a statué que les droits garantis aux appelants par l'al. 11b) n'avaient pas été violés. Elle a conclu que (1) il n'y avait pas eu de faute de la part du ministère public qui ait entraîné les délais ou certains de ceux-ci; (2) il n'y avait pas d'indication d'opposition quelconque de l'un ou l'autre des appelants à l'un ou l'autre des ajournements; (3) aucune preuve n'indiquait que les délais aient causé un préjudice réel aux appelants. Cette conclusion s'appuyait surtout sur le motif que, si les conditions de remise en liberté étaient sévères, on les avait atténuées par les modifications successives des ordonnances en accordant toutes les requêtes présentées par les appelants.

La Cour d'appel a conclu que [TRADUCTION] «le facteur qui a probablement le plus influencé» sa décision qu'il n'y avait pas eu de violation de la *Charte* était le comportement des appelants à l'occasion du dernier ajournement et de la dernière fixation de date pour le procès. Ce jour-là, bien que certains des appelants aient mentionné qu'ils étaient prêts à subir leur procès à la date la plus proche qui pourrait être fixée, aucun d'eux ne s'était opposé à la remise d'une année ni n'avait allégué avoir subi un préjudice en raison du délai. Selon la Cour d'appel, les appelants auraient dû

delay even if they thought such an objection was futile. It was found that the silence seemed to be a deliberate move aimed at concealing the intention of the appellants to seek the *Charter*-based remedy of a stay later in the proceedings. The Court determined that there had been no breach of the *Charter* right to a trial within a reasonable time and as a result it was unnecessary to consider the appropriate remedy which might have been ordered pursuant to s. 24 of the *Charter*.

It is significant that the opinion of the Court of Appeal, as to the most important factor in the decision, was based upon an incomplete transcript of the day's proceedings before the Assignment Court Judge.

Judicial Consideration of the Principle of Providing a Trial Within a Reasonable Time

The United States

In the United States the Sixth Amendment ensures that "[i]n all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial". The United States Supreme Court considered the issue in *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972). In that case Barker, who was charged with murder, was brought to trial five years after the murder was committed. The delay was caused by the necessity of trying an accomplice beforehand. This prerequisite trial was extremely complicated; the accomplice was tried no less than six times. During this ongoing process, Barker initially had agreed to continuances or adjournments. He only began to assert his right to a speedy trial three and one-half years after the charges were laid.

The court held that a flexible approach should be taken to cases involving delay and that the multiple purposes or aims of the Sixth Amendment must be appreciated. Powell J., giving the reasons for the court, recognized the general concern that all persons accused with crimes should be treated according to fair and decent procedures. He particularly noted that there were three individual interests which the right was designed to protect. They were:

s'opposer à cette remise, même s'ils pensaient qu'une telle objection serait vaine. La Cour a conclu que ce silence semblait être une manœuvre délibérée des appelants pour cacher leur intention de demander l'arrêt des procédures en application de la *Charte*. La cour a conclu qu'il n'y avait pas eu de violation du droit garanti par la *Charte* à un procès dans un délai raisonnable de sorte qu'il était inutile de déterminer quelle était la réparation convenable à accorder en vertu de l'art. 24 de la *Charte*.

Il est important de noter que l'avis de la Cour d'appel, au sujet du facteur le plus important de sa décision, était fondé sur une transcription incomplète des procédures lors de la fixation du rôle.

Analyse judiciaire du principe de la tenue de procès dans des délais raisonnables

Les États-Unis

Aux États-Unis, le Sixième amendement prescrit que [TRADUCTION] «[d]ans toutes les poursuites criminelles, l'accusé a droit à un jugement expéditif et public». La Cour suprême des États-Unis a examiné la question dans l'arrêt *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972). Dans cette affaire, le procès de Barker, qui était inculpé de meurtre, avait commencé cinq ans après la perpétration du meurtre. Le délai était attribuable à la nécessité de tenir le procès de son complice au préalable. Ce procès préalable était extrêmement compliqué et le complice avait subi six procès. Pendant toutes ces procédures, Barker avait d'abord donné son consentement aux remises et ajournements. Il n'avait commencé à faire valoir son droit à un procès rapide que trois ans et demi après le dépôt des accusations.

La cour a statué qu'il fallait adopter une attitude souple dans les cas de délais et qu'il fallait tenir compte des multiples objets du Sixième amendement. Le juge Powell, au nom de la cour, a reconnu le souci qu'il faut avoir de traiter toute personne accusée d'un crime selon des procédures équitables et raisonnables. Il a plus précisément noté que ce droit vise à protéger trois intérêts d'ordre individuel:

- (i) to prevent oppressive pre-trial incarceration;
- (ii) to minimize the anxiety and concern of the accused; and
- (iii) to limit the possibility that the defence will be impaired or prejudiced.

However, Powell J. went on to observe that unlike other constitutional rights which only have an individual interest, the right to a speedy trial involved the added dimension of a societal interest. He found that a delay could result in increased financial cost to society and as well, could have a negative effect upon the credibility of the justice system. Further, it was noted that a delay could work to the advantage of the accused. For example, the fostering of a delay could become a defence tactic designed to take advantage of failing memories or missing witnesses or could permit the accused to manipulate the system in order to bargain for a lesser sentence. Specifically, he stated at p. 521 that the right to a speedy trial was:

... a more vague concept than other procedural rights. It is, for example, impossible to determine with precision when the right has been denied. We cannot definitely say how long is too long in a system where justice is supposed to be swift but deliberate. As a consequence, there is no fixed point in the criminal process when the State can put the defendant to the choice of either exercising or waiving the right to a speedy trial.

In order to balance the individual right and the communal aspect of the Sixth Amendment, the U.S. Supreme Court adopted an approach of *ad hoc* balancing "in which the conduct of both the prosecution and the defendant are weighed" (p. 530). The balancing is undertaken by reference to four factors identified by Powell J. as the test for infringement of the right to a "speedy trial". They are as follows:

- (i) the length of the delay;
- (ii) the reason for the delay;
- (iii) the accused's assertion of the right; and
- (iv) prejudice to the accused.

The first factor is the triggering mechanism or threshold determination of the excessiveness of the

- (i) éviter une incarcération oppressive avant le procès;
- (ii) diminuer le plus possible l'angoisse et les soucis causés à l'accusé;
- (iii) réduire la possibilité que les droits de la défense soient touchés ou mis en péril;

Cependant, le juge Powell a fait remarquer ensuite qu'à la différence d'autres droits constitutionnels qui ont uniquement une dimension individuelle, le droit à un procès rapide avait aussi une dimension sociale. Il a conclu que les délais peuvent occasionner des frais financiers supplémentaires à la société en plus d'avoir un effet négatif sur le crédit de l'administration de la justice. De plus, il a souligné que les délais peuvent bénéficier à l'accusé. Par exemple, la défense peut favoriser les retards dans le but de profiter de l'affaiblissement des souvenirs des témoins, ou même de leur absence, ou encore pour exploiter le système dans le but de négocier une peine moins sévère. Le juge dit expressément, à la p. 521, que le droit à un procès expéditif est:

[TRADUCTION] ... une notion plus vague que les autres garanties d'ordre procédural. Par exemple, il est impossible de dire avec précision quand ce droit a été enfreint. Nous ne pouvons certainement pas dire exactement quel délai est excessif dans un système de justice qui est censé être rapide mais réfléchi. En conséquence, il n'y a pas de moment précis, dans le processus criminel, où l'État pourrait mettre le défendeur en demeure de choisir entre exercer son droit à un procès dans un délai raisonnable ou y renoncer.

Pour trouver un équilibre entre le droit individuel et la dimension collective du Sixième amendement, la Cour suprême des États-Unis a opté pour une analyse cas par cas [TRADUCTION] «où la conduite de la poursuite ainsi que celle du défendeur sont soupesées» (p. 530). L'analyse se fait selon quatre facteurs définis par le juge Powell formant le critère permettant de déterminer s'il y a eu atteinte au droit à un procès «expéditif». Ce sont:

- (i) la durée du délai;
- (ii) la raison du délai;
- (iii) la revendication de son droit par l'accusé;
- (iv) le préjudice subi par l'accusé.

Le premier facteur est le mécanisme de déclenchement ou le seuil à partir duquel il y a lieu de se

delay. If that delay appears *prima facie* excessive, the Court must then consider the three remaining factors to determine whether the accused has been deprived of the Sixth Amendment right.

Position in Canada Subsequent to the Passing of the Charter

Immediately following the passage of the *Charter*, the approach taken by the U.S. Supreme Court in *Barker v. Wingo*, *supra*, was widely approved and adopted. See *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.), *Re Regina & Beason* (1983), 7 C.C.C. (3d) 20 (Ont. C.A.), *R. v. Heaslip* (1983), 9 C.C.C. (3d) 480 (Ont. C.A.) and *R. v. Dennis* (1984), 14 D.L.R. (4th) 205 (N.W.T.C.A.). However, that approach was not universally followed: see e.g. *R. v. Belton* (1982), 3 C.C.C. (3d) 427 (Man. C.A.), *R. v. Perry* (1984), 14 C.C.C. (3d) 5 (N.B.C.A.), and *Re Kott & The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 317 (Que. C.A.).

Mills v. The Queen

The issue was first considered by this Court in *Mills v. The Queen*, *supra*. Lamer J. in his dissenting reasons called into question the appropriateness of adopting the American approach in the Canadian setting.

In that case the preliminary inquiry was not begun until 19 months after the arrest and one month after the proclamation of the *Charter*. Mills moved for a stay based on the contention that the rights guaranteed to him under s. 11(b) of the *Charter* had been infringed. The Crown conceded that ten months of the delay was due to its negligence. The outcome of the case turned upon the resolution of the question whether the court conducting a preliminary inquiry was a "court of competent jurisdiction" so as to empower a provincial court judge to hear and determine *Charter* questions. This Court was unanimously of the view that a provincial court judge sitting on a preliminary hearing was not a court of competent jurisdiction capable of granting a remedy under s. 24(1). The majority further expressed the opinion that such a provincial court judge was not even capable of determining under s. 24(1) whether a

demander si le délai est excessif. Si ce délai est à première vue excessif, la cour doit examiner les trois autres facteurs pour savoir si l'accusé a été privé du droit que lui confère le Sixième

^a amendement.

État de la question au Canada depuis l'adoption de la Charte

Immédiatement après l'adoption de la *Charte*, la démarche adoptée par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Barker v. Wingo*, précité, a été largement approuvée et suivie. Voir *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.), *Re Regina & Beason* (1983), 7 C.C.C. (3d) 20 (C.A. Ont.), *R. v. Heaslip* (1983), 9 C.C.C. (3d) 480 (C.A. Ont.) et *R. v. Dennis* (1984), 14 D.L.R. (4th) 205 (C.A.T.N.-O.). Cette démarche n'a cependant pas été suivie de façon universelle: voir par exemple, *R. v. Belton* (1982), 3 C.C.C. (3d) 427 (C.A. Man.), *R. v. Perry* (1984), 14 C.C.C. (3d) 5 (C.A.N.-B.), et *Re Kott & The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 317 (C.A. Qué.).

^e *Mills c. La Reine*

Notre Cour a analysé la question pour la première fois dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, précité. Dans ses motifs de dissidence, le juge Lamer a mis en doute l'opportunité d'adopter la démarche américaine dans le contexte canadien.

Dans cette affaire, l'enquête préliminaire n'avait débuté que 19 mois après l'arrestation de l'appelant et un mois après l'entrée en vigueur de la *Charte*. Mills avait demandé l'arrêt des procédures pour le motif que ses droits garantis par l'al. 11(b) de la *Charte* n'avaient pas été respectés. Le ministre public a admis que, sur le délai total, un retard de dix mois était imputable à sa propre négligence. La solution du litige dépendait de la réponse à la question de savoir si le tribunal qui procédait à l'enquête préliminaire était «un tribunal compétent» de sorte qu'un juge de la cour provinciale serait habilité à entendre et à trancher des demandes fondées sur la *Charte*. Notre Cour a statué à l'unanimité qu'un juge de cour provinciale n'était pas un «tribunal compétent» habilité à accorder une réparation en vertu du par. 24(1). Notre Cour a aussi décidé, à la majorité, qu'un juge de cour provinciale n'était pas habilité, en

Charter violation had occurred for the purpose of excluding evidence pursuant to s. 24(2). The minority would have granted such power to the provincial court judge.

In his dissenting reasons, Lamer J., as he then was, with Dickson C.J. concurring, set forth the basis for determining whether or not the delay of a trial was unreasonable. Although he favoured a flexible balancing test, he rejected the approach taken in *Barker v. Wingo, supra*. His difference with the reasoning in that case was grounded on the proposition that in the context of the Canadian *Charter*, the s. 11(b) right was by its very nature an individual right and that the provision did not have a collective or societal dimension. It was his opinion that the societal interest in prompt and effective prosecution of criminal cases found no expression in s. 11(b), although that interest may have been incidentally satisfied by the provision. At page 918 he stated:

... the fundamental purpose of s. 11(b) is to secure, within a specific framework, the more extensive right to liberty and security of the person ... The purpose of s. 11(b) can, in other words, be ascertained by reference to s. 7 of the *Charter* ... Hence, the focus for the analysis and proper understanding of s. 11(b) must be the individual, his or her interests and the limitation or infringement of those interests.

It was his opinion that the "liberty interest" inherent in s. 11(b) addresses the protection of the physical freedom of the accused against unduly lengthy pre-trial detention. The "security of the person interest" recognizes the need for the protection of more than just the physical integrity of the accused thereby providing a safeguard against "overlong subjection to the vexations and vicissitudes of a pending criminal accusation". These vexations were described as the "stigmatization of the accused, loss of privacy, stress and anxiety resulting from a multitude of factors, including possible disruption of family, social life and work, legal costs, uncertainty as to the outcome and sanction". In Lamer J.'s opinion all these are strictly individual rights. Any societal interest in a fair trial and any prejudice to the accused's ability to make full answer and defence as a result of

vertu du par. 24(1), à décider s'il y avait eu violation de la *Charte* afin de déterminer s'il fallait exclure des éléments de preuve en vertu du par. 24(2). Les juges de la minorité auraient accordé ce pouvoir à un juge de la cour provinciale.

Dans ses motifs de dissidence, le juge en chef Lamer, alors juge puîné, avec l'appui du juge en chef Dickson, a établi les critères qui servent à déterminer si le délai à tenir le procès est déraisonnable. Bien que préconisant un critère souple de pondération, il a rejeté la démarche suivie dans l'arrêt *Barker v. Wingo*, précité. Son désaccord avec le raisonnement suivi dans cet arrêt tenait au motif que, dans le cadre de la *Charte* canadienne, le droit garanti en vertu de l'al. 11b) était, de par sa nature, un droit individuel et que la disposition n'avait pas de dimension sociale ou collective. Il estimait que l'al. 11b) ne reflétait pas l'intérêt de la société à la poursuite prompte et efficace des affaires criminelles bien que la disposition puisse indirectement promouvoir cet intérêt. Il dit à la p. 918:

... l'objet fondamental de l'al. 11b) est d'assurer, dans une structure précise, le droit plus étendu à la liberté et à la sécurité de la personne [...] Le but de l'al. 11b) peut, en d'autres termes, être découvert en se référant à l'art. 7 de la *Charte* [...] Ainsi l'analyse et la bonne compréhension de l'al. 11b) doivent avoir comme point focal l'individu, ses intérêts et leur limitation ou les atteintes dont ils font l'objet.

À son avis, le «droit à la liberté» inhérent à l'al. 11b) visait la protection de la liberté physique de l'accusé contre une détention indûment prolongée avant le procès. Le «droit à la sécurité de la personne» reconnaissait la nécessité de protéger plus que l'intégrité physique de l'accusé et accordait donc une protection contre «un assujettissement trop long aux vexations et aux vicissitudes d'une accusation criminelle pendante». On a dit que ces vexations comprennent «la stigmatisation de l'accusé, l'atteinte à la vie privée, la tension, l'angoisse résultant d'une multitude de facteurs, y compris éventuellement les perturbations de la vie familiale, sociale et professionnelle, les frais de justice, et l'incertitude face à l'issue et face à la peine». De l'avis du juge Lamer, il s'agissait de droits strictement personnels. Tout intérêt de la société à un procès juste et toute atteinte à la

delay was, in his opinion, embodied in the s. 11(d) right to a fair trial.

As a result of this expressed view of the purpose of s. 11(b), Lamer J. developed a different balancing test than that set out in *Barker v. Wingo*. Since there was no need to balance any interest of society, the test did not need to take into account the conduct of the parties, particularly that of the accused. As well, actual prejudice to the accused did not need to be considered, as actual prejudice is also a component of society's interest in a fair trial. For Lamer J. the four factors to be considered in determining the reasonableness of any given delay were the following:

- (i) the growing impairment of the interests of the accused by the passage of time;
- (ii) any waiver of a time period;
- (iii) the time requirements inherent in the nature of the case and
- (iv) institutional resources.

He noted that the impairment of the liberty interest of the individual accused can be easily ascertained where there is pre-trial detention or the release of the accused pending trial is made subject to bail conditions. With regard to the impairment of the security of the person, Lamer J. found that an objective standard was needed to avoid placing the burden of demonstrating subjective suffering on the accused. The proper approach in his view was to recognize that the potential for prejudice arising from delay forms the basis of the right, but at the same time to acknowledge that actual prejudice need not be and indeed is not relevant to establishing a s. 11(b) violation. This position is the basis for the following two propositions which are set forth at p. 926:

First, prejudice is part of the rationale for the right and is assured by the very presence of s. 11(b) in the *Charter*. Consequently, there exists an irrebuttable presumption that, as of the moment of the charge, the accused suffers a prejudice the guarantee is aimed at limiting, and that the prejudice increases over time.

Second, actual prejudice is, therefore, irrelevant when determining unreasonable delay. Actual prejudice will,

capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière en raison du délai à tenir le procès étaient, à son avis, réalisés dans le droit à un procès équitable garanti par l'al. 11d).

^a Après avoir exprimé cet avis quant à l'objet de l'al. 11b), le juge Lamer a établi un critère de pondération différent de celui de l'arrêt *Barker v. Wingo*. Puisqu'il n'était pas nécessaire de mettre en balance un droit de la société, le critère n'exigeait pas de tenir compte de la conduite des parties, notamment de celle de l'accusé. De même, il n'était pas nécessaire de tenir compte du préjudice réel subi par l'accusé puisque le préjudice était une composante de l'intérêt de la société à un procès équitable. Pour le juge Lamer, les quatre facteurs à considérer pour juger si un délai était excessif étaient:

- ^a (i) l'accroissement de l'atteinte aux intérêts de l'inculpé en fonction de l'écoulement du temps;
- (ii) la renonciation à invoquer certaines périodes dans le calcul;
- ^e (iii) les délais inhérents à la nature de l'affaire;
- (iv) les ressources institutionnelles.

^f Il a souligné que l'atteinte au droit à la liberté de l'accusé peut facilement se vérifier lorsqu'il y a détention avant procès ou mise en liberté sous cautionnement assortie de conditions. Pour ce qui a trait à l'atteinte au droit à la sécurité de la personne, le juge Lamer a conclu qu'il fallait avoir recours à une norme objective pour éviter d'imposer à l'accusé le fardeau de prouver qu'il a subjectivement subi un préjudice. La bonne démarche consiste, selon lui, à reconnaître que la possibilité de préjudice en raison des délais constitue le fondement du droit, tout en admettant qu'il n'est ni nécessaire ni utile de prouver le préjudice réel pour établir qu'il y a eu violation de l'al. 11b). Cette opinion est le fondement des deux propositions ⁱ suivantes qu'il énonce à la p. 926:

En premier lieu, le préjudice constitue l'une des raisons d'être du droit et il découle de la présence même de l'al. 11b) dans la *Charte*. En conséquence, il existe une présomption irréfragable que, dès l'inculpation, l'inculpé subit un préjudice que la garantie cherche à limiter, et ce préjudice s'accroît avec le temps.

En second lieu, l'existence d'un préjudice réel est donc sans pertinence lorsqu'il s'agit de déterminer que le délai

however, be relevant to a determination of appropriate relief Prejudice to the liberty and security of the person, the former objectively ascertainable and the latter presumed, must be kept to a minimum if the presumption of innocence is to be respected.

On the question of waiver, Lamer J. at p. 928 expressed the opinion that “[d]elay which is requested, caused by, or consented to, by the accused should normally be excluded from consideration” except in circumstances where the accused’s delay was caused by a previous state delay, that is to say a key defence witness had moved during the period of a delay caused by the Crown. It was emphasized that silence on the part of an accused is not sufficient to constitute a waiver. Rather, it must be expressed and informed.

With regard to inherent time requirements, it was the view of Lamer J. that the resolution of the issue should be based upon a determination of the period normally required for the preparation and completion of a particular case. That time was to be based upon the assumption that adequate institutional resources and facilities were available. Then having regard to the number and complexities of the charges and the number of accused, a comparison should be made between the “normal” period and the actual delay in the particular case.

Lastly, on the matter of institutional delay, Lamer J. recognized that in Canada great deference must be given to the decisions made by regional authorities regarding the local situation resulting from the wide differences which exist between jurisdictions in their terrain, including differences in population and financial resources. However, that deference must have some limitations. If some reasonable limits were not imposed, the lack of institutional resources could all too easily become an ever present excuse for allowing prolonged and unacceptable delays in those jurisdictions which had past histories of long delays. To take such an approach would legitimize both current and future delays. It was said that the appropriate gauge for comparison should be those jurisdictions that have good records for prompt trials and fewer indications of systemic delays. These

est déraisonnable. L’existence d’un préjudice réel deviendra toutefois pertinente lorsqu’il s’agira de trouver la réparation appropriée [. . .] Les atteintes à la liberté et à la sécurité de la personne, l’une déterminable objectivement et l’autre présumée, doivent être réduites au minimum si la présomption d’innocence doit être respectée.

Au sujet de la renonciation, le juge Lamer à la p. 928 exprime l’avis que «[l]e délai demandé, causé ou accepté par le prévenu devrait normalement être exclu de l’évaluation» sauf dans les circonstances où un délai imputable à l’accusé résulte d’un délai antérieur dû à l’État, par exemple lorsqu’un témoin à décharge important a déménagé pendant le délai imputable à la poursuite. Il a souligné que le silence de l’accusé ne peut à lui seul constituer une renonciation. Au contraire, la renonciation doit être expresse et éclairée.

Pour ce qui est des délais inhérents à la nature de l’affaire, le juge Lamer était d’avis que la réponse à cette question dépendait du temps normalement nécessaire pour la préparation et la constitution d’un dossier donné. Il faut évaluer ce délai en présumant qu’il existe des ressources et des moyens institutionnels adéquats. Compte tenu alors du nombre et de la complexité des accusations et du nombre d’accusés, il faut comparer le temps réellement écoulé dans une affaire donnée au temps «normalement» nécessaire.

Enfin, au sujet des délais institutionnels, le juge Lamer reconnaît qu’au Canada il faut largement tenir compte des décisions prises par les autorités régionales en ce qui a trait à la situation locale, en raison de la grande diversité des conditions d’une juridiction à l’autre, notamment pour ce qui est de la population et des ressources financières. Cependant, il y a des limites à cela, car s’il n’y en avait pas, la pénurie de ressources institutionnelles deviendrait trop facilement l’excuse universelle à des délais prolongés et inacceptables dans les juridictions connues pour de longs délais. Adopter cette attitude aurait pour effet de légitimer les délais déjà courus et les délais futurs. Le point de comparaison à appliquer est celui des délais des juridictions qui donnent les meilleurs exemples de diligence et présentent moins d’indications de délais systémiques. Ces juridictions sont la norme

jurisdictions would provide the appropriate standard because they had obviously balanced the demands of the system and the allocation of the available resources in order to administer criminal justice with a minimal delay.

In order to give the governments of those jurisdictions which required time to allocate resources to speed the trial of criminal actions, Lamer J. would provide for a "transitional period". During this period courts could more readily excuse delays caused by institutional limitations. Such a transitional period was found to be necessary in light of the finality of the remedy of the stay of proceedings.

Wilson J., also in dissent on the jurisdictional issue, accepted the general analysis set out by Lamer J. pertaining to s. 11(b) except with regard to the issue of prejudice. She was of the opinion that there should be no irrebuttable presumption of prejudice. Rather, actual prejudice was a factor to be considered in each case. She put forward her position in these words at p. 967:

What the accused has to demonstrate under s. 11(b), in my opinion, is that he has suffered an impairment of his liberty and security interests as a result of the Crown's failure to bring him to trial within a reasonable time, not as a result of the Crown's having charged him.

She expressed the view that this requirement flows from a "fair trial" interest which is in certain contexts more apposite to an analysis under s. 11(b) than s. 11(d). That is to say, it is implicit in her reasons that one of the underlying goals of s. 11(b) is a collective interest in ensuring that delays do not impair fair trials and more specifically that the accused should not be deprived by the delay of the right to make full answer and defence. Such a deprivation would result in a prejudice flowing from the delay itself and not from the mere fact of being charged with a criminal offence. Therefore, in her view, a stay should be granted only in those cases where the delay actually prejudiced the accused or adversely affected the ability of an accused to obtain a fair trial.

appropriée parce qu'ils ont manifestement réussi à trouver un équilibre entre les exigences du système et la répartition des ressources disponibles afin d'administrer la justice criminelle avec le minimum de délais.

Afin de laisser aux gouvernements de ces juridictions le temps nécessaire pour mettre en place des ressources qui permettraient d'accélérer les procès en matière criminelle, le juge Lamer avait prévu une «période de transition», pendant laquelle les tribunaux pourraient expliquer plus aisément les délais occasionnés par les restrictions institutionnelles. Cette période de transition a été jugée nécessaire en raison du caractère définitif de la réparation sous forme d'arrêt des procédures.

Le juge Wilson, qui était aussi dissidente sur la question de la compétence, a souscrit à l'analyse générale proposée par le juge Lamer au sujet de l'al. 11b), sauf sur la question du préjudice. Elle était d'avis qu'il ne devrait pas y avoir de présomption irréfragable de préjudice. Le préjudice réel serait plutôt un facteur à considérer dans chaque cas. Elle a exprimé son avis dans les termes suivants, à la p. 967:

Selon moi, ce que l'inculpé doit établir aux fins de l'al. 11b) est une violation de ses intérêts en matière de liberté et de sécurité parce que le ministère public ne lui a pas fait subir son procès dans un délai raisonnable et non pas parce que le ministère public l'a inculpé.

Selon le juge Wilson, cette exigence découlait du droit à «un procès équitable» qui dans certains contextes s'applique mieux à une analyse en vertu de l'al. 11b) qu'en vertu de l'al. 11d). En d'autres termes, il ressort implicitement de ses motifs qu'un des objets sous-jacents de l'al. 11b) est l'intérêt collectif à ce que les délais ne nuisent pas à l'équité des procès et, plus précisément, à ce que les délais ne privent pas l'accusé du droit de présenter une défense pleine et entière. L'atteinte à ce droit emporterait un préjudice qui viendrait du délai lui-même et non du simple fait que l'accusé ait été inculpé d'un acte criminel. Donc, selon le juge Wilson, l'arrêt des procédures ne devrait être ordonné que dans les cas où le délai a réellement nui à l'accusé ou à sa capacité d'avoir un procès équitable.

R. v. Rahey

The Court next examined the application of s. 11(b) in *R. v. Rahey, supra*. Rahey was charged with six counts of making false returns in his income tax forms and one count of wilful income tax evasion. His trial before a provincial court judge began six months after he was charged. In the 11-month period which followed the closing of the Crown's case there were no fewer than 19 adjournments, all initiated by the trial judge. For nine of these adjournments, Rahey made no objection. When the judge ordered further adjournments, he contended that they constituted a violation of his s. 11(b) *Charter* rights. He brought an application to stay before the Supreme Court of Nova Scotia and later an appeal to this Court where a stay of proceedings was granted.

Four judges delivered written reasons. Lamer J., with Dickson C.J. concurring, restated his position in *Mills*, but extended the "transitional period" to include the period up to the issuance of the reasons in *Rahey*. Wilson J., with Estey J. concurring, maintained her position set forth in *Mills* and referred again to the necessity of focussing on the prejudice resulting from the unreasonable delay and not upon the prejudice flowing from the charge. Le Dain J., with Beetz J. concurring, supported the approach taken by the U.S. Supreme Court in *Barker v. Wingo* and by the Ontario Court of Appeal in *Beason and Heaslip*. He agreed with Wilson J. that the "fair trial" interests are a part of the s. 11(b) *Charter* rights. Le Dain J. would have required that the accused show *prima facie* unreasonableness before the Court proceeded to the second step of investigating the reasons for delay and the third step of determining whether there was actual prejudice to the accused. La Forest J., with McIntyre J. concurring, adopted a position that fell between the approaches of Wilson J. and Lamer J. He recognized that the fair trial interest was a consideration to be taken into account and as a result that prejudice to the accused does not arise automatically.

R. c. Rahey

Notre Cour a ensuite analysé l'application de l'al. 11b) dans l'arrêt *R. c. Rahey*, précité. Rahey avait été inculpé sous six chefs de faux dans ses déclarations d'impôts sur le revenu et sous un chef d'avoir volontairement éludé le paiement d'impôt. Son procès devant un juge de la cour provinciale avait débuté six mois après le dépôt des accusations. Pendant les 11 mois qui avaient suivi la présentation de la preuve de la poursuite, il y avait eu au moins 19 ajournements, tous imposés par le juge du procès. Rahey n'avait pas soulevé d'opposition à neuf de ces remises. Quand le juge a imposé d'autres ajournements, Rahey a soutenu qu'ils constituaient une violation de ses droits en vertu de l'al. 11b) de la *Charte*. Il a présenté une requête en arrêt des procédures à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse et puis un pourvoi en notre Cour, qui a ordonné l'arrêt des procédures.

Quatre juges ont rédigé des motifs. Le juge Lamer, avec l'appui du juge en chef Dickson, a réaffirmé l'avis qu'il avait exprimé dans l'arrêt *Mills*, mais en prolongeant la «période de transition» jusqu'au dépôt des motifs de l'arrêt *Rahey*. Le juge Wilson, avec l'appui du juge Estey, a réaffirmé l'avis qu'elle avait exprimé dans l'arrêt *Mills* et a rappelé la nécessité de tenir compte du préjudice découlant du délai déraisonnable et non du préjudice découlant de l'accusation. Le juge Le Dain, avec l'appui du juge Beetz, a adopté la démarche suivie par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Barker v. Wingo* et par la Cour d'appel de l'Ontario dans les arrêts *Beason* et *Heaslip*. Il était d'accord avec le juge Wilson pour dire, que le droit à un «procès équitable» fait aussi partie des droits conférés par l'al. 11b) de la *Charte*. Le juge Le Dain aurait exigé de l'accusé la preuve *prima facie* du caractère déraisonnable du délai avant que la Cour aborde la deuxième étape, qui comporte l'examen des causes du délai, et la troisième étape, qui consiste à déterminer si l'accusé a subi un préjudice réel. Le juge La Forest, avec l'appui du juge McIntyre, a adopté une position moyenne entre celles des juges Wilson et Lamer. Il a reconnu que le droit à un procès équitable était un facteur à prendre en compte et qu'en conséquence le préjudice subi par l'accusé n'existe pas automatiquement.

R. v. Conway

In *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, Conway sought to obtain from this Court a stay of proceedings to prevent a third trial which would take place more than five years after the initial charge of murder had been laid.

Conway was charged with first degree murder in connection with the stabbing death. Some 16 months after he was charged, the accused was tried and convicted of the included offence of second degree murder. An appeal was taken and one year later a new trial was directed by the Court of Appeal. It was agreed that there was no time lost during the period from the launching of the appeal until the order was given by the Court of Appeal directing a new trial. Conway then had difficulty finding a counsel to represent him at the second trial. It was conceded that the problem arose in no small part from Conway's own actions. After a long series of motions brought by Conway for adjournments and changes of venue, a second trial was held which resulted in a mistrial. At the opening of the third trial the accused applied for a stay based on abuse of process and unreasonable delay. A stay was granted by the trial judge, but overturned by the Court of Appeal.

L'Heureux-Dubé J., writing for the majority of a panel of five judges, which included Dickson C.J. and La Forest J., dismissed the appeal and rejected the stay. She held that the overall delay did not prevent the accused from obtaining a fair trial. She recognized that while there was agreement as to the general approach to be used, that is to say, that there had to be a balancing of a number of factors, there was still disagreement on what factors should be considered. She concluded that the Court should take a flexible and functional approach to the issue of delay. The factors that she found should be considered included prejudice suffered by the accused; whether or not there had been a waiver by the accused; the inherent time requirements in the trial and appeal; and the limitations on institutional resources. The critical factor in the decision was the conduct of the

R. c. Conway

Dans l'affaire *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, Conway cherchait à obtenir de notre Cour une ordonnance d'arrêt des procédures pour éviter de subir un troisième procès qui aurait lieu plus de cinq ans après la première inculpation de meurtre.

Conway avait été accusé de meurtre au premier degré à la suite d'un assassinat à coups de couteau. Environ 16 mois après son inculpation, l'accusé avait été jugé et déclaré coupable de l'infraction moindre de meurtre au deuxième degré. Il y avait eu appel et, un an plus tard, la Cour d'appel avait ordonné la tenue d'un nouveau procès. Il était reconnu qu'il n'y avait pas eu de retard entre l'inscription de l'appel et la décision de la Cour d'appel d'ordonner un nouveau procès. Conway avait alors eu des difficultés à trouver un avocat pour assurer sa défense au deuxième procès. Il était admis que les difficultés tenaient en grande partie à la conduite de Conway lui-même. Après la présentation de plusieurs demandes de remises et de changements de lieu du procès présentées par Conway lui-même, un deuxième procès avait avorté. À l'ouverture du troisième procès, l'accusé avait présenté une demande d'arrêt des procédures pour cause d'abus de procédure et de délai déraisonnable. L'ordonnance d'arrêt des procédures rendue par le juge du procès avait été infirmée par la Cour d'appel.

L'affaire a été entendue par cinq juges de notre Cour. La majorité, dont les motifs ont été rédigés par le juge L'Heureux-Dubé, avec l'appui du juge en chef Dickson et du juge La Forest, a rejeté le pourvoi et la demande d'arrêt des procédures et a statué que le délai total n'empêchait pas l'accusé d'avoir un procès équitable. Le juge L'Heureux-Dubé a reconnu que, malgré l'entente générale sur l'attitude à adopter, savoir la nécessité d'équilibrer plusieurs facteurs, il n'y avait pas encore d'unanimité sur les facteurs à considérer. Elle a conclu que la Cour devait adopter une démarche souple et fonctionnelle au sujet des délais. Selon elle, les facteurs pertinents comprenaient: le préjudice subi par l'accusé; la renonciation, le cas échéant, de la part de l'accusé; les délais inhérents au procès et à l'appel; les limites des ressources institutionnelles. Le facteur déterminant de la décision avait été la

accused Conway who was responsible for much of the delay. It was held that the rest of the delay was justified by the inherent time requirements of the case. Further, it was noted that it was impossible to conclude that the accused had been prejudiced.

Lamer J., in separate reasons, concluded that the actions of the accused constituted a waiver during the transitional time period which he had referred to in his reasons in *Mills* and *Rahey*. Since the case was pre-*Rahey*, in his view it should be decided on the law which was applicable before the *Rahey* decision. He would therefore have refused the stay.

Sopinka J., in dissent, found that the delay was *prima facie* unreasonable. In his opinion it was incumbent on the Crown to justify the delay. He concluded that once the accused had established a *prima facie* case, the onus of proving reasonableness shifted to the Crown.

R. v. Smith

The facts in *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120, are relatively straightforward. Smith was charged with theft. The preliminary inquiry could not be scheduled until over a year had passed from the time he was charged. The institutional reasons which caused this delay arose from the scheduling of the preliminary hearing for four days in August, at a time when the provincial court judges were on holiday. The preliminary hearing could not be rescheduled until late in December because the investigating officer was unavailable before that date. Once again the scheduled December date came within a holiday period for provincial court judges and a further adjournment was required. When the case finally came to trial, an application was brought for a stay which was granted.

In this Court, Sopinka J., writing for all members of the Court, upheld the stay. He recognized that there was still a considerable disagreement as to the factors that should be taken into account on the balancing process and also with regard to the composition of the constituent components of the

conduite même de Conway à qui une grande partie du retard était attribuable. On a conclu que les autres délais étaient justifiés par les exigences en temps inhérentes à l'affaire. De plus, on a conclu qu'il était impossible d'affirmer que l'accusé avait subi un préjudice quelconque.

Le juge Lamer, dans des motifs distincts, a conclu que la conduite de l'accusé constituait une renonciation pendant la période de transition dont il avait fait état dans ses motifs des arrêts *Mills* et *Rahey*. Puisque l'affaire était antérieure à l'arrêt *Rahey*, il fallait, d'après lui, décider en fonction du droit applicable avant l'arrêt *Rahey*. Il aurait donc refusé l'arrêt des procédures.

Le juge Sopinka, dissident, a conclu que le délai était à première vue excessif. À son avis, il incombe au ministère public de justifier le délai. Il a conclu que, dès que l'accusé avait établi une preuve *prima facie*, le fardeau de prouver le caractère raisonnable du délai passait au ministère public.

R. c. Smith

Les faits de l'affaire *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 1120, sont assez simples. Smith avait été accusé de vol. L'enquête préliminaire n'avait pu être fixée avant plus d'un an de la date du dépôt de l'accusation. Les causes institutionnelles de ce délai tenaient à ce que l'enquête préliminaire avait été prévue pour quatre jours au mois d'août, une période pendant laquelle les juges de la cour provinciale sont en vacances. L'enquête préliminaire ne pouvait avoir lieu ensuite avant la fin de décembre parce que l'agent enquêteur n'était pas disponible avant cela. Encore une fois, la date établie pour la fin de décembre tombait pendant un congé de juges de la cour provinciale de sorte qu'il a fallu reporter encore la tenue de l'enquête préliminaire. Lorsque l'affaire était enfin arrivée à l'étape du procès, on avait présenté une demande d'arrêt des procédures qui avait été acceptée.

Notre Cour, à l'unanimité, a confirmé l'arrêt des procédures. Le juge Sopinka qui a rédigé les motifs a reconnu qu'il existait encore beaucoup d'avis divergents quant aux facteurs à considérer dans le processus de pondération et quant aux composantes de la notion de préjudice. Cependant,

prejudice issue. However, he was of the view that the problem did not have to be dealt with in light of the facts of the case. Rather, using the “flexible and functional” approach set forth in *Conway*, the case could be readily decided “on the basis of principles that have been accepted in” *Mills*, *Rahey* and *Conway*. At page 1131, he identified the four factors that must be weighed under this approach:

- (1) the length of the delay;
- (2) the reason for the delay, including limits on institutional resources and the inherent time requirements of the case;
- (3) waiver of time periods; and,
- (4) prejudice to the accused.

Sopinka J. duly noted that there was disagreement among members of the Court as to how these factors were to be weighed in the balancing process and as well as to the constituent components of the fourth factor, namely prejudice to the accused.

On the facts of *Smith*, Sopinka J. determined that the length of time was longer than could be justified particularly in light of the cause of the delays. He found that there had been no waiver by the accused and that there were no institutional limitations which could justify the delay. On the issue of prejudice to the accused, he stated at pp. 1138-39:

Having found that the delay is substantially longer than can be justified on any acceptable basis, it would be difficult indeed to conclude that the appellant's s. 11(b) rights have not been violated because the appellant has suffered no prejudice. In this particular context, the inference of prejudice is so strong that it would be difficult to disagree with the view of Lamer J. in *Mills* and *Rahey* that it is virtually irrebuttable. It is a more difficult question in contexts in which greater resort is made to this factor because the case is otherwise closer to the line. In such circumstances, the accused may wish to bolster the presumption that there is prejudice by leading evidence that there has been unusual prejudice by reason of special circumstances. On the other hand, the Crown may wish to assert that a delay which is not excessively beyond the norm should be excused because there has been minimal prejudice. Should the accused or the Crown in such circumstances be precluded from arguing or leading evidence to show what the actual

il était d'avis qu'il n'était pas nécessaire de trancher la question en fonction des circonstances de cette affaire particulière. Si l'on avait recours à la démarche «souple et fonctionnelle» préconisée dans l'arrêt *Conway*, il était facile de décider le pourvoi «en fonction des principes acceptés dans les arrêts *Mills*, *Rahey* et *Conway*. À la page 1131, il mentionne les quatre facteurs à évaluer en vertu de cette démarche:

- (1) la durée du délai;
- (2) la raison du délai, notamment les limites des ressources institutionnelles et les délais inhérents à la nature de l'affaire;
- (3) la renonciation à invoquer certaines périodes dans le calcul; et
- (4) le préjudice causé à l'accusé.

Le juge Sopinka a signalé les divergences de vues chez les juges de la Cour sur la façon d'évaluer ces facteurs dans le processus de pondération et sur les composantes du quatrième facteur, soit le préjudice subi par l'accusé.

Vu les faits de l'affaire *Smith*, le juge Sopinka décide que le temps écoulé était plus long que ce qui pouvait être justifié, compte tenu notamment de la cause des délais. Il a conclu que l'accusé n'avait pas renoncé à son droit et qu'il n'y avait pas de restrictions institutionnelles qui justifiaient ce délai. Quant au préjudice subi par l'accusé, il dit, aux pp. 1138 et 1139:

Après avoir constaté que le délai est beaucoup plus long que ce qui peut être justifié de quelque façon acceptable, il serait vraiment difficile de conclure qu'il n'y a pas eu violation des droits que l'al. 11(b) garantit à l'appelant parce que celui-ci n'a subi aucun préjudice. Dans ce contexte particulier, la présomption de préjudice est si forte qu'il serait difficile de ne pas partager l'opinion, exprimée par le juge Lamer dans les arrêts *Mills* et *Rahey*, selon laquelle elle est pratiquement irréfragable. La question est plus difficile à trancher dans les cas où l'on recourt davantage à ce facteur parce que, autrement, il s'agit d'un cas limite. Dans de telles circonstances, l'accusé peut vouloir appuyer la présomption qu'il y a préjudice en présentant des éléments de preuve selon lesquels un préjudice inhabituel a été causé en raison de circonstances spéciales. Par ailleurs, le ministère public peut vouloir soutenir qu'il ne faudrait pas lui reprocher un délai qui n'est pas excessivement anormal parce qu'il n'y a eu qu'un préjudice minimal.

prejudice was? This is a question that will have to be resolved, but that is not necessary to a decision in this case.

[W]hether prejudice is conclusively presumed or to be inferred, the appellant has satisfied any requirement in connection with this factor.

The foregoing review may assist in defining the factors which should be taken into consideration on an application for a stay of proceedings. However, before that step is undertaken, it is necessary to determine what may be distilled from the cases as to the purpose or aim of s. 11(b).

Purpose of s. 11(b)

I agree with the position taken by Lamer J. that s. 11(b) explicitly focusses upon the individual interest of liberty and security of the person. Like other specific guarantees provided by s. 11, this paragraph is primarily concerned with an aspect of fundamental justice guaranteed by s. 7 of the *Charter*. There could be no greater frustration imaginable for innocent persons charged with an offence than to be denied the opportunity of demonstrating their innocence for an unconscionable time as a result of unreasonable delays in their trial. The time awaiting trial must be exquisite agony for accused persons and their immediate family. It is a fundamental precept of our criminal law that every individual is presumed to be innocent until proven guilty. It follows that on the same fundamental level of importance, all accused persons, each one of whom is presumed to be innocent, should be given the opportunity to defend themselves against the charges they face and to have their name cleared and reputation re-established at the earliest possible time.

Although the primary aim of s. 11(b) is the protection of the individual's rights and the provision of fundamental justice for the accused, nonetheless there is, in my view, at least by inference, a community or societal interest implicit in s. 11(b). That community interest has a dual dimension. First, there is a collective interest in ensuring that those who transgress the law are brought to

Dans de telles circonstances devrait-on empêcher l'accusé ou le ministère public de présenter des arguments ou des éléments de preuve pour démontrer l'importance réelle du préjudice? Il s'agit d'une question qui devra être tranchée, mais il n'est pas nécessaire de la faire en l'espèce pour parvenir à une décision.

[P]eu importe que le préjudice soit présumé de façon concluante ou qu'on puisse en déduire l'existence, l'appelant a satisfait à toute exigence à ce chapitre.

L'analyse qui précède peut aider à déterminer les facteurs à considérer à l'occasion d'une demande d'arrêt des procédures. Cependant, avant d'arriver à cette étape, il est nécessaire d'analyser ce qui ressort de la jurisprudence quant à l'objet ou but de l'al. 11b).

L'objet de l'al. 11b)

Je souscris à l'avis exprimé par le juge Lamer que l'al. 11b) vise explicitement le droit individuel à la liberté et à la sécurité de la personne. Comme les autres droits garantis par l'art. 11, cet alinéa vise principalement un aspect particulier de la justice fondamentale garantie en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. Il est difficile d'imaginer pire frustration pour des personnes innocentes qui sont accusées d'une infraction que celle d'être privées pendant un temps démesurément long de la possibilité de prouver leur innocence, et cela, en raison de délais excessifs à leur faire subir leur procès. L'attente d'un procès doit être un supplice pour les accusés et leur famille immédiate. Il existe un précepte fondamental de notre droit criminel selon lequel toute personne est présumée innocente jusqu'à preuve de sa culpabilité. Il s'ensuit qu'il est tout aussi fondamental qu'un accusé, présumé innocent, ait la possibilité de se défendre de l'accusation portée contre lui, de se disculper et de rétablir sa réputation le plus tôt possible.

Bien que le but premier de l'al. 11b) soit la protection des droits individuels et la prestation de la justice fondamentale aux accusés, il comporte aussi implicitement, selon moi, un droit collectif ou social. Ce droit collectif a un double aspect. Premièrement, la société a un intérêt à s'assurer que ceux qui transgressent la loi soient traduits en justice et traités selon la loi. Deuxièmement, les

trial and dealt with according to the law. Second, those individuals on trial must be treated fairly and justly. Speedy trials strengthen both those aspects of the community interest. A trial held within a reasonable time must benefit the individual accused as the prejudice which results from criminal proceedings is bound to be minimized. If the accused is in custody, the custodial time awaiting trial will be kept to a minimum. If the accused is at liberty on bail and subject to conditions, then the curtailments on the liberty of the accused will be kept to a minimum. From the point of view of the community interest, in those cases where the accused is detained in custody awaiting trial, society will benefit by the quick resolution of the case either by reintegrating into society the accused found to be innocent or if found guilty by dealing with the accused according to the law. If the accused is released on bail and subsequently found guilty, the frustration felt by the community on seeing an unpunished wrongdoer in their midst for an extended period of time will be relieved.

There are as well important practical benefits which flow from a quick resolution of the charges. There can be no doubt that memories fade with time. Witnesses are likely to be more reliable testifying to events in the immediate past as opposed to events that transpired many months or even years before the trial. Not only is there an erosion of the witnesses' memory with the passage of time, but there is bound to be an erosion of the witnesses themselves. Witnesses are people; they are moved out of the country by their employer; or for reasons related to family or work they move from the east coast to the west coast; they become sick and unable to testify in court; they are involved in debilitating accidents; they die and their testimony is forever lost. Witnesses too are concerned that their evidence be taken as quickly as possible. Testifying is often thought to be an ordeal. It is something that weighs on the minds of witnesses and is a source of worry and frustration for them until they have given their testimony.

It can never be forgotten that the victims may be devastated by criminal acts. They have a special interest and good reason to expect that criminal

personnes appelées à subir leur procès doivent être traitées avec justice et équité. La tenue rapide des procès favorise ces deux aspects du droit collectif. En effet, quand le procès a lieu dans des délais raisonnables, l'accusé y gagne puisque le préjudice qui découle des procédures criminelles est normalement réduit au minimum. Si l'accusé est sous garde, la durée de l'incarcération avant le procès est réduite au minimum. Si l'accusé est en liberté sous cautionnement, mais soumis à des restrictions, l'atteinte à sa liberté est réduite au minimum. Pour ce qui est de l'intérêt collectif, quand l'accusé est détenu en attendant son procès, la société profite de la célérité avec laquelle la cause arrive à son terme soit par la réinsertion de l'accusé dans la société, s'il est reconnu innocent, soit par l'application des sanctions prévues par la loi, s'il est reconnu coupable. Si l'accusé est en liberté sous cautionnement et, plus tard, déclaré coupable, le ressentiment de la société de voir un malfaiteur impuni circuler librement pendant une longue période prend fin.

Il y a aussi des avantages pratiques à disposer rapidement des accusations. Il n'y a pas de doute que le souvenir des événements s'estompe avec le temps. Les témoins sont probablement plus fiables quand ils parlent d'événements récents plutôt que d'événements survenus plusieurs mois, voire plusieurs années, avant le procès. Le temps peut éroder non seulement la mémoire des témoins, mais aussi les témoins eux-mêmes. Les témoins sont des gens ordinaires; leur employeur peut les muter à l'étranger, leur emploi ou leur situation de famille peuvent les amener à aller vivre à l'autre bout du pays; ils peuvent tomber malades et être incapables de témoigner; ils peuvent subir des accidents graves; ils peuvent mourir et leur déposition être perdue à tout jamais. Les témoins également souhaitent déposer aussi vite que possible. Comparé comme témoin est souvent perçu comme une épreuve. La perspective du témoignage est constamment présente à l'esprit des témoins et être source d'angoisses et de frustration jusqu'au témoignage lui-même.

Il ne faut surtout pas oublier les ravages que peuvent avoir subis les victimes d'actes criminels. Elles ont un intérêt spécial et de bonnes raisons

trials take place within a reasonable time. From a wider point of view, it is fair to say that all crime disturbs the community and that serious crime alarms the community. All members of the community are thus entitled to see that the justice system works fairly, efficiently and with reasonable dispatch. The very reasonable concern and alarm of the community which naturally arises from acts of crime cannot be assuaged until the trial has taken place. The trial not only resolves the guilt or innocence of the individual, but acts as a reassurance to the community that serious crimes are investigated and that those implicated are brought to trial and dealt with according to the law.

The failure of the justice system to deal fairly, quickly and efficiently with criminal trials inevitably leads to the community's frustration with the judicial system and eventually to a feeling of contempt for court procedures. When a trial takes place without unreasonable delay, with all witnesses available and memories fresh, it is far more certain that the guilty parties who committed the crimes will be convicted and punished and those that did not, will be acquitted and vindicated. It is no exaggeration to say that a fair and balanced criminal justice system simply cannot exist without the support of the community. Continued community support for our system will not endure in the face of lengthy and unreasonable delays.

Further, implicit support for the concept that there is a societal aspect to s. 11(b) can be derived from the observation that the last thing that some wish for is a speedy trial. There is no doubt that many accused earnestly hope that the memory of a witness will fail and that other witnesses will become unavailable. This factor was noted by the Honourable T. G. Zuber in his *Report of the Ontario Courts Inquiry* (1987), at p. 73:

It is, however, the observation of this Inquiry that those accused of crime and their counsel are often disinterested in trial within a reasonable time. Delay is perceived not as a factor which will impair the ability of the accused to present a defence but rather a factor which will erode the case for the prosecution.

d'espérer que les procès criminels auront lieu dans des délais raisonnables. D'un point de vue plus général, il est juste de dire que tout crime trouble la société et que les crimes graves l'effraient. Tout citoyen est donc en droit de s'attendre à ce que le système de justice fonctionne de façon équitable, efficace et avec une célérité raisonnable. Les justes craintes que provoquent les actes criminels dans la société ne peuvent être apaisées tant que le procès n'a pas eu lieu. En plus de déterminer la culpabilité ou l'innocence de l'accusé, le procès donne à la société l'assurance que les crimes graves font l'objet d'enquêtes et que ceux qui les commettent sont traduits en justice et traités selon la loi.

Le défaut de la part du système judiciaire de tenir les procès criminels avec équité, rapidité et efficacité amène inévitablement la société à douter du système de justice et, en fin de compte, à mépriser les procédures judiciaires. Quand le procès a lieu dans un délai raisonnable, alors que tous les témoins sont disponibles et ont les événements frais à la mémoire, il est beaucoup plus probable que les auteurs des crimes soient déclarés coupables et punis et les innocents disculpés et acquittés. Il ne serait pas excessif de dire qu'il ne peut y avoir de système équitable et équilibré de justice criminelle sans le soutien de la collectivité. Le soutien apporté par la collectivité au système judiciaire ne saurait durer indéfiniment si les délais excessifs sont la règle de ce système.

On peut trouver un autre appui à l'affirmation que l'al. 11b) a une dimension sociale dans la constatation qu'un procès expéditif est la dernière chose que certains souhaitent. Il est certain que de nombreux accusés souhaitent ardemment la défaillance de la mémoire de certains témoins ou l'impossibilité de les faire témoigner. L'honorable T. G. Zuber aborde ce point dans le *Rapport de l'enquête sur le fonctionnement des tribunaux de l'Ontario* (1987), à la p. 76:

Cette enquête a pu observer, cependant, que les personnes accusées de crimes et leur avocat ne sont souvent pas pressés d'obtenir un procès dans un délai raisonnable. Le délai est perçu non pas comme un obstacle empêchant l'accusé de présenter sa défense, mais comme un facteur d'érosion de la poursuite.

Doherty J. wrote to the same effect in a paper delivered to the National Criminal Law Program in July 1989. He wrote:

Many accused do not want to be tried at all, and many embrace any opportunity to delay judgment day. This reluctance to go to trial is no doubt a very human reaction to judgment days of any sort; as well as a reflection of the fact that in many cases delay inures to the benefit of the accused. An accused is often not interested in exercising the right bestowed on him by s. 11(b). His interest lies in having the right infringed by the prosecution so that he can escape a trial on the merits. This view may seem harsh but experience supports its validity.

This unique attitude on the part of accused toward this right often puts a court in a position where it perceives itself as being asked to dismiss a charge, not because the accused was denied something which he wanted, and which could have assisted him, but rather, because he got exactly what he wanted, or at least was happy to have — delay. A dismissal of the charge, the only remedy available when s. 11(b) is found to have been violated, sticks in the judicial craw when everyone in the courtroom knows that the last thing the accused wanted was a speedy trial. It hardly enhances the reputation of the administration of justice when an accused escapes a trial on the merits, not because he was wronged in any real sense, but rather because he successfully played the waiting game.

As these comments from distinguished jurists indicate, the s. 11(b) right is one which can often be transformed from a protective shield to an offensive weapon in the hands of the accused.

I believe the inferred societal interest should be considered in conjunction with the main and primary concept of the protection of the individual's right to fundamental justice. This is closer to the views expressed by Wilson J. in *Mills, supra*. At some level, the conduct of and prejudice to the accused must be examined. Although it must be recognized that the primary goal of s. 11(b) is the protection of the individual's interest in fundamental justice, nevertheless that same section contains a secondary and inferred societal interest that should not be ignored. If the recognition of both the primary individual interest and the inferred

Le juge Doherty dit la même chose dans une communication présentée à l'occasion de la Conférence nationale sur la justice criminelle, en 1989. Il disait:

^a [TRADUCTION] Nombreux sont les accusés qui ne veulent pas du tout subir leur procès, beaucoup profitent de toutes les occasions de retarder le moment du jugement. Cette réticence à subir un procès est certes une réaction très naturelle à l'égard de tout jugement, quel qu'il soit, qui, de plus reflète la réalité puisque le plus souvent les retards profitent à l'accusé. L'accusé souhaite rarement faire valoir les droits que l'al. 11b) lui garantit. Il espère plutôt que le ministère public violera ses droits de sorte qu'il n'aura pas à subir de procès sur le fond. Cette affirmation peut paraître cynique, mais l'expérience la confirme.

Cette attitude singulière de l'accusé quant à ces droits place souvent le tribunal dans la situation où celui-ci se rend compte qu'on lui demande de rejeter les accusations, non pas parce que l'accusé a été privé de quelque chose qu'il voulait obtenir et qui l'aurait aidé, mais plutôt parce qu'il a eu exactement ce qu'il voulait, ou du moins, ce qu'il souhaitait, c'est-à-dire des délais. Le rejet des accusations, la seule réparation permise en cas de violation de l'al. 11b), est particulièrement difficile à digérer quand chacun sait dans le tribunal que la dernière chose que souhaite l'accusé c'est un procès expéditif. On n'améliore pas beaucoup l'image de l'administration de la justice en permettant à un accusé d'échapper à son procès sur le fond, non pas parce qu'on lui a causé un préjudice quelconque, mais plutôt parce qu'il a réussi à jouer sur les délais.

Comme ces commentaires de juristes éminents l'indiquent, le droit que confère l'al. 11b), conçu comme un bouclier, peut souvent se transformer en arme offensive entre les mains de l'accusé.

Je crois qu'il faut tenir compte de l'intérêt implicite de la société en plus de l'intérêt primordial qui consiste à protéger le droit de l'individu à la justice fondamentale. Cette solution se rapproche davantage de l'avis du juge Wilson dans l'arrêt *Mills*, précité. À un moment ou à un autre, il faut examiner les agissements de l'accusé et le préjudice qu'il a subi. Tout en reconnaissant que l'al. 11b) vise d'abord à protéger le droit de chacun à la justice fondamentale, il faut aussi admettre que cette disposition comporte un objectif social secondaire et implicite. Si l'on accepte que l'objet véritable de l'al. 11b) est de reconnaître d'une part le

society interest is accepted as the true aim of s. 11(b), then I think the various factors which should be taken into consideration in determining whether there has been an unreasonable delay can be clarified and set forth in a consistent test.

Factors to be Taken Into Account in Determining Whether or not There has Been an Infringement of s. 11(b)

(i) *The Length of the Delay*

It is clear that the longer the delay, the more difficult it should be for a court to excuse it. This is not a threshold requirement as in the United States, but rather is a factor to be balanced along with the others. However, very lengthy delays may be such that they cannot be justified for any reason.

(ii) *Explanation for the Delay*

This category referred to by Sopinka J. in *Smith, supra*, may be usefully subdivided with the aspects of systemic delay and conduct of the accused amplified.

(a) The Conduct of the Crown (or Delay Attributable to the Crown)

Generally speaking, this category will comprise all of the potential factors causing delay which flow from the nature of the case, the conduct of the Crown, including officers of the state, and the inherent time requirements of the case. Delays attributable to the actions of the Crown or its officers will weigh in favour of the accused. For example, the 19 adjournments initiated by the trial judge in *Rahey* or the unavailability of judges because of holidays in *Smith* are examples where the actions or the lack of actions of Crown officers weighed against the state in the assessment of the reasonableness of the delay.

It is under this heading that the complexity of the case should be taken into account. Complex cases which require longer time for preparation, a greater expenditure of resources by Crown officers and the longer use of institutional facilities will

droit primordial de la personne et d'autre part le droit implicite de la société, je crois qu'il est possible de définir plus clairement et de façon cohérente les différents facteurs dont il faut tenir compte pour établir s'il y a eu délai déraisonnable.

Facteurs dont il faut tenir compte pour établir s'il y a eu violation de l'al. 11b)

(i) *La longueur du délai*

Il est manifeste que plus le délai se prolonge, plus il est difficile aux tribunaux de l'excuser. Ce n'est pas une condition seuil comme aux États-Unis, mais un facteur à prendre en considération parmi d'autres. Cependant, de très longs délais peuvent être impossibles à justifier.

(ii) *L'explication du délai*

Cette rubrique mentionnée par le juge Sopinka dans l'arrêt *Smith*, précité, peut être subdivisée en plusieurs autres, en mettant l'accent sur les délais systémiques et les délais dus à la conduite de l'accusé.

a) La conduite du ministère public (ou les délais imputables au ministère public)

D'une manière générale, cette catégorie englobe tous les facteurs susceptibles de causer des délais qui tiennent à la nature de l'affaire, à la conduite du ministère public, y compris celle des agents de l'administration publique, et les délais inhérents à la nature du dossier. Les délais imputables aux actes du ministère public ou de ses agents sont comptés en faveur de l'accusé. Ainsi, les 19 ajournements décidés par le juge de première instance, dans l'affaire *Rahey*, ou l'impossibilité de trouver un juge en raison des vacances, dans l'affaire *Smith*, sont des exemples d'actions ou d'omissions des agents du ministère public qui ont été imputées à l'État dans l'évaluation du caractère raisonnable ou non du délai global.

C'est dans ce chapitre qu'il faut traiter de la complexité de l'affaire. Les affaires complexes, dont la préparation prend plus de temps, qui exigent l'utilisation de plus de ressources par les agents du ministère public et une utilisation pro-

justify delays longer than those that would be acceptable in simple cases.

(b) Systemic or Institutional Delays

On a more specific level, the question of delays caused by systemic or institutional limitations should also be discussed under the heading of delays attributable to the Crown. This factor will often be the most difficult to assess. A careful and sensitive balancing will be required in order to properly assess the significance of this aspect of delay. First, let us consider the problem from the point of view of society. Section 11(b) applies to all Canadians in every part of our land. In a country as vast and diverse as ours, the institutional problems are bound to differ greatly from province to province and from district to district within each province. Differences of climate, terrain, population and financial resources will require different solutions for the problem of providing adequate facilities and personnel. Lack of financial resources may require imaginative answers to difficult problems, including the provision of temporary facilities. The problems presented and the solutions required will vary between heavily populated centres such as Toronto and Montréal and the sparsely populated districts bordering on Hudson Bay.

Wise political decisions will be required with regard to the allocation of scarce funds. Due deference will have to be given to those political decisions as the provisions of courtroom facilities and Crown Attorneys must, for example, be balanced against the provision of health care and highways. Yet solutions must be found as indeed they have been in many jurisdictions outside Ontario. Similarly situated communities can provide a rough comparison and some guidance as to what time period constitutes an unreasonable delay of the trial of an accused person. That comparison should always be made with the more efficient of the comparable jurisdictions.

The right guaranteed by s. 11(b) is of such fundamental importance to the individual and of

longée des installations institutionnelles, justifient des délais plus longs que ceux qui seraient acceptables dans une affaire simple.

a) Les délais systémiques ou institutionnels

Sur un plan plus restreint, il faut aussi aborder la question des délais découlant des restrictions systémiques ou institutionnelles dans le chapitre des délais imputables au ministère public. Ce facteur est souvent le plus difficile à évaluer. Il faut procéder avec soin à une pondération délicate afin d'évaluer correctement l'importance de cet aspect des délais. D'abord, nous aborderons le problème du point de vue de la société. L'alinéa 11(b) s'applique à tous les Canadiens où qu'ils se trouvent au pays. Dans un pays aussi étendu et divers que le nôtre, il est inévitable que les problèmes institutionnels diffèrent grandement d'une province à l'autre et même d'un district à l'autre à l'intérieur d'une même province. Les différences de climat, de territoire, de population et de ressources financières appellent des solutions différentes au problème de la fourniture adéquate d'installations et de personnel. La pénurie de ressources financières peut exiger des solutions innovatrices à des problèmes difficiles, y compris la fourniture d'installations temporaires. Les problèmes rencontrés et les solutions qu'ils appellent sont différents dans les régions à forte densité de population comme Toronto et Montréal et dans les districts peu peuplés des rives de la Baie d'Hudson.

Il faudra prendre de sages décisions politiques sur la répartition de fonds limités. Il faudra tenir compte de ces décisions politiques puisque la fourniture d'installations judiciaires et du personnel nécessaire sont mis en balance, par exemple, avec la prestation des soins de santé et la construction de routes. Même à cela, il est indispensable de trouver des solutions à l'instar de nombreuses autres juridictions en dehors de l'Ontario. Des collectivités placées dans des conditions semblables peuvent servir d'exemple et d'indication quant à ce qui constitue un délai déraisonnable pour juger un accusé. La comparaison doit toujours se faire avec les plus efficaces des juridictions comparables.

Le droit garanti par l'al. 11(b) a une importance si fondamentale pour les individus et si importante

such significance to the community as a whole that the lack of institutional resources cannot be employed to justify a continuing unreasonable postponement of trials. In *Mills, supra*, Lamer J. noted at p. 935:

In an ideal world there would be no delays in bringing an accused to trial and there would be no difficulties in securing fully adequate funding, personnel and facilities for the administration of criminal justice. As we do not live in such a world, some allowance must be made for limited institutional resources.

However, the lack of institutional facilities can never be used as a basis for rendering the s. 11(b) guarantee meaningless. In the same case, Lamer J. gave clear warning of the dangers that would ensue from permitting the lack of institutional resources to constitute an acceptable excuse for unreasonable delays. At page 935 he stated:

It is imperative, however, that in recognizing the need for such a criterion we do not simply legitimize current and future delays resulting from inadequate institutional resources. For the criterion of institutional resources, more than any other, threatens to become a source of justification for prolonged and unacceptable delay. There must, therefore, be some limit to which inadequate resources can be used to excuse delay and impair the interests of the individual. [Emphasis added.]

It must be remembered that it is the duty of the Crown to bring the accused to trial. It is the Crown which is responsible for the provision of facilities and staff to see that accused persons are tried in a reasonable time.

This same view was expressed by Martin J.A. in *Beason, supra*. In that case the Ontario Court of Appeal considered a delay of 40 months, nine months of which was occasioned by a shortage of courtrooms in Toronto. Martin J.A. stated at p. 42:

An accused has no duty to bring himself to trial. The Crown has that duty. I am further of the view that the unavailability of court-room facilities or personnel cannot justify a delay of this *inordinate* length in a simple case such as this.

Where inordinate delays do occur, it is those who are responsible for the lack of facilities who

pour la société en général qu'on ne peut invoquer le manque de ressources institutionnelles pour justifier le maintien de délais déraisonnables à tenir les procès. Dans l'arrêt *Mills*, précité, le juge

^a Lamer signale, à la p. 935:

Dans un monde idéal, le procès d'un prévenu serait tenu sans délai et il n'y aurait aucune difficulté à obtenir suffisamment de fonds, de personnel et de moyens pour les fins de l'administration de la justice criminelle. Mais ^b comme nous ne vivons pas dans un tel monde, il faut bien faire la part des ressources institutionnelles limitées.

Cependant, la pénurie d'installations institutionnelles ne peut pas servir à vider de tout sens la ^c garantie fournie par l'al. 11b). Dans le même arrêt, le juge Lamer souligne clairement qu'il serait très dangereux d'accepter la pénurie de ressources institutionnelles comme excuse à des délais ^d déraisonnables. Il dit, à la p. 935:

Il est impératif toutefois qu'en reconnaissant la nécessité de ce critère on ne légitime pas tout simplement les délais actuels et futurs imputables au manque de ressources institutionnelles. En effet, ce critère plus que tout autre tend à devenir une source de justification des délais prolongés et inacceptables. Il faut donc fixer certaines limites à l'utilisation du manque de ressources pour excuser les délais et porter atteinte aux intérêts individuels. [Je souligne.] ^e

Il ne faut pas oublier qu'il incombe au ministère public de faire passer l'accusé en justice. C'est au ministère public qu'il incombe de fournir les installations et le personnel nécessaires pour faire juger les inculpés dans des délais raisonnables. ^f

Le juge Martin a dit la même chose dans l'arrêt *Beason*, précité. Dans cette affaire, la Cour d'appel de l'Ontario se prononçait sur un délai total de ^h 40 mois, dont neuf mois résultait du manque de salles d'audience à Toronto. Le juge Martin dit, à la p. 42:

[TRADUCTION] Un accusé n'a pas d'obligation de pourvoir à son propre procès. Le ministère public a cette obligation. Je suis, en outre, d'avis que le manque de salles d'audience ou de personnel ne peut justifier un délai aussi *anormalement* long dans une affaire aussi simple que l'espèce. ⁱ

Lorsque surviennent des délais anormalement longs, ce sont les responsables du manque d'instal- ^j

should bear the public criticism that is bound to arise as a result of the staying of proceedings which must be the inevitable consequence of unreasonable delays. Members of the community will not and should not condone or accept a situation where those alleged to have committed serious crimes are never brought to trial solely as a result of unduly long delays. It is a serious consequence with potentially dangerous overtones for the community. It is right and proper that there be criticism of the situation when it occurs.

The response to the question of "how long is too long" as it applies to institutional delay will always be difficult to fashion in our country. The question must be answered in light of the particular facts of each case. There can be no certain standard of a fixed time which will be applicable in every region of the country. Nonetheless, an inquiry into what is reasonable in any region should not be taken in isolation and must, of necessity, involve a comparison with other jurisdictions. Consideration must be given to the geography, the population and the material resources of the province and district. The comparison of similar and thus comparable districts must always be made with the better districts and not with the worst. In *Mills, supra*, Lamer J. expressed his views on this issue in the following words at pp. 935-36:

... the courts must refrain from simply drawing an average between the worst and the best in the country, that is, between those areas where delays are longest and those which offer the best examples of promptness. The appropriate models are those jurisdictions which have the greater degrees of promptness, or the lesser amounts of systemic delay. They are examples of the appropriate accommodation between demands on the system and allocation of available resources.

It is no answer to say that demands on the system may be less in some areas than in, to give an example, a congested urban centre. The point is that there has been in such jurisdictions an allocation of *sufficient* resources to meet the demands and administer the criminal justice system with minimal delay. Greater delays in other areas may simply mean that sufficient resources have not been allocated to deal adequately with current demands. The measure of what is possible in adjusting resources to demands comes from those jurisdictions

lations qui doivent porter le blâme du public à l'endroit des arrêts de procédures, conséquences inévitables de délais déraisonnables. La collectivité ne peut ni ne doit accepter un état de choses où ceux à qui on reproche des crimes graves ne sont jamais traduits en justice pour la seule raison que les délais sont trop longs. Pour la société, c'est une situation grave qui comporte des dangers. Il est normal et sain qu'une telle situation provoque des critiques.

Il sera toujours difficile au Canada de déterminer à partir de quel moment un délai est trop long en ce qui concerne un délai institutionnel. Il faut répondre en fonction des faits de chaque affaire. Il ne peut y avoir de norme fixe de temps qui serait valable pour toutes les régions du pays. Néanmoins, l'examen de ce qui est raisonnable dans une région ne peut se faire dans l'absolu et doit nécessairement comporter une comparaison avec la situation dans d'autres juridictions. Il faut tenir compte de la géographie de la province et du district, de leur population et de leurs ressources matérielles. La comparaison avec d'autres districts semblables, et donc comparables, doit toujours se faire avec les meilleurs districts et non avec les pires. Dans l'arrêt *Mills*, précité, le juge Lamer se prononce sur ce sujet dans les termes suivants, aux pp. 935 et 936:

... les tribunaux devront se garder de faire une simple moyenne entre ce qu'il y a de pire et ce qu'il y a de mieux au pays, c'est-à-dire, entre les régions où les délais sont les plus longs et celles offrant les meilleurs exemples de promptitude. Les modèles appropriés sont les ressorts qui ont le plus haut degré de promptitude ou le moins grand nombre de délais systémiques. Ce sont les exemples d'un accommodement approprié entre ce que l'on demande du système et l'allocation des ressources disponibles.

Il ne suffit pas de dire que dans certaines régions on exige moins du système que, par exemple, dans un centre urbain congestionné. Ce qui importe, c'est que dans ces juridictions il y a eu une allocation de ressources *suffisantes* pour répondre aux demandes et administrer la justice criminelle dans des délais minimums. De plus grands délais dans d'autres régions peuvent simplement signifier qu'on n'a pas alloué suffisamment de ressources pour répondre adéquatement aux besoins existants. La mesure de ce qui est possible dans l'ajuste-

which have the lesser amounts of systemic delay. That is the measure which must serve for all jurisdictions.

Such a criterion has the obvious advantage of being anchored in reality. It does not seek to impose an arbitrary standard, such as a fixed ceiling, e.g. four months or five months, on excusable delay but looks to what has in fact been accomplished in various jurisdictions. It is those very jurisdictions which have been most successful in minimizing systemic delay which thus set the measure of what is possible, rather than the courts *in abstracto*. Additionally, this approach is more flexible than would be fixed ceilings, all the while establishing an objective, national standard. It would reduce discrepancies between different parts of the country and ensure that "unreasonable delay in run-of-the-mill criminal cases cannot be justified by simply asserting that the public resources provided by the State's criminal-justice system are limited and that each case must await its turn" (*Barker v. Wingo, supra, per White J., Brennan J. concurring*, at p. 538).

To summarize, when considering delays occasioned by inadequate institutional resources, the question of how long a delay is too long may be resolved by comparing the questioned jurisdiction to the standard maintained by the best comparable jurisdiction in the country. The comparison need not be too precise or exact. Rather, it should look to the appropriate ranges of delay to determine what is a reasonable limit. In all cases it will be incumbent upon the Crown to show that the institutional delay in question is justifiable.

(c) The Conduct of the Accused (or Delay Attributable to the Accused)

As Lamer J. so cogently observed in *Mills*, it is a fundamental precept of our criminal justice system that it is the responsibility of the Crown to bring the accused to trial. Further, the right to be tried within a reasonable time is an aspect of fundamental justice protected by s. 7 of the *Charter*. It follows that any inquiry into the conduct of the accused should in no way absolve the Crown from its responsibility to bring the accused to trial. Nonetheless, there is a societal interest in preventing an accused from using the guarantee as a means of escaping trial. It should be emphasized that an inquiry into the actions of the accused should be restricted to discovering those situations

ment des ressources aux besoins nous est donnée par ces juridictions où il y a le moins de délais systémiques. C'est là la mesure qui doit servir dans toutes les juridictions.

Un tel critère a l'avantage évident d'être ancré dans la réalité. Il ne vise pas à imposer une norme arbitraire, tel un plafond fixe, c'est-à-dire quatre ou cinq mois, au délai excusable, mais il recherche la pratique réelle des différents ressorts. Ce sont donc les ressorts, qui ont précisément réussi à réduire les délais systémiques, qui indiquent ce qui est possible et non les tribunaux dans l'abstrait. En outre, cette démarche est plus souple que le plafond fixe tout en établissant une norme objective et nationale. Elle devrait réduire les divergences entre les différentes parties du pays et assurer qu' [TRADUCTION] «on ne puisse pas justifier des délais déraisonnables dans les affaires criminelles courantes en affirmant simplement que les ressources publiques attribuées par l'État au système de justice criminelle sont limitées et que chaque affaire doit attendre son tour» (*Barker v. Wingo, précité*, le juge White aux motifs duquel le juge Brennan a souscrit, à la p. 538).

En résumé, lorsqu'on examine les délais causés par le manque de ressources institutionnelles, on détermine ce qu'est un délai excessif en comparant le ressort en cause à la norme suivie par les ressorts comparables les plus efficaces au pays. Il n'est pas nécessaire que la comparaison soit précise ou exacte. Il faut plutôt tenir compte d'ordres de grandeur appropriés pour déterminer ce que serait une limite raisonnable. Dans tous les cas, il incombe au ministère public de démontrer que les délais institutionnels en cause sont justifiés.

c) La conduite de l'accusé (ou les délais imputables à l'accusé)

Le juge Lamer rappelle judicieusement dans l'arrêt *Mills* qu'en vertu d'un principe fondamental de notre système de justice criminelle, il incombe au ministère public de faire subir à un accusé son procès. De plus, le droit d'être jugé dans un délai raisonnable est un aspect de la justice fondamentale garantie en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. Il s'ensuit que l'examen des actes de l'accusé ne doit en rien soustraire le ministère public à sa responsabilité de soumettre l'accusé à son procès. Néanmoins, la société a intérêt à ce que ce droit garanti ne devienne pas un moyen pour l'accusé de se soustraire à son procès. Il faut souligner que l'examen de la conduite de l'accusé

where the accused's acts either directly caused the delay (as in *Conway*), or the acts of the accused are shown to be a deliberate and calculated tactic employed to delay the trial. These direct acts on the part of the accused, such as seeking an adjournment to retain new counsel, must of course be distinguished from those situations where the delay was caused by factors beyond the control of the accused, or a situation where the accused did nothing to prevent a delay caused by the Crown.

In addition, since the protection of the right of the individual is the primary aim of s. 11(b), the burden of proving that the direct acts of the accused caused the delay must fall upon the Crown. This would be true except in those cases where the effects of the accused's action are so clear and readily apparent that the intent of the accused to cause a delay is the inference that must be drawn from the record of his or her actions.

(iii) *Waiver*

While the question of waiver could be discussed under factor (ii)(c) above (Delay Attributable to the Accused), for reasons of clarity, I prefer to examine the issue separately.

The accused should not be required to assert the explicitly protected individual right to trial within a reasonable time. It is now well established that any waiver of a *Charter* right must be "clear and unequivocal . . . with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect and of the effect the waiver will have on those rights in the process". See *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41, at p. 49. The failure of an accused to assert the right does not give the Crown licence to proceed with an unfair trial. Failure to assert the right would be insufficient in itself to impugn the motives of the accused as might be the case with regard to other s. 11 rights. Rather there must be something in the conduct of the accused that is sufficient to give rise to an inference that the accused has understood that he or she had a s. 11(b) guarantee, understood its nature and has waived the right provided by that guarantee. Although no particular magical incan-

doit se limiter à déterminer les cas où la conduite de l'accusé a causé directement ou indirectement le délai (comme dans l'affaire *Conway*), ou ceux où les actes de l'accusé révèlent le recours délibéré à une tactique qui vise à retarder le procès. Il faut évidemment distinguer ces manœuvres directes de l'accusé, comme demander un ajournement pour trouver un nouvel avocat, des délais occasionnés par des événements sur lesquels l'accusé n'a aucun contrôle ou de la situation où l'accusé n'a rien fait pour réduire les délais imputables au ministère public.

De plus, puisque la protection des droits de la personne constitue l'objet premier de l'al. 11b), le fardeau de prouver que le délai résulte de la conduite de l'accusé incombe au ministère public. Il en est ainsi sauf lorsque l'effet du comportement de l'accusé est tel qu'on ne peut qu'en inférer l'intention de provoquer un délai.

(iii) *La renonciation*

On pourrait analyser la question de la renonciation sous la rubrique (ii)(c) ci-dessus (les délais imputables à l'accusé) mais par souci de clarté, je préfère l'examiner à part.

L'accusé ne devrait pas être tenu de revendiquer le droit expressément garanti d'être jugé dans un délai raisonnable. Il est maintenant bien établi que la renonciation à un droit conféré par la *Charte* doit être «clair[e] et [. . .] fait[e] en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger et de l'effet de la renonciation sur ces droits au cours de la procédure». Voir l'arrêt *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, à la p. 49. L'omission de l'accusé de revendiquer son droit n'autorise pas le ministère public à lui imposer un procès inéquitable. L'omission de l'accusé de faire valoir son droit ne suffit pas, à elle seule, à mettre en doute ses intentions comme elle peut le faire relativement à d'autres droits garantis par l'art. 11. Il faut plutôt, dans la conduite de l'accusé, quelque chose qui permette de conclure qu'il a compris que l'al. 11b) lui garantissait un droit, qu'il a compris la nature de ce droit et qu'il a renoncé au droit ainsi garanti. Bien qu'il n'y ait

tation of words is required to waive a right, nevertheless the waiver must be expressed in some manner. Silence or lack of objection cannot constitute a lawful waiver. The matter was put in these words by Dickson J., as he then was, in *Park v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 64, at pp. 73-74:

No particular words or formula need be uttered by defence counsel to express the waiver and admission. All that is necessary is that the trial judge be satisfied that counsel understands the matter and has made an informed decision to waive . . . Although no particular form of words is necessary the waiver must be express. Silence or mere lack of objection does not constitute a lawful waiver.

If the Crown is relying upon actions of the accused to demonstrate waiver, then the onus will lie upon the Crown to prove that a specific waiver can be inferred. It may well be that the setting of trial dates and the agreement to those dates by counsel for the accused may be sufficient to constitute waiver. This possibility was noted by Sopinka J. as stated in *Smith, supra*, at p. 1136:

Agreement by an accused to a future date will in most circumstances give rise to an inference that the accused waives his right to subsequently allege that an unreasonable delay has occurred. While silence cannot constitute waiver, agreeing to a future date for a trial or a preliminary inquiry would generally be characterized as more than silence. Therefore, absent other factors, waiver of the appellant's s. 11(b) rights might be inferred based on the foregoing circumstances.

In sum, the burden always rests with the Crown to bring the case to trial. Further, the mere silence of the accused is not sufficient to indicate a waiver of a *Charter* right; rather, the accused must undertake some direct action from which a consent to delay can be properly inferred. The onus rests upon the Crown to establish on a balance of probabilities that the actions of the accused constitute a waiver of his or her rights.

pas de formule rituelle pour renoncer à un droit, il faut que la renonciation soit exprimée d'une façon ou d'une autre. Le silence de l'accusé ou l'absence d'opposition de sa part ne saurait constituer une renonciation valide. Le juge Dickson, alors juge puîné, exprime cette règle de la façon suivante dans l'arrêt *Park c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 64, aux pp. 73 et 74:

L'avocat de la défense n'a pas besoin de prononcer de mots particuliers ni de suivre une formule spéciale pour manifester la renonciation et le consentement à la recevabilité. Il suffit que le juge du procès soit convaincu que l'avocat comprend de quoi il s'agit et qu'il a pris une décision éclairée de renoncer [. . .] Bien que ne nécessitant pas une formulation particulière, la renonciation doit tout de même être expresse. Le silence ou la simple absence d'opposition ne constitue pas une renonciation valide.

Si le ministère public invoque les actes de l'accusé pour prouver qu'il y a eu renonciation, il lui incombe de prouver qu'il ressort de ces actes une renonciation expresse. Il se peut que le consentement de l'avocat de l'accusé à une date pour la tenue du procès suffise pour constituer une renonciation. Le juge Sopinka signale cette possibilité dans l'arrêt *Smith*, précité, à la p. 1136:

L'acceptation d'une date par un accusé permet dans la plupart des circonstances de déduire que l'accusé renonce à son droit d'alléguer par la suite qu'il y a eu délai déraisonnable. Bien que le fait de demeurer silencieux ne constitue pas une renonciation, l'acceptation d'une date pour la tenue d'un procès ou d'une enquête préliminaire aurait généralement plus de signification que le silence. Par conséquent, en l'absence d'autres facteurs, on pourrait en déduire que l'appelant a renoncé aux droits que lui garantit l'al. 11b).

En résumé, le ministère public a toujours l'obligation de traduire l'accusé en justice. De plus, le simple silence de l'accusé ne suffit pas à faire conclure à sa renonciation à un droit garanti par la *Charte*; il faut, en effet, de la part de l'accusé un acte exprès dont on peut déduire l'acquiescement au délai. Il incombe au ministère public de prouver, selon une prépondérance des probabilités, que les actes de l'accusé constituent une renonciation à son droit.

(iv) *Prejudice to the Accused*

The different positions taken by members of the Court with regard to the prejudice suffered by an accused as a result of a delayed trial are set forth in *Mills* and *Rahey*. Perhaps the differences can be resolved in this manner. It should be inferred that a very long and unreasonable delay has prejudiced the accused. As Sopinka J. put it in *Smith*, *supra*, at p. 1138:

Having found that the delay is substantially longer than can be justified on any acceptable basis, it would be difficult indeed to conclude that the appellant's s. 11(b) rights have not been violated because the appellant has suffered no prejudice. In this particular context, the inference of prejudice is so strong that it would be difficult to disagree with the view of Lamer J. in *Mills* and *Rahey* that it is virtually irrebuttable.

Nevertheless, it will be open to the Crown to attempt to demonstrate that the accused has not been prejudiced. This would preserve the societal interest by providing that a trial would proceed in those cases where despite a long delay no resulting damage had been suffered by the accused. Yet, the existence of the inference of prejudice drawn from a very long delay will safely preserve the pre-eminent right of the individual. Obviously, the difficulty of overcoming the inference will of necessity become more difficult with the passage of time and at some point will become irrebuttable. Nonetheless, the factual situation presented in *Conway* serves as an example of an extremely lengthy delay which did not prejudice the accused. However, in most situations, as Sopinka J. pointed out in *Smith*, the presumption will be "virtually irrebuttable".

Furthermore, the option left open by Sopinka J. in the *Smith* case whereby accused persons who have suffered some additional form of prejudice are permitted to adduce evidence of prejudice on their own initiative in order to strengthen their position in seeking a remedy under s. 24(1) of the *Charter* is consistent with the primary concern of protecting the individual's right under s. 11(b).

From the foregoing review it is possible I think to give a brief summary of all the factors which

(iv) *Le préjudice subi par l'accusé*

Les arrêts *Mills* et *Rahey* exposent les diverses positions des juges de notre Cour sur le préjudice subi par un accusé en raison d'un procès retardé. Il est peut-être possible de résoudre ces divergences de la façon suivante: il faudrait inférer d'un délai très long et déraisonnable que l'accusé a subi un préjudice. Comme le dit le juge Sopinka dans l'arrêt *Smith*, précité, à la p. 1138:

Après avoir constaté que le délai est beaucoup plus long que ce qui peut être justifié de quelque façon acceptable, il serait vraiment difficile de conclure qu'il n'y a pas eu violation des droits que l'al. 11b) garantit à l'appellant parce que celui-ci n'a subi aucun préjudice. Dans ce contexte particulier, la présomption de préjudice est si forte qu'il serait difficile de ne pas partager l'opinion, exprimée par le juge Lamer dans les arrêts *Mills* et *Rahey*, selon laquelle elle est pratiquement irréfutable.

Toutefois, le ministère public pourrait essayer de démontrer que l'accusé n'a pas subi de préjudice. Cela préserverait l'intérêt de la collectivité puisque, dans les cas où, malgré la longueur du délai, l'accusé n'a pas subi de préjudice, le procès pourrait se poursuivre. Cependant, l'existence d'une telle inférence tirée du retard très important sauvegarderait la primauté du droit individuel. Évidemment, il serait nécessairement d'autant plus difficile de réfuter cette inférence que le délai serait long, et à un moment donné la réfutation deviendrait impossible. Néanmoins, les faits de l'affaire *Conway* illustrent bien la situation de délais extrêmement longs n'ayant pas causé de préjudice à l'accusé. Cependant, comme le signale le juge Sopinka dans l'arrêt *Smith*, dans la plupart des cas, la présomption devient « pratiquement irréfutable ».

De plus, la possibilité évoquée par le juge Sopinka dans l'arrêt *Smith*, que les accusés ayant subi quelque autre préjudice supplémentaire soient autorisés à en faire la preuve de leur propre initiative pour renforcer leur demande de réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* est conforme à l'al. 11b) dont l'objectif premier est de protéger les droits de la personne.

De l'examen qui précède, il est possible, je crois, de résumer tous les facteurs à considérer pour

should be taken into account in considering whether the length of the delay of a trial has been unreasonable.

(i) The Length of the Delay.

The longer the delay, the more difficult it should be for a court to excuse it. Very lengthy delays may be such that they cannot be justified for any reason.

(ii) Explanation for the Delay.

(a) Delays Attributable to the Crown.

Delays attributable to the action of the Crown or officers of the Crown will weigh in favour of the accused. The cases of *Rahey* and *Smith* provide examples of such delays.

Complex cases which require longer time for preparation, a greater expenditure of resources by Crown officers, and the longer use of institutional facilities will justify delays longer than those acceptable in simple cases.

(b) Systemic or Institutional Delays.

Delays occasioned by inadequate resources must weigh against the Crown. Institutional delays should be considered in light of the comparative test referred to earlier. The burden of justifying inadequate resources resulting in systemic delays will always fall upon the Crown. There may be a transitional period to allow for a temporary period of lenient treatment of systemic delay.

(c) Delays Attributable to the Accused.

Certain actions of the accused will justify delays. For example, a request for adjournment or delays to retain different counsel.

There may as well be instances where it can be demonstrated by the Crown that the actions of the accused were undertaken for the purposes of delaying the trial.

déterminer si le délai écoulé avant le procès a été déraisonnable.

a (i) La longueur du délai.

Plus le délai est long, plus il doit être difficile au tribunal de l'excuser. Il peut être impossible de justifier des délais extrêmement longs.

b (ii) L'explication du délai.

a) Les délais imputables au ministère public.

Les délais occasionnés par les actes du ministère public ou de ses agents comptent en faveur de l'accusé. Les affaires *Rahey* et *Smith* fournissent des exemples de ce genre de délai.

Les affaires complexes qui exigent une préparation plus longue, l'utilisation de plus de ressources par le ministère public et une utilisation plus longue des installations institutionnelles justifieront des délais plus importants que les affaires simples.

b) Les délais systémiques ou institutionnels.

Les délais tenant au manque de ressources sont imputés au ministère public. Les délais institutionnels doivent être examinés en fonction du critère de comparaison défini plus haut. Le fardeau de justifier la pénurie de ressources qui crée des délais systémiques incombe toujours au ministère public. Il peut y avoir une période de transition pendant laquelle on excusera plus facilement les délais systémiques.

c) Les délais imputables à l'accusé.

Certains actes de l'accusé peuvent justifier des délais. Par exemple, une demande d'ajournement ou d'un délai nécessaire pour retenir les services d'un autre avocat.

Il peut se présenter des cas où le ministère public pourra démontrer que les actes de l'accusé avaient pour but de retarder la tenue du procès.

(iii) Waiver.

If the accused waives his rights by consenting to or concurring in a delay, this must be taken into account. However, for a waiver to be valid it must be informed, unequivocal and freely given. The burden of showing that a waiver should be inferred falls upon the Crown. An example of a waiver or concurrence that could be inferred is the consent by counsel for the accused to a fixed date for trial.

(iv) Prejudice to the Accused.

There is a general, and in the case of very long delays an often virtually irrebuttable presumption of prejudice to the accused resulting from the passage of time. Where the Crown can demonstrate that there was no prejudice to the accused flowing from a delay, then such proof may serve to excuse the delay. It is also open to the accused to call evidence to demonstrate actual prejudice to strengthen his position that he has been prejudiced as a result of the delay.

I believe that the factors that I have set out in large measure are substantially the same as those enunciated by L'Heureux-Dubé J. in *Conway* and Sopinka J. in *Smith*. The aim of this test is to provide a method based upon the underlying purposes of s. 11(b) which will permit courts to balance the applicable substantive factors in a consistent manner. It bears repeating that the balance between the explicit, individual protection and the implicit, societal aspect of s. 11(b) is addressed by placing the onus on the Crown to demonstrate that any action of the accused deliberately caused the delay or constituted waiver, or that the delay caused no prejudice to the accused.

(iii) La renonciation.

Si l'accusé renonce à son droit en consentant à un délai ou y acquiesçant, il faut en tenir compte. Cependant, pour être valide, la renonciation doit être en connaissance de cause, claire et consentie librement. Il incombe au ministère public de prouver que la renonciation découle implicitement des actes de l'accusé. Le consentement de l'avocat de l'accusé à la fixation de la date du procès constitue un exemple de renonciation ou d'acquiescement.

(iv) Le préjudice subi par l'accusé.

Il existe une présomption simple selon laquelle le seul écoulement du temps cause un préjudice à l'accusé et dans le cas de délais très longs la présomption devient pratiquement irréfragable. Lorsque le ministère public peut prouver que l'accusé n'a pas subi de préjudice en raison du délai, cette preuve peut servir à justifier le délai. Il est aussi possible à l'accusé de présenter des éléments de preuve tendant à démontrer qu'il a effectivement subi un préjudice en raison du délai, afin de renforcer sa demande de réparation.

Je crois que les facteurs que j'ai énumérés correspondent en grande partie à ceux que les juges L'Heureux-Dubé et Sopinka ont mentionnés respectivement dans l'arrêt *Conway* et dans l'arrêt *Smith*. Ces critères visent à établir une méthode qui s'appuie sur l'objet qui sous-tend l'al. 11b) et qui permette aux tribunaux de pondérer les éléments de fond applicables de façon cohérente. Il vaut la peine de rappeler qu'on arrive à un équilibre entre l'objet explicite de l'al. 11b), soit la protection de la personne individuelle, et son objet implicite, soit la dimension sociale de l'al. 11b), en imposant au ministère public le fardeau de prouver que, par ses actes, l'accusé a délibérément causé les délais, que ceux-ci équivalent à une renonciation ou encore que l'accusé n'a pas subi de préjudice en raison du délai.

Application of the Principles to the Case at Bar

As the disposition of this case will ultimately turn on the factors headed (ii) Explanation for the Delay, particularly (b) Systemic or Institutional Delay and (c) Delays Attributable to the Accused; and (iii) Waiver, I need but briefly deal with the factors titled (i) The Length of the Delay and (iv) Prejudice to the Accused.

(i) *The Length of the Delay*

No matter what standard of measure is used or what test is applied, the trial in this case has been inordinately delayed. Even when the first period of delay of approximately one year prior to the preliminary hearing is discounted as being in large part attributable to the request for adjournments by the appellants, there remains a delay period of almost two years. The experienced trial judge who has presided for many years in Peel District described the delay as “clearly excessive and unreasonable”. It is interesting to note that the delay at issue in *Mills* was 19 months, in *Rahey* 11 months, and in *Smith* one year. Although the period of delay in *Conway* is comparable to that of this case, it must be remembered that in that case the delay was directly attributable to the actions of Conway.

The period of delay in the case at bar is so lengthy that unless there is some very strong basis for justifying the delay, which becomes clear from an examination of the other factors, then it would be impossible for a court to tolerate such a delay.

(iv) *Prejudice to the Accused*

The trial judge found that the appellants had been prejudiced by the delay. In support, he noted the lengthy period of incarceration for three of the appellants and the restrictions contained in the bail terms. Those conditions of bail included curfews, a direction not to associate with the co-accused and a system of regular reporting to the police. There has been no attack on these findings. Consequently, it is impossible to say that the Crown discharged the burden that rested upon it

Application des principes à l'espèce

Puisque l'issue du pourvoi dépend en définitive de la décision concernant les facteurs mentionnés sous les rubriques (ii) L'explication du délai—plus précisément les points b) Les délais systémiques ou institutionnels et c) Les délais imputables à l'accusé—et (iii) La renonciation, il me suffit de traiter brièvement des facteurs mentionnés sous les rubriques (i) La longueur du délai et (iv) Le préjudice subi par l'accusé.

(i) *La longueur du délai*

Indépendamment de la norme ou du critère appliqué, le procès en l'espèce a été retardé indûment. Même si l'on soustrait le premier délai d'environ un an qui a précédé l'enquête préliminaire, parce qu'il est en bonne partie imputable aux demandes d'ajournement des appelants, il reste une période de près de deux ans. Le juge du procès, un juge d'expérience qui a présidé des procès dans le district de Peel pendant de nombreuses années, a qualifié les délais en l'espèce de [TRADUCTION] «manifestement excessifs et déraisonnables». Il est utile de souligner que les délais étaient de 19 mois dans l'affaire *Mills*, de 11 mois dans l'affaire *Rahey* et d'un an dans l'affaire *Smith*. Bien que le délai dans l'affaire *Conway*, soit du même ordre que celui de l'espèce, il faut se rappeler que dans cette affaire, le délai était directement attribuable aux actes de Conway.

Le délai en l'espèce est tellement long qu'à moins de justifications solides, qui ressortent clairement de l'examen des autres facteurs, il serait impossible pour une cour de justice de l'accepter.

(iv) *Le préjudice subi par l'accusé*

Le juge de première instance a conclu que les appelants avaient subi un préjudice à cause du délai. Pour appuyer sa conclusion, il a mentionné la longue période d'incarcération imposée à trois des appelants et les restrictions que comportaient les conditions de leur remise en liberté sous cautionnement. Ces conditions comportaient l'interdiction de sortir la nuit, l'interdiction de fréquenter leurs coaccusés et l'obligation de se présenter régulièrement au poste de police. Ces conclusions n'ont

to show that the delay caused no prejudice to the appellants. As a result, the prejudice suffered by the appellants weighs against the Crown and cannot be used to excuse the length of delay.

(ii) *Explanation for the Delay*

(a) Delays Attributable to the Crown

It is clear that delays cannot be attributable to any action of the Crown. At no time did the Crown make any requests for adjournments or take any step that delayed the trial of the action in any way.

There is nothing in the case that is so complex or inherently difficult that it would justify a lengthy delay. It is true that the case involves a charge of conspiracy. However, the proof would consist of what was seen and heard by the witnesses, particularly the undercover officer. It is reasonable to assume that the victim and the police officers were ready and capable of testifying on relatively short notice. There was no need for any lengthy investigation or the retention of and discussions with expert witnesses. There was not any aspect of this case that could even remotely be considered to be an exceptional circumstance that would justify a lengthy delay.

(b) Systemic or Institutional Delay

This trial was to be heard in Brampton, in the District of Peel in Ontario. This district has long been notorious for the inordinate length of time required to obtain a trial date. The delays are said to be caused by lack of facilities. The evidence submitted contains a study done by Prof. Carl Baar, Director of the Judicial Administration Program at Brock University. From the research and comparative studies that he has undertaken, Professor Baar has concluded that the Peel District (referred to as Brampton by Professor Baar) experiences extremely long delays that are out of the ordinary compared to the rest of Ontario, the rest of Canada or the United States. He notes that the situation has arisen partly as a result of rapid urban growth and the presence of a very large

pas été contestées. Il est donc impossible d'affirmer que le ministère public a prouvé, comme il lui incombait de le faire, que les appelants n'ont pas subi de préjudice à cause des délais. En conséquence, le préjudice subi par les accusés est défavorable au ministère public et ne peut servir dans la justification de la longueur des délais.

(ii) *L'explication du délai*

a) Les délais imputables au ministère public

Il est évident qu'il est impossible d'imputer des délais à quelque acte du ministère public. Celui-ci n'a jamais demandé d'ajournement, ni pris aucune mesure qui ait retardé de quelque façon la tenue du procès en l'espèce.

Il n'y a rien en l'espèce de si complexe ou de si difficile en soi qui justifierait de longs délais. Il est vrai qu'il s'agit d'accusations de complot. Cependant, la preuve aurait comporté la relation de ce que les témoins, principalement l'agent banalisé ont vu et entendu. Il est raisonnable de supposer que la victime et les agents de police pouvaient venir déposer à assez brève échéance. Il n'y avait pas besoin de procéder à quelque longue enquête ou de retenir les services de témoins experts et de les consulter. Il n'y a absolument rien d'exceptionnel en l'espèce qui pourrait justifier de longs délais.

b) Les délais systémiques ou institutionnels

Le procès devait se tenir à Brampton, dans le district de Peel, en Ontario. Ce district est depuis longtemps connu en raison des délais démesurément longs pour y fixer la date d'un procès. On dit que les délais résultent de la pénurie d'installations. Les éléments de preuve soumis comprennent une étude réalisée par le professeur Carl Baar, directeur du *Judicial Administration Program* de l'université Brock. D'après les recherches et les études comparatives qu'il a menées, le professeur Baar conclut que le district de Peel (que le professeur Baar désigne sous le nom de Brampton), connaît des délais extrêmement longs en comparaison des autres districts de l'Ontario, du reste du Canada et même des États-Unis. Il souligne que cette situation tient en partie à la croissance rapide

international airport which generates a great many drug-related offences. He also finds that a shortage of court space and judges are significant factors which contribute to the lengthy delays. His research indicates that comparatively speaking it is without doubt one of the worst districts in Canada, if not the worst, in terms of delays between committal and trial. Ontario can take no pride in this situation and must indeed bear the responsibility for it. Professor Baar writes:

If Canadian courts were required to set cases for trial within six months, they could almost universally do so. No Provincial Court in Canada is normally setting cases for trial or preliminary hearing more than six months after first appearance. Of the five provinces with county courts, only one location in one province routinely sets criminal cases for trial more than six months after committal: Ontario's Peel County Court in Brampton. That court has set trial dates a full ten months ahead, perhaps the longest delay in Canada.

Justice Zuber also concluded that Peel District was the worst in the province. He wrote in his report that the unhappy situation in certain districts in Ontario (including Peel) is aggravated by the fact that there is not a system in place whereby an early second trial date is guaranteed in those situations where the first trial date is missed. See Zuber Report, *supra*, at p. 54 and pp. 190-93.

To make matters worse, the situation in Peel District appears to have deteriorated from the time this case was initiated. In his report, which is subsequent to Professor Baar's study, Justice Zuber notes that his inquiry on the issue of delay revealed that Peel District had the greatest backlog in the province with a waiting period of one year regardless of the anticipated length of the trial. The conclusion that the situation continued for some time to deteriorate is supported both by the materials filed with the affidavit of Richard F. Chaloner, Deputy Attorney General of Ontario, and by the most recent study undertaken by Professor Baar.

de la ville et de la présence, dans le district, d'un très grand aéroport international qui donne lieu à de très nombreuses accusations d'infractions relatives aux drogues. Il constate aussi que la pénurie de salles d'audience et de juges est un facteur important qui contribue à la longueur des délais. Ses recherches indiquent qu'il s'agit, par comparaison, d'un des pires districts du Canada, sinon le pire, pour ce qui est du délai total entre l'envoi à procès et le procès lui-même. L'Ontario ne saurait être fier de cette situation et doit certes en porter la responsabilité. Le professeur Baar écrit encore:

[TRADUCTION] Si les tribunaux canadiens étaient tenus de fixer les procès dans un délai de six mois, ils pourraient presque tous le faire. Au Canada, aucune cour provinciale ne fixe ordinairement la date de l'enquête préliminaire ou du procès à plus de six mois de la première comparution. Des cinq provinces qui ont des cours de comté, une seule de ces cours dans une seule province fixe couramment la date du procès dans les affaires criminelles à plus de six mois après l'envoi à procès: la cour de comté du district de Peel, à Brampton (Ontario). Cette cour a fixé des procès à pas moins de dix mois plus tard, ce qui est peut-être le délai le plus long au Canada.

Le juge Zuber a aussi conclu que le district de Peel était le pire de la province. Dans son rapport, le juge écrit que la situation malheureuse de certains districts de l'Ontario (notamment celui de Peel) est aggravé du fait qu'il n'existe pas de système qui garantirait une autre date prochaine pour le procès quand celui-ci ne peut avoir lieu à la première date fixée. Voir le rapport Zuber, précité, à la p. 54 et aux pp. 190 à 193.

Pour aggraver les choses, la situation dans le district de Peel semble avoir empiré depuis le début de l'action en l'espèce. Dans son rapport, qui est postérieur à l'étude du professeur Baar, le juge Zuber souligne que l'enquête qu'il a menée au sujet des délais révèle que le district de Peel a l'arriéré de causes le plus considérable de la province et que le délai d'attente est d'au moins un an, indépendamment de la durée prévue du procès. Il ressort des pièces produites avec l'affidavit de Richard F. Chaloner, sous-procureur général de l'Ontario, et de la dernière étude du professeur Baar que la situation a continué d'empirer.

It is apparent that the situation in Peel District has been in a deplorable state for many years. Something is terribly wrong. As Justice Zuber noted the situation is "enormously complex" and there is no "magic solution" or "quick fix". Nonetheless, something must be done. Urgent attention to the situation is required. The response of the Government of Ontario has been neither overwhelming nor particularly successful. A program known as the Delay Reduction Initiative instituted by the Government is summarized in the Chaloner affidavit at pp. 21-22 as including:

- (a) the formulation of a delay reduction strategy based on the principles of co-operative management and caseload management, in accordance with the experience in other jurisdictions, the delay reduction literature, and the recommendations of Mr. Justice Zuber;
- (b) the establishment in late 1988 of six delay reduction pilot projects in the areas of the Province which then had the most serious delay problems;
- (c) the provision of trial co-ordinators and computerized trial information systems for the six projects;
- (d) upon a review and analysis of the plans submitted by the local delay reduction committees, the provision of funding for 13 additional judges, 24 Crown Attorneys, support staff and facilities improvements;
- (e) funding for additional Crown Attorneys to conduct an intensive review of the existing inventory of cases in each of the areas to determine the status of the "backlogged" cases, to take the initiative in contacting defence counsel to discuss the cases which will proceed, and to arrange for the bringing forward of cases capable of early resolution;
- (f) an ongoing analysis of the impact of additional resources in the areas to which they have been provided and a monitoring of the increases in efficiency in the operation of individual Provincial Courts as a result of the local initiatives adopted and implemented;
- (g) a directive to Crown Attorneys requiring full disclosure of the Crown's case to, *inter alia*, encourage early assessment and resolution of cases, or more accurate estimates of time requirements;

Il est évident que la situation dans le district de Peel est lamentable depuis de nombreuses années. Elle est même catastrophique. Le juge Zuber fait observer que la situation est «extrêmement complexe» et qu'il n'y a ni «solution miracle», ni «solution instantanée». Néanmoins, il faut y faire quelque chose et le faire tout de suite. La réponse du gouvernement de l'Ontario n'a été ni particulièrement remarquable ni particulièrement efficace. L'affidavit de M. Chaloner, aux pages 21 et 22, donne les grandes lignes d'un programme de [TRA-
DUCTION] «Mesures visant à réduire les délais» institué par le gouvernement:

- [TRADUCTION]
- a) énoncé d'une stratégie visant à réduire les délais fondée sur le principe de la gestion participative et la gestion des dossiers judiciaires, conformément aux expériences menées dans d'autres juridictions, aux études traitant de réduction des délais et aux recommandations du juge Zuber;
- b) création, vers la fin de 1988, de six projets-pilotes de réduction de délais dans les régions de la province où les problèmes de délais étaient alors les plus graves;
- c) embauche de coordonnateurs de procès et mise en place de systèmes informatiques de gestion des procès pour chacune des six expériences pilotes;
- d) après examen et analyse des propositions soumises par les comités locaux sur la réduction des délais, attribution du financement nécessaire pour la nomination de 13 juges additionnels, de 24 substituts du procureur général, l'augmentation du personnel de soutien et l'amélioration des installations;
- e) attribution du financement nécessaire à l'embauche de substituts du procureur général supplémentaires chargés de procéder à une analyse poussée de l'arriéré de causes dans chaque région afin de déterminer l'état d'avancement des affaires en attente, de contacter les avocats des accusés pour discuter des causes qui doivent procéder et prendre des mesures afin de faire progresser les affaires qui peuvent être rapidement amenées à leur conclusion;
- f) analyse continue de l'effet des ressources additionnelles dans les régions où elles ont été affectées et suivi de l'augmentation d'efficacité du fonctionnement de chaque cour provinciale amenée par l'application des mesures prises et mises en vigueur;
- g) directive adressée aux substituts du procureur général leur enjoignant de fournir tous les détails de la preuve de la poursuite afin de promouvoir entre autres l'évaluation et la solution rapide des causes et l'établissement de prévisions plus justes des délais;

- (h) initiating legislative changes to provide a pool of part-time provincial judges available on a *per diem* basis to increase the number of courts disposing of cases;
- (i) the introduction, upon proclamation of the *Courts of Justice Amendment Act, 1989*, of a system of regional court management which will allow regional senior judges to allocate judicial resources more effectively throughout their regions, and to concentrate those resources in the locations with the most serious delay problems.

Peel District (referred to as Brampton District in the affidavit) was one of the six areas where the delay reduction programs were instituted. These programs stressed more efficient use of the region's available facilities rather than the provision of additional resources. However, in the case of Peel District the program alone is obviously insufficient. The most recent statistics set forth in the Chaloner affidavit for the period from October 1988 to December 1989 clearly indicate that in four of the six target areas, including Peel District, there is no visible long-term trend towards improvement of the mean average time of case delays. For the Districts of Peel, Barrie, Newmarket and Oshawa these programs have had little or no long-term effect on reducing the period of delay, although it appears to have achieved some degree of stability in that the situation is no longer worsening. However, the delay periods remain completely unacceptable.

The only conclusion which can be drawn from an analysis of the material filed is that the problem of systemic delay in Peel has not and cannot be resolved simply by introducing a more efficient caseload management system. More resources must be supplied to this district perhaps by way of additional Crown Attorneys and courtrooms. This conclusion cannot come as a surprise. The problem has existed for many years, back at least as far as 1981. At this point it is worth repeating the words of the trial judge:

I am satisfied that the reason for the delay was caused by the insufficient institutional resources in the Judicial District of Peel. Even if more judges had been available for the jury sittings of October 15, 1985, there would have been no courtrooms in which to hold the trials. It is

- h) modifications des lois afin de rendre possible le recours à une équipe de juges provinciaux à temps partiel rémunérés à la journée afin d'augmenter le nombre de tribunaux qui entendent des causes;
- i) mise en vigueur, dès l'adoption de la *Loi de 1989 modifiant la loi sur les tribunaux judiciaires*, d'un système de gestion des tribunaux par région qui permettrait aux juges principaux de régions de mieux utiliser les ressources dans leur région et de concentrer l'utilisation de ces ressources là où les problèmes de délais sont les plus graves;

Le district de Peel (appelé le district de Brampton, dans l'affidavit) est l'une des six régions où les programmes de réduction des délais ont été appliqués. Ces programmes portaient plus sur l'amélioration de l'efficacité des ressources disponibles dans chaque région que sur l'augmentation des ressources. Cependant, dans le cas du district de Peel, ce seul programme est manifestement insuffisant. Les statistiques les plus récentes fournies dans l'affidavit de M. Chaloner pour la période allant d'octobre 1988 à décembre 1989 indiquent clairement que, dans quatre des six régions en cause, dont le district de Peel, il n'y a pas de tendance à l'amélioration à long terme de la durée moyenne des délais. Pour les districts de Peel, de Barrie, de Newmarket et d'Oshawa, ces programmes n'ont que peu ou pas d'effet à long terme sur la réduction des délais, bien qu'ils semblent avoir permis de stabiliser la situation puisque celle-ci a cessé d'empirer. Cependant, les délais demeurent totalement inacceptables.

La seule conclusion qui se dégage de l'analyse des éléments de preuve produits est que le problème des délais systémiques dans le district de Peel n'a pas été résolu et ne saurait l'être par l'application d'un système plus efficace de gestion des dossiers judiciaires. Il faut fournir plus de ressources à ce district, probablement sous forme d'une augmentation du nombre de substituts et de salles d'audience. Cette conclusion n'est pas inattendue. Le problème existe depuis de nombreuses années, depuis 1981 au moins. Il faut rappeler ici les mots du juge de première instance:

[TRADUCTION] Je suis convaincu que la cause des délais est l'insuffisance des ressources institutionnelles dans le district judiciaire de Peel. Même s'il y avait eu d'autres juges disponibles pour les procès avec jury le 15 octobre 1985, il n'y aurait pas eu de salle d'audience

obvious that this jurisdiction lacks sufficient resources to meet the demands and administer the criminal justice system with minimal delay. This has caused a systematic delay in the administration of justice. It was this way when I came here in 1981 and it continues to be this way today [September 1986]. Even this month cases which are to be set for trial are set for September and October of 1987. Those responsible for the proper administration of justice have known about this systematic delay for at least five years; yet nothing has been done about it.

In my view there has been an unreasonable delay in bringing this case on for trial and the delay has been caused by the chronic shortage of institutional resources in the Judicial District of Peel. [Emphasis added.]

Obviously the problems to which Bolan Dist. Ct. J. referred have not yet been resolved. It is pertinent to note the observations of the Honourable W. G. C. Howland in his recent "Reports on the Administration of Justice in Ontario on the Opening of the Courts for 1990" (1990), 24 *L. Soc. Gaz.* 5, at p. 7. There he observed that there was a need for more provincial court judges to remedy the situation. He stated:

The Attorney General had undertaken delay-reduction pilot projects in each of the six regions comprising members of the judiciary, the Crown attorney, representatives of the Federal Department of Justice, of Legal Aid and of the defence bar. These Task Forces have proved to be of positive assistance in persuading the Attorney General of the need to make additional appointments and not merely to fill vacancies. [Emphasis added.]

The extent and gravity of the problem in Peel is brought home by reference to the comparative study done in 1987 by Professor Baar. The study illustrated that in Canada, New Brunswick and Quebec were best able to bring their cases to trial within the 30 to 90-day range. In terms of the time taken to completely dispose of a case from committal to disposition, the median total time in New Brunswick's lower courts (provincial courts) was 152 days. The median total time in upper courts (s. 96 courts) was 72 days. By comparison, in Ontario the best district was London with a median total time of 239 days and the median upper court time of 105 days. Toronto, Ottawa

disponible pour tenir les procès. Il est manifeste que ce district judiciaire n'a pas les ressources nécessaires pour satisfaire aux exigences de l'administration de la justice criminelle sans retards indus. Cette situation a créé un retard systémique dans l'administration de la justice. C'était le cas quand je suis arrivé ici en 1981 et la situation reste la même aujourd'hui [septembre 1986]. Ce mois-ci encore, les dates des procès sont fixées pour septembre et octobre 1987. Les responsables de la bonne administration de la justice sont au courant de ces retards systémiques depuis au moins cinq ans; mais rien n'a été fait à ce sujet.

À mon avis, il y a eu des délais déraisonnables avant le début du procès en l'espèce et ces délais dépendent du manque chronique de ressources institutionnelles dans le district judiciaire de Peel. [Je souligne.]

Manifestement les problèmes dont parlait le juge Bolan n'ont pas encore été réglés. Il est intéressant de signaler les remarques de l'honorable W. G. C. Howland, dans son récent rapport, intitulé «Reports on the Administration of Justice in Ontario on the Opening of the Courts for 1990» (1990), 24 *L. Soc. Gaz.* 5, à la p. 7. Il y fait observer qu'il faut plus de juges de la cour provinciale pour corriger la situation. Il dit ceci:

[TRADUCTION] Le procureur général a mis en œuvre des projets expérimentaux de réduction des délais dans six régions qui font appel à des juges, des substituts, des représentants du ministère fédéral de la Justice, de l'aide juridique et des avocats de la défense. Ces groupes de travail ont contribué à convaincre le procureur général qu'il faut créer de nouveaux postes et non se contenter de doter les postes vacants. [Je souligne.]

L'ampleur et la gravité du problème existant dans le district de Peel ressortent clairement de l'étude comparative menée par le professeur Baar en 1987. L'étude montre qu'au Canada, le Nouveau-Brunswick et le Québec sont les mieux placés pour commencer le procès des accusés dans un délai de 30 à 90 jours. En fonction du temps total qu'il faut, depuis l'envoi à procès, pour disposer d'une affaire de façon définitive, le temps médian global était de 152 jours dans les cours d'instance inférieure (cours provinciales) du Nouveau-Brunswick. Le temps médian était de 72 jours dans les cours supérieures (les cours visées par l'art. 96). En comparaison, en Ontario, le district ayant les

and St. Catharines were all close together with median total times of between 315 and 349 days, and upper court times between 133 and 144 days.

Professor Baar wrote that “[b]y all measures used in the study, Brampton District Court was significantly slower than any other location studied: median total time was 607 days and median upper court time was 423 days.” Nor can any comfort be drawn by comparison to the United States. Professor Baar concluded that the Peel District is generally substantially slower than the slowest United States jurisdictions. Further, he noted that the delay in the present case was longer than 90 per cent of all cases in terms of median total time among those heard even in Peel District. This case therefore represents one of the worst from the point of view of delay in the worst district not only in Canada, but so far as the studies indicate, anywhere north of the Rio Grande.

If it should be argued that the statistics from New Brunswick cannot represent a basis for comparison, then surely those from Quebec can and do provide a guide for comparison. A review of the recent statistics kept by the courts in Montréal, Longueuil and Terrebonne by comparison reveals how very unsatisfactory and intolerable is the state of affairs in Peel.

At Montréal, for the 5½-month period beginning January 8, 1990, the delay between the date of remitting a case for trial at the next assize and the date of trial is 82½ days. This figure includes the time for all trials save one which was remitted by the Court of Appeal for a second trial. If from this figure are deducted those cases where the defence either requested an adjournment or brought a motion such as *certiorari*, the time was 60 days.

In the District of Terrebonne, taking into account all the cases before the Superior Court, the delay between remission for trial and trial is

meilleurs résultats était celui de London, avec un temps médian global de 239 jours et un temps médian global de 105 jours dans les cours supérieures. Toronto, Ottawa et St. Catharines présentaient des résultats comparables, ayant des temps médians globaux de 315 à 349 jours et de 133 à 144 jours dans les cours supérieures.

Le professeur Baar écrit: [TRADUCTION] «[s]elon toutes les mesures utilisées dans l'étude, la cour de district de Brampton est beaucoup plus lente que tous les autres endroits étudiés. Le temps médian global était de 607 jours, le temps médian des cours supérieures de 423 jours.» On ne peut pas plus le comparer favorablement avec les États-Unis. Le professeur Baar conclut que le district de Peel est, en général, beaucoup plus lent que le plus lent des ressorts des États-Unis. De plus, il signale que le délai en l'espèce dépasse le temps médian de 90 p. 100 de toutes les affaires entendues même dans le district de Peel. L'espèce correspond à l'un des pires cas en matière de délais de tous les districts non seulement du Canada mais, selon les résultats de l'étude, de partout au nord du Rio Grande.

Si on soutenait que les statistiques du Nouveau-Brunswick ne constituent pas un point de comparaison valable, celles du Québec en constituent sûrement un. L'examen des statistiques récentes compilées par les cours de justice de Montréal, de Longueuil et de Terrebonne démontrent, par comparaison, à quel point la situation de Peel est déplorable et intolérable.

À Montréal, pour la période de cinq mois et demi à compter du 8 janvier 1990, le délai depuis la date de l'envoi à procès aux prochaines assises jusqu'au procès lui-même a été de 82 jours et demi. Ce chiffre tient compte du temps requis pour parvenir à procès dans tous les cas, sauf un pour lequel la Cour d'appel a prononcé le renvoi à un second procès. Si l'on exclut de ce calcul les affaires dans lesquelles la défense a soit demandé un ajournement soit présenté une requête en *certiorari*, le temps est de 60 jours.

Dans le district de Terrebonne, si l'on inclut toutes les affaires soumises à la Cour supérieure, le délai depuis l'envoi à procès jusqu'au procès lui-

91.5 days. If one case with exceptional circumstances is deleted, the waiting period drops to 86 days.

In the District of Longueuil, the waiting period for trial is 90.5 days. Once again, if the exceptional cases are deleted, the waiting period drops to 66.75 days.

The average time in the three districts to commence a trial is 84.3 days and if from the total there is deducted those cases where a second trial was directed or the defence requested an adjournment, the waiting period is only 63.5 days.

Making a very rough comparison and more than doubling the longest waiting period to make every allowance for the special circumstances in Peel would indicate that a period of delay in a range of some six to eight months between committal and trial might be deemed to be the outside limit of what is reasonable. The usual delays in Peel are more than four times as long as those of busy metropolitan districts in the province of Quebec and the delay in this case is more than eight times as long. The figures from the comparable districts demonstrate that the Peel District situation is unreasonable and intolerable.

The delay in this case is such that it is impossible to come to any other conclusion than that the s. 11(b) *Charter* rights guaranteed to the individual accused have been infringed. As well, the societal interest in ensuring that these accused be brought to trial within a reasonable time has been grossly offended and denigrated. Indeed the delay is of such an inordinate length that public confidence in the administration of justice must be shaken. Justice so delayed is an affront to the individual, to the community and to the very administration of justice. The lack of institutional facilities cannot in this case be accepted as a basis for justifying the delay.

I am well aware that as a consequence of this decision, a stay of proceedings must be directed. This is, to say the least, most unfortunate and regrettable. It is obvious that the charges against the appellants are serious. Extortion and threat-

même est de 91,5 jours. Si on excepte une affaire où les circonstances sont exceptionnelles, le temps d'attente tombe à 86 jours.

^a Dans le district de Longueuil, le temps d'attente du procès est 90,5 jours. Là encore, si l'on exclut les cas exceptionnels, la période d'attente tombe à 66,75 jours.

^b Le temps moyen d'attente dans les trois districts, avant le début du procès, est de 84,3 jours et, si l'on exclut du calcul les affaires où il y a eu ordonnance de nouveau procès et celles où la défense a demandé un ajournement, la période d'attente est de seulement 63,5 jours.

^c Par une comparaison très approximative et même si l'on double les périodes d'attentes les plus longues pour tenir compte des circonstances particulières au district de Peel, une période d'attente de six à huit mois entre l'envoi à procès et le procès lui-même, pourrait être à la limite supérieure du raisonnable. Dans le district de Peel, les délais sont ordinairement plus de quatre fois plus longs que ceux des districts les plus occupés des grandes villes du Québec, et le délai en l'espèce est plus de huit fois plus long que celui de ces districts. Les résultats des districts comparables démontrent que la situation du district de Peel est déraisonnable et ^f intolérable.

^d Le délai de l'espèce est tel qu'il est impossible de ne pas conclure que les droits garantis aux accusés en vertu de l'al. 11b) de la *Charte* ont été violés. ^g De plus, l'intérêt de la société à ce que ces accusés subissent leur procès dans un délai raisonnable a été gravement violé et bafoué. À vrai dire, le délai est si démesurément long que la confiance du public dans l'administration de la justice en est ^h nécessairement ébranlée. De tels délais de justice sont un affront pour les justiciables, pour la société et pour l'administration de la justice. La pénurie de ressources institutionnelles ne peut servir, en ⁱ l'espèce, à justifier les délais.

^j Je me rends bien compte qu'en raison de cette conclusion il faut ordonner l'arrêt des procédures. C'est malheureux et très regrettable. Manifestement, les accusations portées contre les appelants sont graves. L'extorsion et les menaces d'agression

ened armed violence tear at the basic fabric of society. To accede to such conduct would constitute a denial of the rule of law and an acceptance of a rule that unlawful might makes right. The community has good reason to be alarmed by the commission of serious crimes. There can be no doubt that it would be in the best interest of society to proceed with the trial of those who are charged with posing such a serious threat to the community. Yet, that trial can only be undertaken if the *Charter* right to trial within a reasonable time has not been infringed. In this case that right has been grievously infringed and the sad result is that a stay of proceedings must be entered. To conclude otherwise would render meaningless a right enshrined in the *Charter* as the supreme law of the land.

I would note in passing that the delay cannot be justified on the basis that it came within a "transitional period" necessitated by the passage of the *Charter*. Judge Bolan indicated that the problem went back at least to 1981. Further, Lamer J. in *Mills* and *Rahey* gave a clear indication that there was a specific cut-off point after which the transition period could not be used as a justification for delay. This case has long since passed by that cut-off point. This is not to say the consideration of a transitional period should always be precluded in the future. The consideration of a transitional period might well be required by the changing conditions in a particular district. For example, if an international airport were to be built in another judicial district, it would be sensible to consider a transitional period to overcome the institutional delays in that district arising from a substantial increase in cases to be tried.

This conclusion should not be taken as a direction to build an expensive courthouse at a time of fiscal restraint. Rather, it is a recognition that this situation is unacceptable and can no longer be tolerated. Surely an imaginative solution could be found that would rectify the problem. For example, courtroom space might be found in other nearby government buildings. Or perhaps an interim solution could be achieved by the installa-

armée sapent les principes fondamentaux de la société. Accepter ce comportement équivaldrait à renoncer à la primauté du droit et à accepter le règne de l'illégalité. La société a de bonnes raisons de craindre la perpétration de crimes graves. Il ne fait pas de doute qu'il serait dans le meilleur intérêt de la société de traduire en justice ceux qui sont accusés de faire peser sur elle une menace aussi grave. Cependant, le procès ne peut avoir lieu que si le droit garanti par la *Charte* d'être jugé dans un délai raisonnable a été respecté. En l'espèce, il y a eu violation grave de ce droit de sorte qu'il faut malheureusement ordonner l'arrêt des procédures. Agir autrement reviendrait à vider de son sens un droit garanti par la *Charte*, qui fait partie de la loi fondamentale du pays.

Je veux mentionner en passant que les délais ne peuvent être excusés parce qu'ils sont survenus pendant «une période de transition» rendue nécessaire par l'adoption de la *Charte*. Le juge Bolan mentionne que le problème date de 1981 au moins. De plus, dans les arrêts *Mills* et *Rahey*, le juge Lamer a signifié clairement qu'à un certain moment donné dans le temps, il était impossible d'invoquer la période de transition comme justification des délais. L'espèce se situe bien au-delà de ce moment. Cela ne veut pas dire qu'on ne puisse plus jamais invoquer cette période de transition à l'avenir. Il pourrait bien arriver qu'il faille tenir compte d'une période de transition à la suite de changements de circonstances dans un district en particulier. Par exemple, si on construisait un aéroport international dans un autre district judiciaire, il serait raisonnable d'envisager une période de transition nécessaire pour réduire les délais institutionnels occasionnés dans ce district par la forte augmentation du nombre des procès.

Cette conclusion ne doit pas être entendue comme un ordre de construire un palais de justice coûteux en période de restrictions budgétaires. C'est plutôt la constatation que la situation est inacceptable et n'est plus tolérable. Il est certainement possible de trouver une solution originale au problème. Par exemple, on pourrait aménager des salles d'audiences dans d'autres édifices publics. On pourrait peut-être même avoir recours, comme

tion of portable structures similar to those used in the school system. If the children who represent the most precious resource of the nation can be taught in portable classrooms, then as a temporary solution trials can take place in similar accommodation.

Arguments can always be raised as to why interim solutions should not be used. Yet, imaginative cooperation can surely resolve these problems. If temporary structures cannot be used for criminal cases for reasons of security, then the criminal trials might proceed in the courthouse while the civil cases are heard in the nearby government buildings or portable buildings.

Another temporary solution might be to encourage changes of venue. Section 599 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, provides:

599. (1) A court before which an accused is or may be indicted, at any term or sittings thereof, or a judge who may hold or sit in that court, may at any time before or after an indictment is found, on the application of the prosecutor or the accused, order the trial to be held in a territorial division in the same province other than that in which the offence would otherwise be tried if

(a) it appears expedient to the ends of justice; or

(3) The court or judge may, in an order made on an application by the prosecutor under subsection (1), prescribe conditions that he thinks proper with respect to the payment of additional expenses caused to the accused as a result of the change of venue.

Both the interest of the individual accused and the inferential societal interest would be served by a change of venue if it resulted in a trial taking place within a reasonable time. If such were the result, then the change of venue would certainly be "expedient to the ends of justice" and fall within the category of changes envisioned by the section. The section itself provides the guarantees that any changes of venue will not prejudice the accused and ensures that appropriate arrangements will be

solution provisoire, à des bâtiments temporaires comme on le fait pour les écoles. Si les enfants, qui représentent la ressource la plus précieuse de la nation, peuvent s'accommoder de classes temporaires, on pourrait bien, comme solution provisoire, tenir des procès dans des installations de ce genre.

On peut toujours trouver des raisons de ne pas avoir recours à des solutions provisoires. Toutefois il est certainement possible, en faisant appel à l'imagination et à la coopération, de trouver une solution à ces problèmes. S'il est impossible d'utiliser des bâtiments temporaires pour les procès criminels, pour des motifs de sécurité, les procès criminels pourraient alors voir lieu au palais de justice et les procès civils auraient lieu dans des édifices publics voisins ou dans des bâtiments temporaires.

Une autre solution provisoire pourrait être celle du renvoi à un autre district. L'article 599 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 dit:

599. (1) Un tribunal devant lequel un prévenu est ou peut être mis en accusation à l'une de ses sessions, ou un juge qui peut tenir ce tribunal ou y siéger, peut, à tout moment avant ou après la mise en accusation, à la demande du poursuivant ou du prévenu ordonner la tenue du procès dans une circonscription territoriale de la même province autre que celle où l'infraction serait autrement jugée, dans l'un ou l'autre des cas suivants:

a) la chose paraît utile aux fins de la justice;

(3) Le tribunal ou un juge peut, dans une ordonnance rendue à la demande du poursuivant sous le régime du paragraphe (1), prescrire les conditions qui lui paraissent appropriées quant au paiement des dépenses additionnelles causées à l'accusé par le renvoi de l'affaire devant un tribunal d'une autre circonscription territoriale.

Le renvoi de l'affaire dans une autre circonscription servirait autant les intérêts des accusés que l'intérêt implicite de la société, s'il avait comme conséquence de permettre la tenue du procès dans un délai raisonnable. S'il avait ce résultat, le changement de circonscription territoriale serait certainement «utile aux fins de la justice» et appartiendrait à la classe des changements visés par cet article. Celui-ci fournit la garantie qu'un changement de circonscription territoriale ne nuira pas

made in order to secure the fair transfer of persons and resources from one jurisdiction to another. In those situations where a change of venue could be fairly and effectively completed, and yet is rejected by an accused, such a refusal would weigh against the accused in determining whether there had been an unreasonable delay.

These tentative suggestions may very well be unworkable. But some solution must be found to eradicate this malignant growth of unreasonable trial delay that constitutes such an unacceptable blight upon the administration of justice in Peel District.

(c) Delay Attributable to the Accused

In order to consider this factor, it is necessary to examine the conduct of the accused in order to ascertain whether it was such that it excused the delay by in effect bringing it about. At the outset, I would repeat that in this case it is clear that there was no direct action on the part of the appellants which resulted in any delay apart from that which occurred prior to the preliminary hearing. The appellants certainly neither took nor were responsible for any direct action that caused the subsequent two-year delay which in itself is unacceptable. Therefore, the question of delay as a consequence of direct acts of the appellants need not be considered.

However, the two-year delay period must be reviewed to ascertain whether the appellants either waived their right to complain of the unreasonable delay or brought it about by their actions. It is the conduct of the appellants during the course of the two-year delay which found disfavour with the Court of Appeal. Indeed for that court this conduct was "perhaps the most important factor" which justified the delay in the case at bar. The Court of Appeal was of the view that the conduct of the appellants amounted to using the tactic of delay for their own advantage. I cannot agree with that conclusion, but I have reached this decision on the basis of evidence that was not presented to the Court of Appeal.

aux accusés et permet de prendre les dispositions qui permettront le transfert équitable des personnes et des ressources d'une circonscription à une autre. Dans les cas où il pourrait y avoir un changement de circonscription territoriale dans des conditions d'équité et d'efficacité, le refus, par l'accusé, de ce changement lui serait compté comme facteur défavorable dans la détermination du caractère raisonnable des délais.

Ces solutions proposées sont peut-être inapplicables en pratique. Il faut toutefois trouver le moyen d'éliminer cette prolifération désordonnée de procès tenus dans des délais excessifs qui entachent l'administration de la justice dans le district de Peel.

c) Les délais imputables aux accusés

Pour analyser ce facteur, il faut examiner la conduite des accusés afin de déterminer si elle excuse les délais parce qu'elle les a causés. D'abord, je répète qu'il est manifeste que les appelants n'ont accompli aucun acte direct qui ait contribué aux délais sauf ceux qui ont précédé l'enquête préliminaire. Les appelants n'ont accompli aucun acte qui ait directement entraîné le délai de deux ans, inacceptable en soi, ni ne sont responsables de tels actes. Il n'est donc pas nécessaire de se demander si les actes des appelants ont directement causé des délais.

Cependant, il faut examiner l'ensemble de la période de deux ans pour savoir si les appelants ont renoncé ou non à leur droit de se plaindre des délais excessifs ou s'ils ont causé eux-mêmes ces délais. C'est la conduite même des appelants pendant ce délai de deux ans qui a été sévèrement jugée par la Cour d'appel. En fait, pour la Cour d'appel ces actes ont [TRADUCTION] «peut-être, été le facteur principal» du délai en l'espèce. La Cour d'appel a estimé que les actes des appelants équivalaient au recours à une tactique d'utilisation des délais à leur propre avantage. Je ne puis souscrire à cette conclusion mais je suis arrivé à l'avis contraire au vu d'éléments de preuve qui n'avaient pas été soumis à la Cour d'appel.

The Court of Appeal found that the following actions of the appellants were indicative of abuse of the right to trial within a reasonable time.

- (1) the accused had a concealed plan aimed at waiting until the delay was unreasonable before bringing their motion;
- (2) that facilities may have existed to accommodate an earlier trial for the accused; and
- (3) that the accused expressed no concern or objection as regards the delay.

These conclusions differed from those of the trial judge, who found that the parties could not have been given an earlier trial date. He stated:

... even if they [the appellants] would have asked for earlier trial dates, how could they have been accommodated? In this jurisdiction when a trial date is given, it is the next available date. We do not have the luxury of being selective in giving our trial dates. We look at the list in front of us and give the next trial date which is available. In both instances in this case, it was about one year down the line. And furthermore, what right does one accused have to a speedy trial over someone else who is ahead of him, except, of course, if the accused is in custody. In my view, he does not.

This conclusion of the trial judge is firmly supported by the evidence contained in the complete transcript. The transcript demonstrates that: (1) counsel attended the trial coordinator's office to find out the earliest possible date and were told that it was June, 1986; (2) the judge presiding at the Assignment Court noted that this information was incorrect and told counsel that, with the exception of a week in April, the earliest trial date available was September, 1986; (3) at the Assignment Court the Crown called five priority cases ahead of the case at bar, for placement in that free week in April. These priority cases were either older cases than the one at bar or involved a detained accused; and (4) the Crown estimated that the case at bar would take two weeks while the free days in April amounted to only one week.

La Cour d'appel a jugé que les actes suivants des appelants manifestaient un abus du droit d'être jugé dans un délai raisonnable.

- (1) les accusés avaient comme dessein secret d'attendre que les délais soient excessifs pour présenter leur requête;
- (2) il est possible qu'il y ait eu des moyens qui auraient permis de tenir le procès des accusés plus tôt;
- (3) les accusés ne se sont pas plaints des délais et ne s'y sont pas opposés.

Ces constatations diffèrent de celles du juge de première instance, qui a conclu que les parties n'auraient pas pu être jugées plus tôt. Il dit ceci:

[TRADUCTION] ... même s'ils [les appelants] avaient exigé la fixation d'une date plus rapprochée, comment aurait-on pu la leur accorder? Dans ce district, quand on fixe la date d'un procès, on le fixe à la date la plus rapprochée possible. Nous n'avons pas le luxe de choisir la date à attribuer pour le procès. Nous consultons le calendrier qui est devant nous et nous attribuons la première date de procès disponible. Aux deux occasions de le faire en l'espèce, la date était éloignée d'environ un an. De plus, en quoi un accusé a-t-il plus de droit à un procès expéditif qu'un autre accusé dont le nom paraît avant le sien sur la liste, sauf évidemment si l'accusé est sous garde. À mon avis, aucun.

La preuve contenue dans la transcription complète des procédures appuie solidement cette conclusion du juge de première instance. Cette transcription établit que: (1) les avocats se sont rendus au bureau du coordonnateur des procès pour déterminer la date disponible la plus rapprochée et se sont fait dire que c'était en juin 1986; (2) le juge qui présidait l'audience de fixation du rôle a indiqué que ce renseignement était inexact et il a indiqué aux avocats que la date la plus rapprochée, à l'exception d'une semaine en avril, était septembre 1986; (3) à l'audience de fixation du rôle, le ministère public a présenté cinq procès prioritaires pour leur attribuer une date antérieure à celui des accusés, pendant la semaine libre en avril. Ces affaires étaient prioritaires parce qu'elles étaient antérieures à l'espèce ou parce que l'accusé était détenu; et (4) le ministère public estimait que le procès en l'espèce durerait deux semaines alors qu'il y avait une semaine disponible seulement en avril.

The difference of opinion between the trial judge and the Court of Appeal can be readily understood in light of the explanation that the Court of Appeal was only provided with a partial transcript of the day's proceedings in the Assignment Court. It is the complete transcript filed in this Court that makes it apparent that the trial judge was correct in his assessment that there was no other trial date available.

The words of the Assignment Court Judge must be placed in context and viewed in light of what he had said earlier in relation to other cases while counsel for the appellants were present. The Crown was properly giving priority to other cases and it was absolutely clear that it was impossible to fix an earlier date for the trial of the case at bar. This fact, made known to all in the courtroom by the judge, made it utterly futile for counsel for the appellants to complain about the delay to the Assignment Court Judge. Quite simply, the appellants had no choice as to the date of their trial; they were assigned the earliest possible date.

The complete transcript also reveals that there was no evidence to even support a finding that the appellants had a concealed plan to wait until the delay was unreasonable before complaining or bringing a motion. Indeed, the transcript of the proceedings of the Assignment Court indicates that in the presence of counsel for the appellants, while dealing with one of the "priority cases", there was an objection registered by counsel in that case as to the delay in the trial. To that objection the Assignment Court Judge replied:

All right. I have recorded your objection, Mr. Willoughby, but I don't propose to do anything other than to set a new trial date, without prejudice to your rights to move to seek whatever remedy you consider might be available to you. [Emphasis added.]

He then went on to advise counsel of the court's available dates:

There are some dates that have become available because of the change in some scheduling, but other than that we are dealing with matters in September of

La divergence d'opinion entre le juge de première instance et la Cour d'appel s'explique facilement puisque la Cour d'appel n'a vu qu'une transcription partielle de la séance de fixation du rôle.

a La transcription complète produite en notre Cour démontre que le juge de première instance avait raison et qu'il n'y avait pas d'autre date possible pour le procès.

b

Il faut replacer en contexte les paroles du juge qui a présidé à la fixation du rôle et les interpréter en fonction de ce qu'il avait dit plus tôt au sujet d'autres affaires, en présence des avocats des appelants. Le ministère public, à juste titre, a donné la priorité à d'autres affaires et il est manifeste qu'il était impossible de fixer le procès des accusés en l'espèce à une date plus rapprochée. Ce fait, que le juge avait fait connaître à tous ceux qui se trouvaient dans la salle d'audience, rendait absolument inutile que les avocats des accusés se plaignent des délais auprès du juge qui présidait la fixation du rôle. Tout simplement, les appelants n'avaient pas d'autre choix pour la date de leur procès et on leur a attribué la date la plus rapprochée possible.

La transcription complète indique aussi qu'aucun élément de preuve ne permettait de conclure que les appelants avaient eu le dessein secret d'attendre que les délais soient excessifs pour se plaindre ou présenter leur requête. Au contraire, la transcription de l'audience de fixation du rôle indique qu'en présence des avocats des appelants, au moment où le juge s'occupait d'une des affaires prioritaires, un avocat a soulevé une objection au sujet des délais du procès dans cette affaire. Le juge lui a répondu ceci:

h [TRADUCTION] Très bien. Je prends note de votre opposition, M^e Willoughby, mais je me propose de ne faire rien d'autre que fixer une nouvelle date pour le procès, sans préjudice de vos droits de demander par requête toute réparation à laquelle vous estimez avoir droit. [Je souligne.]

Puis il a continué à indiquer aux avocats les dates possibles pour les procès.

j [TRADUCTION] Certaines dates ont été rendues disponibles à cause des changements de calendrier, mais autre-

1986 as being first times that are available. [Emphasis added.]

In summary, a review of the complete transcript of the proceedings in the Assignment Court makes it very clear that there was nothing in the conduct of the accused which could indicate that they were deliberately attempting to use the provision in an improper manner. It is always the responsibility of the Crown to bring the accused to trial. The onus rests always with the Crown to establish that a delay was occasioned by direct actions of the accused as in *Conway* or that the actions of the accused manifested a deliberate or calculated tactic undertaken to delay the trial.

(iii) *Waiver*

A consideration of the waiver issue requires that answers be given to two questions. The first is whether the appellants specifically waived their rights to a trial within a reasonable period. The second is whether their actions during the course of the proceedings were tantamount to waiver. Once again, the two-year period must be reviewed to ascertain whether the appellants either waived the delay explicitly or through their actions. I believe that there is nothing in the actions of the accused which could lead to the conclusion that the appellants waived their s. 11(b) rights.

The first question can be readily answered. On the facts of this case there was no explicit waiver of their rights by the appellants. The only remaining issue then is whether the actions of the appellants were such as to allow the court to draw the clear inference that they were in effect waiving their rights. In the opinion of the Court of Appeal there was just such conduct on the part of the accused.

The term "waiver" indicates that a choice has been made between available options. When the entire record of the proceedings on the occasion when the last trial date was fixed is read, it becomes crystal clear that the appellants had no choice as to the date of the trial. The first available dates were given and allotted to these appellants. Unless some real option is available, there can be no choice exercised and as a result waiver is impossible.

ment, il s'agit de causes pour septembre 1986, les premières dates disponibles. [Je souligne.]

En résumé, l'examen de la transcription complète des procédures à l'audience de fixation du rôle indique clairement que les accusés n'ont rien fait qui indique qu'ils cherchaient délibérément à profiter indûment de la disposition. Le ministère public a, en tout temps, l'obligation d'amener l'accusé à subir son procès. Le ministère public a toujours le fardeau de prouver que le délai est directement imputable à l'accusé, comme dans l'affaire *Conway*, ou que les actes de l'accusé indiquent le recours délibéré à une tactique visant à retarder le procès.

(iii) *La renonciation*

L'analyse de la question de la renonciation exige de répondre à deux questions. D'abord, les appelants ont-ils spécifiquement renoncé à leur droit d'être jugés dans un délai raisonnable? Ensuite, leur conduite au cours des procédures équivaut-elle à une renonciation? Ici de nouveau, il faut considérer la période de deux ans pour déterminer si les appelants ont renoncé au délai de façon expresse ou implicite, par leur conduite. Je crois qu'il n'y a rien dans les actes accomplis par les accusés qui permette de conclure que les appelants ont renoncé aux droits que leur garantit l'al. 11b).

Il est facile de répondre à la première question. Dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas eu de renonciation explicite des appelants à leurs droits. La seule autre question est de savoir si les actes des appelants permettent à la cour d'en déduire avec certitude qu'ils ont en réalité renoncé à leurs droits. De l'avis de la Cour d'appel, c'est exactement ce que les appelants ont fait.

La notion de «renonciation» implique un choix entre différentes possibilités. À la lecture de la transcription des procédures par laquelle la date du procès a été définitivement fixée, il apparaît clairement que les appelants n'avaient pas d'autre choix quant à la date du procès. Les premières dates de procès possibles ont été assignées aux appelants. Si quelqu'un n'a pas de choix réel à exercer, il ne peut renoncer à quoi que ce soit.

The silence of the appellants or their failure to raise an objection to a long delay is certainly not enough in the circumstances to infer waiver. Rather, the onus rests upon the Crown to demonstrate that the actions of the accused amounted to an agreement to the delay or waiver of their right.

In summary, the appellants did not specifically waive their s. 11(b) rights. Neither can it be inferred from their actions that they waived those rights.

Conclusion

The foregoing review indicates that there is no basis upon which this delay can be justified and as a result, a stay of proceedings must be directed. Courts may frequently be requested to take such a step. Fortunately, Professor Baar's work indicates that most regions of this country are operating within reasonable and acceptable time limits with the result that such relief will be infrequently granted. However, in situations such as this where the delay is extensive and beyond justification there is no alternative but to direct a stay of proceedings.

In the result, the appeal is allowed and a stay of proceedings is directed.

The following are the reasons delivered by

LAMER C.J.—I agree with Justice Cory's resolution of this appeal and with most of his reasons. However, with respect, I am unable to accept his position that one of the objectives of s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is the protection of a societal interest in speedy trials. I also respectfully disagree that prejudice suffered by the accused resulting from the delay is a factor to be considered when determining the "reasonableness" of the delay.

Societal Interest

As I stated in my reasons in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at pp. 917-18, reasons in which Dickson C.J. and Wilson J. concurred, and in which I still firmly believe, while society may have an interest in the efficient functioning of the

Le silence des appelants ou le fait qu'ils n'aient pas soulevé d'objection au long délai ne suffit certainement pas dans les circonstances présentes pour inférer la renonciation. Il incombe plutôt au ministère public de prouver que les actes des accusés constituent un acquiescement au délai ou à une renonciation à leur droit.

En résumé, les appelants n'ont pas spécifiquement renoncé aux droits que leur garantit l'al. 11b). On ne peut déduire non plus de leurs actes qu'ils ont renoncé à ces droits.

Dispositif

L'analyse qui précède indique qu'il n'y a aucune justification au délai en l'espèce et, en conséquence, qu'il faut ordonner l'arrêt des procédures. On pourra souvent demander aux tribunaux d'ordonner cette mesure. Heureusement, les travaux du professeur Baar indiquent que la plupart des régions du pays fonctionnent dans des délais raisonnables et acceptables de sorte que cette réparation sera accordée peu souvent. Cependant, lorsque, comme en l'espèce, les délais sont très longs et injustifiables, il n'y a pas d'autre possibilité que d'ordonner l'arrêt des procédures.

En définitive, le pourvoi est accueilli et l'arrêt des procédures ordonné.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Je souscris au dispositif proposé en l'espèce par le juge Cory et à la plus grande partie de ses motifs. Je ne puis cependant, avec égards, me ranger à son opinion que l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* a parmi ses objets la protection d'un intérêt de la société dans les procès expéditifs. Je ne suis pas de son avis non plus que le préjudice subi par l'accusé à cause du délai constitue un facteur dont il faut tenir compte pour déterminer si le délai est raisonnable.

L'intérêt de la société

Comme je l'ai déjà dit aux pp. 917 et 918 de mes motifs de l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, auxquels le juge en chef Dickson et le juge Wilson ont souscrit, et que je crois toujours bien fondés, même s'il se peut que la société ait un

criminal justice system, this interest is not what s. 11(b) is designed to protect:

Section 11(b) enunciates an individual right to be tried within a reasonable time for all persons charged with an offence. I wish to emphasize at the outset that this right is, in its nature, an individual right and has no collective rights dimension. While society may well have an interest in the prompt and effective prosecution of criminal cases, that interest finds no expression in s. 11(b), though evidently, incidental satisfaction. The section is primarily concerned with ensuring respect for the interests of the individual. Effective enforcement of this *Charter* right, which may from time to time see the guilty go free, will nevertheless also benefit society as a whole. It will ensure, in addition to respect for individual rights, the prompt prosecution and determination of criminal cases, a result which will be welcomed by the innocent and regarded with aversion by many of the guilty. But the societal benefit resulting from the prompt prosecution of criminal cases, though of great importance, is a by-product of the section; it is not its object.

Wilson J. made this distinction between interests served by a particular aspect of the criminal justice system and the interests protected by the *Charter* in her decision in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296. That decision involved s. 11(f) of the *Charter*, the right to a trial by jury. Wilson J. recognized that although a jury serves both societal and individual interests, the rights guaranteed under s. 11 of the *Charter* are only designed to protect individual persons charged with an offence. After citing the above passage from my reasons in *Mills*, Wilson J. stated, at p. 1311:

This conclusion seems a sound one. The state can legitimately advance its interests in jury trials through legislation, e.g. the impugned provisions of the *Criminal Code*, but those interests are not embraced in a section of the *Charter* designed to protect the individual.

Prejudice

Cory J. adopts the consideration of "prejudice" from Wilson J.'s position in *Mills*, at p. 967:

There may, indeed, be an irrebuttable presumption in favour of prejudice flowing from the fact of an accused's being charged with a criminal offence but that is not

intérêt dans l'efficacité du système de justice criminelle, l'al. 11b) n'a pas pour objet de protéger cet intérêt:

L'alinéa 11b) énonce un droit individuel de tous les inculpés à être jugé dans un délai raisonnable. Je désire souligner au départ que ce droit est, de par sa nature, un droit individuel et n'a aucune dimension collective. Bien qu'il se puisse que la société ait un intérêt dans le déroulement prompt et efficace des affaires criminelles, cet intérêt ne trouve aucune consécration à l'al. 11b), quoique évidemment on y satisfasse incidemment. Le but premier de l'alinéa est d'assurer le respect des intérêts de l'individu. La mise en œuvre efficace de ce droit garanti par la *Charte* sauvera parfois un coupable, mais la société dans son ensemble en profitera aussi. En plus du respect des droits individuels, cela assurera la célérité de la poursuite et du jugement dans les affaires criminelles, ce qui sera bien accueilli par l'innocent, mais considéré avec aversion par les coupables. Cependant, le bénéfice social résultant de la célérité à poursuivre en matière criminelle, quoique d'une grande importance, n'est qu'un bénéfice indirect de l'alinéa; ce n'est pas son but.

Dans les motifs de l'arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, le juge Wilson fait cette distinction entre les intérêts visés par un aspect particulier du système de justice criminelle et les intérêts garantis en vertu de la *Charte*. Cet arrêt portait sur l'al. 11f) de la *Charte*, qui garantit le droit à un procès avec jury. Le juge Wilson reconnaît que, même si le jury favorise des intérêts tant collectifs qu'individuels, les droits que l'art. 11 de la *Charte* garantit visent seulement à protéger les personnes individuelles accusées d'une infraction. Après avoir cité le passage qui précède de mes motifs dans l'arrêt *Mills*, le juge Wilson dit, à la p. 1311:

Cette conclusion me paraît juste. L'État peut légitimement promouvoir ses intérêts dans la tenue de procès avec jury grâce à des textes de loi, comme par exemple les dispositions contestées du *Code criminel*, mais ces intérêts ne sont pas visés par un article de la *Charte* conçu pour protéger les individus.

Le préjudice

Le juge Cory adopte le point de vue exprimé par le juge Wilson dans l'arrêt *Mills*, à la p. 967, au sujet de l'examen du «préjudice»:

Il se peut bien qu'il y ait une présomption irréfragable de préjudice découlant du fait qu'un accusé est inculpé d'une infraction criminelle, mais ce n'est pas ce que

protected by s. 11(b) of the *Charter*. The prejudice arising from anxiety, stress and stigmatization by family and friends also exists where the accused is tried within a reasonable time. What the accused has to demonstrate under s. 11(b), in my opinion, is that he has suffered an impairment of his liberty and security interests as a result of the Crown's failure to bring him to trial within a reasonable time, not as a result of the Crown's having charged him.

In *Mills*, I took the position that because of the very nature of our criminal justice system, a certain degree of prejudice, including, at p. 920, "stigmatization of the accused, loss of privacy, stress and anxiety resulting from a multitude of factors, including possible disruption of family, social life and work, legal costs, uncertainty as to the outcome and sanction", will inevitably be imposed upon an individual charged with a criminal offence and will thereby infringe the rights of liberty and security of the person. Therefore, there exists an irrebuttable presumption of prejudice from the moment the charge is laid.

One of the objectives of s. 11(b) is to guarantee a disposition of the charge within a reasonable period of time which will put an end to this inevitable prejudice. It is not simply the trial which is the objective, but instead the termination of the entire process which is causing the anxieties and infringing the rights of liberty and security of the person. If the completion of the trial and the disposition of the charge are unreasonably delayed, the prejudice which is presumed from the moment the charge is laid can grow to eventually constitute an infringement of s. 11(b):

Although, to some extent, these negative consequences are unavoidable, one of the purposes of s. 11(b) is to limit the impact of such forms of prejudice to the accused by circumscribing the time period within which they may occur. In other words, while some such prejudice to the accused may be seen as a cost of the very right to a hearing, *a fortiori* a public one, it must nevertheless be kept to a minimum by a speedy determination of criminal responsibility. Hence, in my view, such forms of prejudice leading to impairment of the security of the person may, in and of themselves, constitute a violation of s. 11(b) if allowed to foster over-long. [*Mills*, at pp. 920-21.]

protège l'al. 11b) de la *Charte*. Le préjudice imputable à l'anxiété, au stress et à la stigmatisation de la part de la famille et des amis existe aussi lorsque l'inculpé subit son procès dans un délai raisonnable. Selon moi, ce que l'inculpé doit établir aux fins de l'al. 11b) est une violation de ses intérêts en matière de liberté et de sécurité parce que le ministère public ne lui a pas fait subir son procès dans un délai raisonnable et non pas parce que le ministère public l'a inculpé.

Dans l'arrêt *Mills*, j'ai exprimé l'avis qu'en raison de la nature même de notre système de justice criminelle, la personne accusée d'un acte criminel subit nécessairement un certain préjudice, dont, à la p. 920, «la stigmatisation de l'accusé, l'atteinte à la vie privée, la tension et l'angoisse résultant d'une multitude de facteurs, y compris éventuellement les perturbations de la vie familiale, sociale et professionnelle, les frais de justice et l'incertitude face à l'issue et face à la peine», et que ce préjudice porte atteinte aux droits à la liberté et à la sécurité de la personne. En conséquence, il existe une présomption irréfragable de préjudice dès l'instant que l'accusation est déposée.

Un des objectifs de l'al. 11b) est de garantir une décision sur l'accusation dans un délai raisonnable qui mettra fin au préjudice inévitable. L'objectif n'est pas seulement la tenue du procès, mais plutôt la fin de toutes les procédures qui causent de l'anxiété et portent atteinte aux droits à la liberté et à la sécurité de la personne. Si le terme du procès et la décision sur l'accusation sont indûment retardés, le préjudice présumé survenir dès le dépôt de l'accusation peut s'amplifier au point de constituer une violation de l'al. 11b):

Bien que, dans une certaine mesure, ces conséquences pénibles soient inévitables, l'un des objets de l'al. 11b) est de limiter l'effet de ces différentes formes de préjudice envers l'inculpé en circonscrivant le laps de temps au cours duquel elles peuvent se produire. En d'autres termes, si ce genre de préjudice envers l'inculpé peut, jusqu'à un certain point, être perçu comme le prix de son droit même à se faire entendre, *a fortiori* si l'audience est publique, ce prix doit néanmoins être réduit au minimum par la célérité mise à décider de la responsabilité criminelle. Ainsi, à mon avis, les formes de préjudice susceptibles de porter atteinte à la sécurité de la personne peuvent, en elles-mêmes et d'elles-mêmes, constituer une violation de l'al. 11b), si on devait les alimenter trop longtemps. [*Mills*, aux pp. 920 et 921.]

The accused need not demonstrate any further manifestations of prejudice beyond the kind presumed in order to establish a restriction of s. 11(b). If there has been additional prejudice, it could be considered when deciding on a remedy under s. 24(1), but is irrelevant for the determination of a s. 11(b) infringement. As I stated in *Mills*, at p. 926:

The proper approach, in my view, is to recognize that prejudice underlies the right, while recognizing at the same time that actual proven prejudice need not [be], indeed, is not, relevant to establishing a violation of s. 11(b).

This approach is predicated upon two propositions. First, prejudice is part of the rationale for the right and is assured by the very presence of s. 11(b) in the *Charter*. Consequently, there exists an irrebuttable presumption that, as of the moment of the charge, the accused suffers a prejudice the guarantee is aimed at limiting, and that the prejudice increases over time.

Second, actual prejudice is, therefore, irrelevant when determining unreasonable delay. Actual prejudice will, however, be relevant to a determination of appropriate relief as will be hereafter explained. Prejudice to the liberty and security of the person, the former objectively ascertainable and the latter presumed, must be kept to a minimum if the presumption of innocence is to be respected.

While Wilson J. admits that prejudice arises upon being charged with a criminal offence, she reasons that such prejudice exists whether or not one is tried within a reasonable time. This is not the prejudice from which s. 11(b) is designed to protect the accused. Instead, the accused must show an impairment of liberty and security interests resulting from the *delay* and not simply from having been charged. One such prejudice, according to Wilson J., is an impairment to the ability to make full answer and defence to the charge.

In *Mills*, I rejected the American approach which included prejudice to the accused's right to a fair trial as a factor to be considered in assessing the infringement of the right to a speedy trial. My reasoning was based on the differences in structure between the American Sixth Amendment and s. 11

L'accusé n'est tenu de faire la preuve d'aucune autre manifestation du préjudice que celui qui est présumé pour prouver l'atteinte au droit protégé par l'al. 11b). Si le préjudice est plus grand, il peut entrer en ligne de compte au moment de fixer la réparation à accorder en vertu du par. 24(1), mais il ne compte pas pour savoir s'il y a eu violation de l'al. 11b). Voici ce que j'ai dit dans l'arrêt *Mills*, à la p. 926:

La démarche appropriée, à mon avis, consiste à reconnaître qu'un préjudice est sous-jacent à ce droit, tout en admettant aussi qu'un dommage réel prouvé n'a pas à être pertinent, ni d'ailleurs ne l'est, pour établir qu'il y a eu violation de l'al. 11b).

Cette démarche se fonde sur deux propositions. En premier lieu, le préjudice constitue l'une des raisons d'être du droit et il découle de la présence même de l'al. 11b) dans la *Charte*. En conséquence, il existe une présomption irréfragable que, dès l'inculpation, l'inculpé subit un préjudice que la garantie cherche à limiter, et ce préjudice s'accroît avec le temps.

En second lieu, l'existence d'un préjudice réel est donc sans pertinence lorsqu'il s'agit de déterminer que le délai est déraisonnable. L'existence d'un préjudice réel deviendra toutefois pertinente lorsqu'il s'agira de trouver la réparation appropriée, comme je l'expliquerai ci-après. Les atteintes à la liberté et à la sécurité de la personne, l'une déterminable objectivement et l'autre présumée, doivent être réduites au minimum si la présomption d'innocence doit être respectée.

Bien que le juge Wilson reconnaisse qu'il y a un préjudice dès l'inculpation d'un acte criminel, elle indique que le préjudice existe, que la personne soit jugée dans un délai raisonnable ou non. Ce n'est pas de ce préjudice que l'al. 11b) vise à protéger l'accusé. Au lieu de cela, l'accusé doit faire la preuve d'une atteinte à sa liberté et à la sécurité de sa personne qui découle du *délai* et non du seul fait d'avoir été inculpé. L'un de ces préjudices consiste, selon le juge Wilson, dans l'entrave à la possibilité de présenter une défense pleine et entière à l'accusation.

Dans l'arrêt *Mills*, j'ai rejeté la démarche américaine qui range l'atteinte au droit de l'accusé d'avoir un procès équitable au nombre des facteurs à considérer pour déterminer s'il y a eu violation du droit à un procès expéditif. Mon raisonnement se fondait sur les différences entre l'économie du

of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Under the *Charter*, the right to a fair trial is guaranteed by s. 11(d) and is distinct from the protection afforded by s. 11(b), at p. 922:

The distinction between the two rights is fundamental. The "fair hearing" and "fundamental justice" provisions of ss. 11(d) and 7 require that a wider and, to some extent, different range of factors be considered in the analysis of the delay: the conduct of the Crown may be properly considered, timely assertion by the accused of his right and disclosure of the nature of the impairment thereto may be required, remedial relief will be more varied and the length of time elapsed will generally be a less critical factor than under s. 11(b), and is to be considered in a different light, given the difference of purpose for so doing. Indeed, a trial might well be considered unfair because matters were brought to trial too fast.

Wilson J. did not make this distinction and allowed factors affecting the fairness of the trial also to be considered under s. 11(b), at p. 969:

I agree with the appellant that one of the factors to be considered in deciding whether or not the delay is unreasonable under s. 11(b) is whether the accused's ability to make full answer and defence to the charge has been impaired by it. This may be described as the legal as opposed to the psychological and sociological effect of the delay. The right to make full answer and defence has always been viewed as a cornerstone of the justice system and a delay which has the effect of eroding it cannot in any sense of the term be considered reasonable. I disagree with my colleague that this is purely a s. 11(d) consideration and cannot be a factor under s. 11(b). We cannot treat paras. (a) to (i) as a number of watertight compartments. They represent a series of rights which any person charged with an offence has, but there is nothing to say that they are mutually exclusive. Quite the contrary. They draw life, as my colleague has been at pains to point out, from the s. 7 liberty and security interests which run through them like a common thread.

Based on this "prejudice" consideration, if the delay actually served to benefit the accused, Wilson J. would apparently be less inclined to find

Sixième amendement et celle de l'art. 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En vertu de la *Charte*, le droit à un procès équitable est garanti par l'al. 11d) et se distingue du droit garanti en vertu de l'al. 11b). Voici ce que je disais à la p. 922:

La distinction entre les deux droits est fondamentale. Les mentions de «procès équitable» et de «justice fondamentale» à l'al. 11d) et à l'art. 7 obligent à examiner des facteurs dont la portée est plus large et, dans une certaine mesure, différente de l'analyse du délai: le comportement de la poursuite peut à bon droit être examiné, on pourra demander que le prévenu revendique son droit au moment opportun et divulgue la nature de son préjudice, la nature de la réparation sera plus variée et le laps de temps écoulé constituera généralement un facteur moins critique que sous l'al. 11b) et devra être considéré sous un angle différent vu la différence de l'objet poursuivi. D'ailleurs, on pourra considérer un procès inéquitable parce qu'il a été tenu trop rapidement.

Le juge Wilson ne fait pas cette distinction et permet que des facteurs qui touchent à l'équité du procès comptent dans l'analyse menée en vertu de l'al. 11b), à la p. 969:

Je suis d'accord avec l'appelant qu'en décidant si un délai est raisonnable ou déraisonnable aux fins de l'al. 11b), on doit se demander entre autres si ce délai a nui à la capacité de l'inculpé d'opposer à l'accusation une réponse et une défense complètes. Il s'agit là de ce qu'on peut appeler l'effet juridique, par opposition à l'effet psychologique et sociologique, du délai. Le droit de présenter une réponse et une défense complètes a toujours été considéré comme une pierre angulaire du système de justice et un délai qui tend à le miner ne peut en aucune manière être tenu pour raisonnable. Je ne partage pas l'avis de mon collègue que cette considération joue uniquement dans le contexte de l'al. 11d) et n'entre pas en ligne de compte dans le cas de l'al. 11b). Les alinéas a) à i) ne sauraient être traités comme s'ils étaient séparés par des cloisons étanches. Ils énoncent une série de droits dont jouit tout inculpé, mais il n'y a rien qui dit qu'ils s'excluent mutuellement. Bien au contraire, car, comme mon collègue s'est attaché à le souligner, les intérêts en matière de liberté et de sécurité conférés par l'art. 7 sont le souffle qui anime chacune de ces dispositions.

En vertu de cet examen du «préjudice», si le délai servait les intérêts de l'accusé, le juge Wilson serait apparemment moins portée à conclure qu'il

a restriction of s. 11(b). It seems difficult to understand how a delay which would otherwise be “unreasonable” becomes “reasonable” simply due to unforeseeable and fortuitous consequences.

Making prejudice affecting the fairness of the trial a relevant consideration for s. 11(b) sets a precedent which could have dangerous consequences for the scope of other *Charter* rights. For example, s. 10(b) of the *Charter* guarantees the right, upon arrest or detention, to be informed of the right to retain and instruct counsel without delay. Suppose an individual is arrested and there is considerable delay in advising him or her of the right to retain counsel. Even if the individual later states that had he or she been promptly informed of the right to retain and instruct counsel, he or she would not have done so because of financial considerations, the rights guaranteed under s. 10(b) have still been restricted. This person may not have suffered any prejudice, but surely his or her rights have been infringed. Of course, lack of prejudice would be a consideration when fashioning a remedy under s. 24(1) or when applying s. 24(2). But the absence or presence of prejudice is not, in my respectful view, in any way relevant to the initial issue of *Charter* breach.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—I have had the benefit of reading the reasons of my colleagues Chief Justice Lamer and Justices Sopinka, Cory and McLachlin and wish to comment briefly on only two issues.

I agree with the reasons of Lamer C.J. on the issue of whether s. 11(b) of the *Charter* protects a societal as well as an individual interest in a speedy trial. I remain of the view that it protects only the accused's interest. If the government wishes to restrict the accused's right to a speedy trial for societal reasons, e.g. on grounds of lack of institutional resources, it is free to do so through appropriate legislation. Then a balancing of the

y a eu atteinte au droit conféré par l'al. 11b). Il semble difficile de comprendre comment un délai qui autrement serait «déraisonnable» devient «raisonnable» uniquement à cause de ses effets fortuits et imprévisibles.

Rendre pertinent, pour les fins de l'al. 11b), le préjudice qui a une incidence sur l'équité du procès créerait un précédent qui pourrait avoir de dangereuses conséquences sur la portée des droits garantis par la *Charte*. Par exemple, l'al. 10b) de la *Charte* garantit le droit d'être informé, au moment de l'arrestation, du droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Supposons qu'une personne soit arrêtée et qu'on tarde beaucoup à l'informer de ce droit. Même si, plus tard, cette personne affirmait que, si elle avait été rapidement informée de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, elle ne s'en serait pas prévalu pour des raisons financières, les droits garantis en vertu de l'al. 10b) auraient quand même été violés. Cette personne pourrait ne pas avoir subi de préjudice, mais il y aurait eu atteinte à ses droits. Évidemment, l'absence de préjudice entrerait en ligne de compte au moment de déterminer la réparation en vertu du par. 24(1) ou d'appliquer le par. 24(2). Cependant, la présence ou l'absence d'un préjudice n'a, à mon avis, aucune pertinence quant à la question initiale de savoir s'il y a eu violation de la *Charte*.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mes collègues le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory et McLachlin et je veux ajouter quelques brefs commentaires sur deux points seulement.

Je souscris aux motifs du juge en chef Lamer quant à savoir si l'al. 11b) de la *Charte* protège tant l'intérêt de la société que l'intérêt de l'individu à un procès expéditif. Je suis toujours d'avis que l'alinéa protège seulement le droit de l'accusé. Si le gouvernement veut restreindre le droit de l'accusé à un procès expéditif pour des raisons de nature sociale, par exemple, à cause de la pénurie de ressources institutionnelles, il est libre de le faire par des dispositions législatives appropriées. Alors, il faudra procéder, en vertu de l'article premier de

societal and individual interests in speedy trials will be carried out under s. 1 of the *Charter*.

In *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972), relied on by Cory J., the United States Supreme Court had to deal with the issue under the Sixth Amendment with no comparable provision to our s. 1. It therefore found that both interests were covered by that Amendment and conducted the balancing under it. As has been pointed out by this Court on a number of occasions, the differences in the structures of our respective constitutional documents must be kept in mind when relying upon U.S. authorities.

On the question of the relevance of prejudice to the accused on the reasonableness or otherwise of the time taken to bring the accused to trial, I remain of the view that just as s. 11(b) does not protect the societal interest in speedy trials although such an interest clearly exists, likewise s. 11(b) does not protect against prejudice arising from the simple fact of a charge being laid, although again such prejudice clearly exists. It is an inevitable consequence of our system of justice that innocent people may from time to time be charged and suffer the social stigma of the charge until their innocence is proved at trial. We accept this. We cannot restore the accused to the *status quo ante*, much as we would like to in these cases. But at least we can ensure that that period of stigma is brought to an end as soon as is reasonably possible by the guarantee of trial within a reasonable time so that the accused has the opportunity to clear himself if he can. The *Charter*, in my view, protects the accused against the prejudice arising from the Crown's failure to do so.

This Court has held on numerous occasions that the onus is on a person invoking the *Charter* to establish a violation of his or her rights. An accused under s. 11(b) must establish that he or she has not been tried within a reasonable time. One of the elements by means of which he or she

la *Charte*, à la pondération des intérêts de la société et des intérêts de l'individu à un procès expéditif.

Dans l'arrêt *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972), qu'invoque le juge Cory, la Cour suprême des États-Unis devait trancher le litige en vertu du Sixième Amendement qui ne comporte pas de disposition équivalente à notre article premier. La Cour a donc conclu que l'Amendement visait ces deux types d'intérêts et elle a procédé à la pondération en vertu de cette disposition. Comme notre Cour l'a souligné à plusieurs reprises, il ne faut pas oublier les différences de structure de nos textes constitutionnels lorsqu'on invoque la jurisprudence américaine.

Au sujet de la pertinence du préjudice subi par l'accusé pour ce qui est du caractère raisonnable ou déraisonnable du délai intervenu pour le faire juger, je suis toujours d'avis que l'al. 11b) ne protège pas l'intérêt de la société aux procès expéditifs, bien qu'un tel intérêt existe manifestement, et que de même, l'al. 11b) ne protège pas non plus l'accusé contre le préjudice qui découle du simple fait du dépôt d'une accusation bien que ce préjudice lui aussi existe manifestement. Notre système de justice a comme conséquence inéluctable que des personnes innocentes peuvent à l'occasion être accusées et souffrir des stigmates sociaux d'une telle accusation jusqu'à ce que leur innocence soit reconnue au procès. Nous acceptons cette conséquence. Nous ne pouvons pas remettre l'accusé dans sa situation antérieure comme nous voudrions le faire dans un tel cas. Nous pouvons cependant au moins faire en sorte que le temps que durent ces stigmates soit abrégé autant qu'il est raisonnablement possible de le faire en garantissant la tenue du procès dans un délai raisonnable, afin que l'accusé ait la possibilité de se disculper s'il le peut. À mon avis, la *Charte* protège l'accusé du préjudice qui découle du défaut du ministère public de le faire.

Notre Cour a affirmé à maintes reprises qu'il incombe à la personne qui invoque la *Charte* de prouver la violation de ses droits. En vertu de l'al. 11b), un accusé doit prouver qu'on ne lui a pas fait subir son procès dans un délai raisonnable. Un des moyens qu'il peut employer pour prouver le carac-

may try to prove the unreasonableness of the delay in bringing him or her to trial is by showing that he or she has been prejudiced by the delay, not the prejudice that everyone suffers as a consequence of being charged—that prejudice will be there even if the accused receives a speedy trial—but the prejudice that is directly attributable to the lapse of time.

It is not, in my view, appropriate to say, as does my colleague Cory J., that it should be inferred that an unreasonable delay causes prejudice but that this inference may be overcome by the Crown. The question we are trying to answer is: was the delay unreasonable? And the existence of prejudice is being considered in order to answer that question because that is what the accused is advancing in support of his allegation that he has not been tried within a reasonable time. We cannot, in my opinion, beg this question. Moreover, it does not trouble me to place this onus on an accused. In hard cases, i.e. in cases where delay is present when compared with the time it normally takes to get to trial but is not inordinate, the presence or absence of prejudice to the accused may well be the determining factor among those being weighed. A stay of proceedings on a serious criminal charge is not a trivial matter and I believe it is entirely appropriate that an accused should bear this onus.

Regarding the reasons of Lamer C.J. on the issue of prejudice, I would respectfully submit that his analogy with a s. 10(b) violation is unsound. To my mind it is not instructive to compare the two types of violation when assessing the relevance of prejudice to the accused. First of all, there are important differences in the wording of the two provisions. In my view, the internal qualification of “reasonableness” in s. 11(b) makes the issue of prejudice to the accused a significant consideration in determining what constitutes a breach. The wording of s. 10(b) contains no such qualification.

Secondly, the type of conduct by state officials that gives rise to a breach is different in each case. Law enforcement officials either do or do not inform a detained person of his rights pursuant to

rière déraisonnable du délai à lui faire subir son procès consiste à prouver que le délai lui a causé un préjudice, non pas celui que toute personne subit du fait d’être accusée (ce préjudice existe même si le procès a lieu dans des délais raisonnables) mais un préjudice directement imputable au temps écoulé.

Selon moi, il ne convient pas d’affirmer, comme le fait mon collègue le juge Cory, qu’il y a lieu d’inférer qu’un délai déraisonnable cause un préjudice mais que cette inférence peut être réfutée par le ministère public. La question à laquelle il nous faut répondre est celle-ci: le délai a-t-il été déraisonnable? Pour y répondre, il est tenu compte de l’existence du préjudice parce que c’est ce que l’accusé soutient pour étayer l’allégation qu’il n’a pas été jugé dans un délai raisonnable. À mon avis, nous ne pouvons pas présumer de la réponse. De plus, je n’ai pas d’hésitation à imposer le fardeau de la preuve à l’accusé. Dans les cas difficiles, c’est-à-dire lorsqu’un délai, sans être excessif, est plus long que le temps qu’il faut normalement pour arriver au procès, l’existence ou l’inexistence d’un préjudice causé à l’accusé peut fort bien être le facteur déterminant parmi les facteurs à évaluer. L’arrêt des procédures dans le cas d’une accusation criminelle grave n’est pas une mesure insignifiante et je crois qu’il convient tout à fait que l’accusé assume ce fardeau de preuve.

Quant aux motifs du juge en chef Lamer sur la question du préjudice, je soutiens, avec égards, que l’analogie qu’il fait avec une violation de l’al. 10b) ne tient pas. Selon moi, il est improductif de comparer deux sortes de violations pour évaluer la pertinence du préjudice subi par l’accusé. Tout d’abord, il y a d’importantes différences de rédaction entre les deux dispositions. D’après moi, le qualificatif «raisonnable» dans le texte de l’al. 11b) rend la question du préjudice subi par l’accusé très pertinente quand il s’agit de déterminer ce qui constitue une violation. Le texte de l’al. 10b) ne comporte pas ce qualificatif.

Deuxièmement, le type de conduite des agents de l’État pouvant donner lieu à une violation est différent dans chaque espèce. Les responsables de l’application des lois informent ou n’informent pas

s. 10(b). On the other hand, assessing whether or not a pre-trial delay is unreasonable presents no such “either/or” choice for the courts. Criminal cases are processed more or less quickly. There is a continuum between very short and unduly long delays and at some point in the continuum the delay becomes unreasonable. Unlike a breach of s. 10(b) which either did or did not happen, the courts in a borderline claim under s. 11(b) are forced to decide where the delay lies on the continuum and whether it has passed the point of being “reasonable”. In so doing, they must balance the various factors referred to by Cory J., which include, in my view, possible prejudice to the accused from the delay.

Finally, the remedies available to an individual whose rights have been infringed are distinct. A violation of the s. 10(b) right to be informed upon arrest or detention of the right to retain and instruct counsel without delay can be remedied by excluding the illegally obtained evidence from the criminal proceeding under s. 24(2) of the *Charter* and carrying on with the trial. It is under this latter provision that consideration can be given to any prejudice suffered by the accused as a result of the s. 10(b) breach. When appropriate, that prejudice can be neutralized by excluding the evidence. On the other hand, since a stay of proceedings is the only possible remedy for a violation of s. 11(b), we require the accused to satisfy the court not just that a delay has occurred but that it has been unreasonably long. In my opinion, the presence of prejudice is relevant to whether the accused can meet the onus that this section places on him or her.

It also seems implicit in Lamer C.J.’s portrayal of my position on this issue that I perceive prejudice as a virtually essential element of a s. 11(b) claim. This is not my view. I have always maintained that prejudice to the accused is just one of the several factors that need to be weighed in assessing a claim under s. 11(b). The absence of prejudice is not necessarily fatal to such a claim.

une personne détenue des droits que lui confère l’al. 10b). Par contre, l’évaluation du délai qui a précédé le procès pour déterminer s’il est déraisonnable ne permet pas aux tribunaux ce choix entre ce qui est et ce qui n’est pas. Les affaires criminelles avancent plus ou moins rapidement. Il y a une progression continue des délais les plus courts aux délais indûment prolongés; à un point donné dans cette progression, le délai devient déraisonnable. À la différence d’une violation de l’al. 10b) qui s’est produite ou ne s’est pas produite, les tribunaux saisis d’un cas limite aux fins de l’al. 11b) doivent déterminer où se situe le délai dans cette progression et dire s’il se trouve hors de la zone du «raisonnable». Pour le faire, ils doivent équilibrer les différents facteurs que mentionne le juge Cory, dont, selon moi, le préjudice que le délai peut avoir causé à l’accusé.

Enfin, les réparations pouvant être accordées à la personne dont les droits ont été violés sont différentes. La violation du droit garanti par l’al. 10b) d’être informé du droit d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat peut être sanctionnée par l’exclusion, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, des éléments de preuve obtenus illégalement; le procès peut alors suivre son cours. C’est en vertu de cette dernière disposition qu’il est permis de tenir compte de tout préjudice causé à l’accusé par la violation de l’al. 10b). Dans les cas qui s’y prêtent, l’exclusion des éléments de preuve peut éliminer le préjudice. Par contre, puisque l’arrêt des procédures est la seule réparation possible quand il y a violation de l’al. 11b), nous exigeons que l’accusé convainque la cour, non seulement qu’il y a eu délai, mais aussi que le délai a été déraisonnablement long. À mon avis, l’existence d’un préjudice est pertinente lorsqu’il s’agit de déterminer si l’accusé peut satisfaire au fardeau de preuve que cette disposition lui impose.

La façon dont le juge en chef Lamer rend compte de mon opinion sur cette question semble dire implicitement que je considère le préjudice comme un élément presque essentiel d’une demande fondée sur l’al. 11b). Ce n’est pas le cas. J’ai toujours affirmé que le préjudice subi par l’accusé est un des nombreux facteurs dont il faut tenir compte pour évaluer une demande fondée sur

La Forest J., I believe, shares this view: see, for example, *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, at p. 646.

Subject to the foregoing comments I agree with the result reached by Cory J. and with a substantial part of his reasons.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—I have had the benefit of reading the reasons for judgment prepared in this appeal by Chief Justice Lamer and Justice Cory. I am of the view that this appeal must be allowed for the reasons given by Cory J., with the exception of his reference to a societal interest. In this respect, I agree with Lamer C.J.'s comments concerning the purported societal interest in s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J.—I agree in substance and result with the reasons of Justice Cory. I wish to add only the following comments relevant to the process of determining whether a trial has unreasonably been delayed.

Like Cory J., I see s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as designed to serve both the interests of the accused and the interests of the prosecution, as well as the interests of society generally. This requires adoption of a balancing approach such as that which has prevailed in the United States, "in which the conduct of both the prosecution and the defendant are weighed": *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972), per Powell J., at p. 530.

Two elements must be assessed under s. 11(b). The first is the length of the delay. The second is its reasonableness.

The length of the delay is to be determined by the norms usually prevailing in similar jurisdictions, as Cory J. suggests. The question at this stage is whether the delay is *prima facie* excessive. If it is not, it is unnecessary to pursue the analysis further. If it is, it is necessary to go on to consider

l'al. 11b). L'absence de préjudice n'est pas forcément fatale à une telle demande. Le juge La Forest, je crois, partage aussi cet avis: voir, par exemple, l'arrêt *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588 à la p. 646.

Sous réserve de ces observations, je souscris à la conclusion du juge Cory et à une grande partie de ses motifs.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement qu'ont rédigés en l'espèce le juge en chef Lamer et le juge Cory. Je suis d'avis que le pourvoi doit être accueilli pour les motifs exposés par le juge Cory, sous réserve que je suis d'accord avec les commentaires du juge en chef Lamer touchant l'intérêt de la société en regard de l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—Je souscris à l'ensemble des motifs du juge Cory et au dispositif qu'il propose. Je veux seulement ajouter quelques commentaires sur la façon de déterminer si le délai à faire subir un procès a été déraisonnable.

Comme le juge Cory, j'estime que l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* est conçu pour servir à la fois les intérêts de l'accusé, ceux du ministère public et ceux de l'ensemble de la société. Ce fait exige d'adopter une méthode de pondération semblable à celle qui a été utilisée aux États-Unis, c'est-à-dire une méthode [TRADUCTION] «par laquelle la conduite tant de la poursuite que du défendeur sont soupesées»: *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972), le juge Powell, à la p. 530.

Il faut évaluer deux éléments en vertu de l'al. 11b). Le premier est la longueur du délai. Le second est son caractère raisonnable.

La longueur du délai doit s'évaluer en fonction des normes habituelles de juridictions semblables, comme le propose le juge Cory. À cette étape, il s'agit de savoir si le délai est, à première vue, excessif. S'il ne l'est pas, il est inutile de poursuivre l'analyse. S'il l'est, il faut continuer et se demander

whether the delay is reasonable, notwithstanding its length.

The reasonableness of the delay may depend on a variety of factors. One is the prejudice caused by the delay. Absent waiver, a certain prejudice in a long-delayed trial may be inferred if not rebutted by the Crown; additional prejudice, such as impairment of the right to a fair trial due to the disappearance of witnesses, may further militate in the accused's favour. Against this must be balanced factors related to the cause of the delay. Was it caused by the prosecution? If so, was the delay attributable to factors inherent in the case? Was the case one of particular difficulty? Were there unavoidable factors, such as geography or unavailability of a witness, which arguably justify the delay? Are there unavoidable and justifiable systemic delays? On the other hand, was the delay in whole or in part caused by the accused? Did the accused agree to all or part of the delay? Did the accused waive his right to trial within a reasonable time? The ultimate question in each case is whether, after considering all relevant factors, the *prima facie* excessive delay can be justified as reasonable.

The factors to be considered will often pull in opposite directions. Thus, it is impossible to dictate in advance how the balancing is to be done in each case. Yet certain parameters can be suggested. The accused will rarely be entitled to the benefit of s. 11(b) where the Crown can show that the accused caused the delay or has suffered no prejudice as a consequence of the delay. On the other hand, lengthy and avoidable delay caused entirely by the Crown's sloppiness or inattention, or by unjustified delays in the legal system, will frequently entitle an accused to the benefit of s. 11(b).

In this case, the delay is *prima facie* excessive; indeed it is grossly excessive. We must therefore proceed to the second stage of the analysis to ask

alors si le délai est raisonnable, malgré sa longueur.

Le caractère raisonnable du délai peut dépendre de nombreux facteurs. L'un d'eux est le préjudice causé par le délai. Sauf renonciation, on peut inférer qu'un retard considérable à tenir le procès cause un certain préjudice si le ministère public n'apporte pas la preuve du contraire; tout préjudice additionnel, comme la violation du droit à un procès équitable à cause de la disparition de témoins, peut également jouer en faveur de l'accusé. À l'encontre, il faut soupeser des facteurs liés à la cause du retard. Le retard a-t-il été causé par le ministère public? Dans l'affirmative, le délai est-il imputable à des facteurs inhérents à la nature de l'affaire. L'affaire présentait-elle des difficultés particulières? Y avait-il des éléments incontrôlables comme la situation géographique ou l'impossibilité de faire comparaître un témoin, qui pourraient justifier les délais? Y avait-il des délais systémiques justifiables et inévitables? Par ailleurs, le délai a-t-il été entièrement ou partiellement causé par l'accusé? L'accusé a-t-il acquiescé à une partie ou à la totalité du délai? L'accusé a-t-il renoncé à son droit à un procès dans un délai raisonnable? La question à laquelle il faut en définitive répondre dans chaque cas, après avoir examiné tous les facteurs pertinents, est de savoir si un délai, à première vue excessif, peut se justifier.

Les facteurs à examiner tendent souvent à des résultats opposés. Il est donc impossible d'indiquer comment la pondération doit se faire dans chaque cas particulier. On peut quand même proposer certains paramètres. L'accusé pourra rarement se prévaloir de l'al. 11b) si le ministère public peut démontrer que l'accusé a lui-même causé le délai ou qu'il n'a pas subi de préjudice en raison du délai. Par ailleurs, de longs délais qui auraient pu être évités et qui résultent entièrement de l'incurie ou de l'inattention du ministère public ou encore de retards injustifiés du système de justice permettront souvent à l'accusé de se prévaloir de l'al. 11b).

En l'espèce, le délai est, à première vue, excessif; il est même très excessif. Nous devons donc passer à la deuxième étape de l'analyse et nous demander

whether it is reasonable. The trial judge found that the accused had been prejudiced by the delay. As for the cause of the delay, the defence neither caused the delay nor agreed to it; I agree with Cory J. that failure to protest the delay should not be determinative against the accused in this case. Here the prosecution caused the delay. That delay was not due to inherent difficulties in the case but to systemic or institutional causes. Notwithstanding ample time since the advent of the *Charter* to increase the ability of the courts in Peel County to process their heavy trial lists within a reasonable time, this has not been done. Taking these factors together, the result is clear. The delay cannot be justified; it is unreasonable.

I would allow the appeal and direct a stay of proceedings.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellants Askov and Hussey: Ruby & Edwardh, Toronto.

Solicitors for the appellant Gugliotta: Carter, McCombs & Minden, Toronto.

Solicitors for the appellant Melo: Bloomenfeld, Garton, Toronto.

Solicitor for the respondent: W. Brian Trafford, Toronto.

s'il est raisonnable. Le juge de première instance a conclu que le délai avait causé un préjudice aux accusés. Quant à la cause du délai, la défense n'a pas contribué au délai et elle n'y a pas acquiescé; je suis aussi de l'avis du juge Cory que l'omission de contester le délai ne joue pas contre les accusés en l'espèce. Ici, c'est le ministère public qui a causé le délai. Ce délai ne résulte pas de difficultés inhérentes à l'affaire, mais de causes systémiques ou institutionnelles. Bien qu'on ait amplement eu le temps, depuis l'entrée en vigueur de la *Charte*, d'augmenter la capacité des cours du district de Peel de juger, dans un délai raisonnable, les nombreuses causes qui y sont inscrites, on ne l'a pas fait. Compte tenu de tous ces facteurs, le résultat est évident. Le délai est injustifiable; il est déraisonnable.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner l'arrêt des procédures.

Pourvoi accueilli.

Procureurs des appelants Askov et Hussey: Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureurs de l'appelant Gugliotta: Carter, McCombs & Minden, Toronto.

Procureurs de l'appelant Melo: Bloomenfeld, Garton, Toronto.

Procureur de l'intimée: W. Brian Trafford, Toronto.

Louise Lacroix Appellant

v.

Normand Valois Respondent

INDEXED AS: LACROIX v. VALOIS

File No.: 19134.

1990: April 26; 1990: October 18.

Present: Lamer C.J.* and La Forest, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Family law — Compensatory allowance — Divorce — Bankruptcy — Bankrupt husband discharged prior to claim for compensatory allowance — Whether discharge of bankrupt husband bar to claim for compensatory allowance — Whether allowance "provable claim" within meaning of Bankruptcy Act — Whether bankruptcy at end of cohabitation irrefutable evidence of lack of enrichment — Civil Code of Quebec, art. 559 — Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 2, 148.

Family law — Compensatory allowance — Divorce — Criteria for obtaining compensatory allowance — Continuing enrichment — Time at which enrichment of patrimony to be evaluated — Civil Code of Quebec, art. 559.

Divorce — Lump sum — Waiver — Order granting lump sum set aside by Court of Appeal — Minutes of trial indicating that wife waived "any claim for an alimentary pension, limiting herself to an allowance" of \$55,000 — Whether wife waived any claim of an alimentary nature — Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 11.

Appeal — Divorce — Supreme Court of Canada — Application for leave to appeal filed within time limit set by Court but granted after time expired — Whether leave to appeal granted out of time — Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 18(2).

Appeal — Divorce — Supreme Court of Canada — Leave to appeal — Whether s. 41 of Supreme Court Act and s. 18(1) of Divorce Act can both be relied on in same case to obtain leave to appeal — Supreme Court

* Chief Justice at the time of judgment.

Louise Lacroix Appelante

c.

Normand Valois Intimé

a

RÉPERTORIÉ: LACROIX c. VALOIS

N° du greffe: 19134.

1990: 26 avril; 1990: 18 octobre.

b

Présents: Le juge en chef Lamer* et les juges La Forest, Gonthier, Cory et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

c

Droit de la famille — Prestation compensatoire — Divorce — Époux failli libéré avant la demande de prestation compensatoire — La libération de l'époux failli constitue-t-elle un obstacle à une demande de prestation compensatoire? — Cette prestation est-elle une «réclamation prouvable» au sens de la Loi sur la faillite? — La faillite intervenue à la fin de la vie commune est-elle une preuve irréfutable d'absence d'enrichissement? — Code civil du Québec, art. 559 — Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, ch. B-3, art. 2, 148.

Droit de la famille — Prestation compensatoire — Divorce — Critères pour obtenir une prestation compensatoire — Maintien de l'enrichissement — À quel moment l'enrichissement du patrimoine doit-il être évalué? — Code civil du Québec, art. 559.

Divorce — Somme globale — Renonciation — Ordonnance accordant une somme globale cassée par la Cour d'appel — Procès-verbal d'audience indiquant que l'épouse a renoncé «à toute demande de pension alimentaire, se limitant à demander une prestation» de 55 000 \$ — L'épouse a-t-elle renoncé à toute demande de nature alimentaire? — Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, ch. D-8, art. 11.

Appeal — Divorce — Cour suprême du Canada — Requête en autorisation de pourvoi produite à l'intérieur du délai fixé par la Cour mais accordée après l'expiration de ce délai — L'autorisation de pourvoi a-t-elle été accordée hors-délai? — Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, ch. D-8, art. 18(2).

Appeal — Divorce — Cour suprême du Canada — Autorisation de pourvoi — L'article 41 de la Loi sur la Cour suprême et l'art. 18(1) de la Loi sur le divorce peuvent-ils être invoqués tous les deux dans une même affaire en vue d'obtenir une autorisation de pourvoi? — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, ch. S-19, art.

* Juge en chef à la date du jugement.

Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 41(1) — Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 18(1).

Appeal — Divorce — Court of Appeal — Applicable rules — Divorce decree granting compensatory allowance and lump sum — Notice of appeal filed pursuant to provisions of Divorce Act, not provisions of Code of Civil Procedure — Whether filing of appeal inscription pursuant to Divorce Act valid with respect to compensatory allowance — Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 17(3) — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 495 — Civil Code of Quebec, art. 559.

The parties were married in 1969 under the regime of separation of property and ceased all cohabitation in 1977. In the course of the marriage respondent went into business with his wife, who at the time had substantial liquid capital, but all their business ventures failed. After the cohabitation ceased appellant became completely destitute, while respondent, after making an assignment of his property in January 1978 and being discharged in 1979, became a shareholder and the prime mover of a transportation company and co-owner of a residence. In June 1981 appellant filed a divorce petition and asked the Superior Court to order respondent to pay her the sum of \$55,000 and the sum of \$250 a week as alimony. At the hearing of the petition appellant waived "any claim for an alimentary pension, limiting herself to an allowance" of \$55,000. When the decree absolute was granted, the Superior Court ordered respondent to pay appellant the sum of \$40,000 both as a compensatory allowance and as a lump sum indemnity for re-establishment and maintenance. The Court of Appeal set aside the trial judgment with respect to the corollary relief. This appeal is to determine whether the Court of Appeal erred in finding that the sum awarded by the Superior Court was not justified under art. 559 C.C.Q. and s. 11 of the *Divorce Act*. However, before answering the main issue, the Court must dispose of certain preliminary issues of a procedural nature which could have an effect on the jurisdiction of the Court of Appeal and on that of this Court.

Held: The appeal should be allowed.

(1) *Supreme Court of Canada's Jurisdiction*

Although leave to appeal was granted after the time limit set by this Court had expired, the order granting leave to appeal under s. 18(2) of the *Divorce Act* was not out of time since the notice of application for leave

41(1) — Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, ch. D-8, art. 18(1).

Appel — Divorce — Cour d'appel — Règles applicables — Jugement de divorce accordant une prestation compensatoire et une somme globale — Inscription de l'avis d'appel déposée selon les dispositions de la Loi sur le divorce et non selon les dispositions du Code de procédure civile — Le dépôt de l'inscription en appel fait conformément aux exigences de la Loi sur le divorce est-il valable à l'égard de la prestation compensatoire? — Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, ch. D-8, art. 17(3) — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 495 — Code civil du Québec, art. 559.

Les parties se sont mariées en 1969 sous le régime de la séparation de biens et ont cessé toute cohabitation en 1977. Au cours du mariage, l'intimé s'est lancé en affaires avec son épouse, qui jouissait alors d'un capital liquide substantiel, mais toutes leurs entreprises commerciales ont échoué. Après la cessation de la vie commune, l'appelante s'est retrouvée complètement démunie alors que l'intimé, après avoir fait cession de ses biens en janvier 1978 et avoir obtenu sa libération en 1979, est devenu l'actionnaire et l'âme dirigeante d'une compagnie de transport et possède une résidence en copropriété. En juin 1981, l'appelante a présenté une requête en divorce et demandé à la Cour supérieure de condamner l'intimé à lui payer la somme de 55 000 \$, ainsi que la somme de 250 \$ par semaine à titre de pension alimentaire. À l'audition de la requête, l'appelante a renoncé «à toute demande de pension alimentaire, se limitant à demander une prestation» de 55 000 \$. Lors du prononcé du jugement irrévocable de divorce, la Cour supérieure a condamné l'intimé à payer à l'appelante la somme de 40 000 \$, tant à titre de prestation compensatoire que d'indemnité forfaitaire de rétablissement et de soutien. La Cour d'appel a cassé le premier jugement quant aux mesures accessoires. Le présent pourvoi vise à déterminer si la Cour d'appel a erré en décidant que la somme accordée par la Cour supérieure n'était pas justifiée en vertu de l'art. 559 C.c.Q. et de l'art. 11 de la *Loi sur le divorce*. Toutefois, avant de répondre à la question principale, la Cour doit disposer de certaines questions préliminaires d'ordre procédural qui sont susceptibles d'avoir un effet sur la compétence de la Cour d'appel et sur celle de notre Cour.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

(1) *Compétence de la Cour suprême du Canada*

Bien que la permission d'interjeter appel ait été accordée après l'expiration du délai fixé par cette Cour, l'ordonnance en autorisation de pourvoi rendue en vertu du par. 18(2) de la *Loi sur le divorce* n'est pas hors-

to appeal was filed within the time limit set. Like most court orders which are reserved, the order granting leave to appeal is retroactive to the date of the application. Section 18(2), which refers to leave to appeal, in fact refers to the date on which the notice of application was filed, being the date on which the leave order is deemed to have been made.

As long as there is no conflict in their application, s. 41(1) of the *Supreme Court Act* and s. 18(1) of the *Divorce Act* can confer jurisdiction on this Court and both provisions can be relied on in the same case in order to obtain leave to appeal. Since in this case the leave order makes no distinction between the question of the lump sum and that of the compensatory allowance, this Court is thus free to consider that it duly has before it these two aspects of the appeal under its enabling legislation, and so to examine any issue of mixed law and fact which may have to be disposed of in resolving the dispute.

(2) *Court of Appeal's Jurisdiction*

The filing of the appeal inscription in accordance with the procedure specified in the *Divorce Act* is valid for all questions disposed of in a divorce decree, including the award of a compensatory allowance. The possibility of incorporating the claim for a compensatory allowance into the divorce proceedings at the trial level is well recognized: the language of art. 559 *C.C.Q.* cannot be circumvented in this regard. It is entirely natural for the same to be true of the procedure applicable to appeals. It is clearly not appropriate to create a mandatory procedural distinction at the appeal level in dealing with questions which are closely related at trial.

(3) *Compensatory Allowance and Lump Sum*

In order to be awarded a compensatory allowance a party must establish (1) his or her contribution; (2) the enrichment of his or her spouse's patrimony; (3) the causal link between the two; and (4) the proportion in which the contribution made possible the enrichment. Each of these elements must be evaluated with great flexibility. Further, the enrichment must subsist and must be evaluated at the time of the divorce. Determining the existence and value of the enrichment at the time of the divorce will very much depend on the circumstances. There is no indication in the present case that as a question of fact the trial judge did not find an

délaï puisque l'avis de requête en autorisation de pourvoi a été produit à l'intérieur du délaï fixé. Comme la plupart des ordonnances judiciaires rendues à la suite d'un délibéré, l'ordonnance en autorisation de pourvoi rétroagit à la date de la requête. Le paragraphe 18(2), qui fait référence à la permission d'en appeler, renvoie en fait à la date de production de l'avis de requête, date à laquelle l'ordonnance d'autorisation est réputée avoir été rendue.

Dans la mesure où ils n'entrent pas en conflit dans leur application, le par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême* et le par. 18(1) de la *Loi sur le divorce* sont susceptibles de conférer compétence à cette Cour et les deux dispositions peuvent être invoquées dans une même affaire en vue d'obtenir une autorisation d'en appeler. Puisqu'en l'espèce l'ordonnance d'autorisation ne fait aucune distinction entre la question de la somme globale et celle de la prestation compensatoire, notre Cour est donc libre de se considérer dûment saisie de ces deux aspects du pourvoi en vertu de sa loi constitutive, ce qui permettra d'aborder toute question mixte de droit et de fait dont la disposition pourrait s'avérer utile dans la résolution du litige.

(2) *Compétence de la Cour d'appel*

Le dépôt de l'inscription en appel, fait conformément à la procédure établie dans la *Loi sur le divorce*, est valable à l'égard de toutes les questions dont il est disposé dans un jugement de divorce, y compris l'adjudication d'une prestation compensatoire. La possibilité est bien admise d'intégrer la demande de prestation compensatoire aux procédures prévues pour le divorce en première instance; les termes de l'art. 559 *C.c.Q.* sont à cet égard incontournables. Il est tout naturel qu'il en aille de même pour la procédure applicable aux appels. Il n'est manifestement pas opportun de créer une scission procédurale obligatoire au niveau de l'appel relativement au traitement de questions dont la disposition est intimement liée en première instance.

(3) *Prestation compensatoire et somme globale*

Pour se voir attribuer une prestation compensatoire, une partie doit établir: (1) son apport; (2) l'enrichissement du patrimoine de son conjoint; (3) le lien de causalité entre les deux; et (4) la proportion dans laquelle l'apport a permis l'enrichissement. Chacun de ces éléments doit être évalué avec une grande souplesse. De plus, l'enrichissement doit subsister et être évalué au moment du divorce. La détermination de l'existence et de la valeur de l'enrichissement au moment du divorce dépendra largement des circonstances. Rien ne démontre en l'espèce que le premier juge n'a pas trouvé dans les faits un enrichissement qui subsistait au moment du

enrichment that still existed at the time of the divorce. There was evidence in the record on the basis of which the trial judge could conclude there had been a contribution by appellant which resulted in an enrichment of respondent, despite the intervening bankruptcy which occurred in the interval, and the Court of Appeal was wrong to intervene on the question of the compensatory allowance. The court made an initial error in finding that the trial judge had mistakenly applied s. 148(1) of the *Bankruptcy Act*. The latter referred to s. 148 as a whole. Subsection (2) provides that the legal effect of a discharge order extends only to claims provable in bankruptcy. The trial judge thus correctly held that the order discharging respondent was not a bar to the awarding of a compensatory allowance. A "claim" arising out of art. 559 C.C.Q. is not a claim provable in a proceeding brought pursuant to the *Bankruptcy Act*. The Court of Appeal made a second error in stating that respondent's bankruptcy and discharge constituted an estoppel ("fin de non-recevoir") to the claim for a compensatory allowance. The term "estoppel" has a well defined legal meaning which cannot be taken to describe the effect produced by the bankruptcy of a defendant spouse on the rights of the other spouse to a compensatory allowance. The court probably regarded respondent's bankruptcy as absolute and irrefutable evidence that no enrichment was still in existence from the matrimonial relationship. A bankruptcy occurring before the action for an allowance is not irrefutable evidence either of the lack of enrichment at the time of the divorce or of the lack of correlation between the contribution prior to the bankruptcy and the assets subsequently found in the defendant's patrimony.

The Court of Appeal was also wrong to intervene on the question of the lump sum. The court concluded that the trial judge had no claim of an alimentary nature before him and quashed the order awarding a lump sum solely on the basis of a waiver alleged by respondent, an allegation based on the ambiguous wording of the minutes of trial. First, the language used in the minutes indicates that appellant waived "any claim for an alimentary pension, limiting herself to an allowance" of \$55,000. Clearly, a person does not waive a claim for a lump sum by waiving a claim for an alimentary pension. The word "allowance" must be given its ordinary meaning here and may include a lump sum or a compensatory allowance. With the benefit of the record as a whole, the trial judge considered that he had before him a claim of an alimentary nature. The Court of Appeal, which did not have transcripts available to it

divorce. Il y avait dans le présent dossier des éléments qui lui permettaient de conclure à un apport de l'appelante ayant entraîné l'enrichissement de l'intimé en dépit de la faillite intervenue dans l'intervalle et c'est à tort que la Cour d'appel est intervenue sur la question de la prestation compensatoire. La cour a commis une première erreur en statuant que le premier juge avait erronément appliqué le par. 148(1) de la *Loi sur la faillite*. Ce dernier a référé à l'art. 148 dans son ensemble. Or le par. (2) prévoit que la portée juridique d'une ordonnance de libération n'atteint que les réclamations prouvables en matière de faillite. C'est donc à bon droit que le premier juge a décidé que l'ordonnance de libération de l'intimé ne constituait pas un obstacle à l'adjudication d'une prestation compensatoire. Une «réclamation» découlant de l'art. 559 C.c.Q. n'est pas une réclamation prouvable dans une procédure intentée sous l'autorité de la *Loi sur la faillite*. La Cour d'appel a commis une deuxième erreur en affirmant que la faillite et la libération de l'intimé constituaient une fin de non-recevoir à la demande de prestation compensatoire. L'expression «fin de non-recevoir» a un sens juridique bien précis qui ne saurait décrire l'effet produit par la faillite d'un époux défendeur sur les droits de son conjoint en matière de prestation compensatoire. La cour a vraisemblablement considéré la faillite de l'intimé comme une preuve absolue et irréfutable démontrant qu'aucun enrichissement n'a pu subsister de la relation matrimoniale. Or, la faillite intervenant avant la demande de prestation n'est une preuve irréfutable ni de l'absence d'enrichissement au moment du divorce ni de l'absence de corrélation entre l'apport antérieur à la faillite et les valeurs se trouvant par la suite dans le patrimoine du défendeur.

C'est à tort également que la Cour d'appel est intervenue sur la question de la somme globale. La cour a conclu que le premier juge n'était saisi d'aucune demande de nature alimentaire et a cassé l'ordonnance d'attribution d'une somme globale sur la seule base d'une renonciation alléguée par l'intimé, allégation fondée sur les termes ambigus du procès-verbal d'audience. D'abord, les termes utilisés dans le procès-verbal indiquent que l'appelante a renoncé à «toute demande de pension alimentaire, se limitant à une demande de prestation» de 55 000 \$. Or il est clair que l'on ne renonce pas à une demande de somme globale en renonçant à une demande de pension alimentaire. Quant au mot «prestation», il doit s'interpréter en l'espèce selon son sens courant et peut comprendre une somme globale ou une prestation compensatoire. Avec le bénéfice de l'ensemble du dossier, le premier juge s'est considéré saisi d'une demande de nature alimentaire. La Cour d'appel, qui ne disposait pas des transcriptions et qui n'était pas

and was not in a position to analyse the minutes in light of the record as a whole, should not have intervened.

Cases Cited

Applied: *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801; *Droit de la famille—203*, [1985] C.A. 339; **referred to:** *Air-Care Ltd. v. United Steel Workers of America*, [1976] 1 S.C.R. 2; *Cie Immobilière Viger Ltée v. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 S.C.R. 67; *Gingras v. Gagnon*, [1977] 1 S.C.R. 217; *Beausel v. Langevin*, [1975] C.A. 223; *Caisse populaire de Sacré-Cœur, Saguenay v. Dufour*, C.A. Québec, No. 200-09-000060-779, March 4, 1981; *Droit de la famille—67*, [1985] C.A. 135; *Sabourin v. Charlebois*, [1982] C.A. 361; Cass. civ. 1st Ch., January 9, 1979, *Bull. civ. I*, No. 11, p. 8 (*R. v. L.*); Cass. civ. 1st Ch., May 30, 1979, *Bull. civ. I*, No. 161, p. 130 (*D. v. L.*); Cass. civ. 1st Ch., October 26, 1982, *Bull. civ. I*, No. 302, p. 257 (*Perrin v. Chevrier*); *M.D. v. P.-H.D.*, [1988] R.L. 139; *Droit de la famille—649*, [1989] R.D.F. 325; *Droit de la famille—688*, [1989] R.D.F. 532; *Banque canadienne nationale v. St-Germain*, [1942] Que. K.B. 496; *Droit de la famille—271*, [1986] R.D.F. 49; *Droit de la famille—594*, [1989] R.J.Q. 271; *Droit de la famille—1097*, [1987] R.D.F. 222.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Civil Code of Québec and other legislation in order to favour economic equality between spouses, S.Q. 1989, c. 55.
Act to establish a new Civil Code and to reform family law, S.Q. 1980, c. 39, s. 70.
Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 2, “claim provable in bankruptcy”, 148.
Civil Code of Quebec, arts. 462.1 et seq. [ad. 1989, c. 55, s. 8], 559.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 495.
Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, ss. 11, 12, 18.
Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, ss. 41(1) [rep. & sub. 1974-75-76, c. 18, s. 5], 52 [*idem*, s. 7].

Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis. *Les obligations*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1989.
 Baudouin, Louis. *Le droit civil de la Province de Québec*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1953.
 Comtois, Roger. “La prestation compensatoire: une mesure d’équité” (1983), 85 *R. du N.* 367.
 Cossette, André. “Le régime de la séparation de biens est-il disparu avec la naissance de la prestation compensatoire?” (1985), 87 *R. du N.* 456.
 Goré, François. *L’enrichissement aux dépens d’autrui*. Paris: Dalloz, 1949.

en mesure d’analyser le procès-verbal à la lumière de l’ensemble du dossier, n’aurait pas dû intervenir.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801; *Droit de la famille—203*, [1985] C.A. 339; **arrêtés mentionnés:** *Air-Care Ltd. c. United Steel Workers of America*, [1976] 1 R.C.S. 2; *Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67; *Gingras c. Gagnon*, [1977] 1 R.C.S. 217; *Beausel c. Langevin*, [1975] C.A. 223; *Caisse populaire de Sacré-Cœur, Saguenay c. Dufour*, C.A. Québec, n° 200-09-000060-779, le 4 mars 1981; *Droit de la famille—67*, [1985] C.A. 135; *Sabourin c. Charlebois*, [1982] C.A. 361; Cass. civ. 1^{er} Ch., 9 janvier 1979, *Bull. civ. I*, n° 11, p. 8 (*R. c. L.*); Cass. civ. 1^{er} Ch., 30 mai 1979, *Bull. civ. I*, n° 161, p. 130 (*D. c. L.*); Cass. civ. 1^{er} Ch., 26 octobre 1982, *Bull. civ. I*, n° 302, p. 257 (*Perrin c. Chevrier*); *M.D. c. P.-H.D.*, [1988] R.L. 139; *Droit de la famille—649*, [1989] R.D.F. 325; *Droit de la famille—688*, [1989] R.D.F. 532; *Banque canadienne nationale c. St-Germain*, [1942] B.R. 496; *Droit de la famille—271*, [1986] R.D.F. 49; *Droit de la famille—594*, [1989] R.J.Q. 271; *Droit de la famille—1097*, [1987] R.D.F. 222.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, art. 462.1 et suiv. [aj. 1989, ch. 55, art. 8], 559.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 495.
Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille, L.Q. 1980, ch. 39, art. 70.
Loi modifiant le Code civil du Québec et d’autres dispositions législatives afin de favoriser l’égalité économique des époux, L.Q. 1989, ch. 55.
Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, ch. S-19, art. 41(1) [abr. & rempl. 1974-75-76, ch. 18, art. 5], 52 [*idem*, art. 7].
Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, ch. B-3, art. 2 «réclamation prouvable en matière de faillite», 148.
Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, ch. D-8, art. 11, 12, 18.

Doctrines citées

Baudouin, Jean-Louis. *Les obligations*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1989.
 Baudouin, Louis. *Le droit civil de la Province de Québec*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1953.
 Comtois, Roger. «La prestation compensatoire: une mesure d’équité» (1983), 85 *R. du N.* 367.
 Cossette, André. «Le régime de la séparation de biens est-il disparu avec la naissance de la prestation compensatoire?» (1985), 87 *R. du N.* 456.
 Goré, François. *L’enrichissement aux dépens d’autrui*. Paris: Dalloz, 1949.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1985] C.A. 5 (*sub nom. Droit de la famille—176*), varying a judgment of the Superior Court¹. Appeal allowed.

Gérard Dugré, for the appellant.

Pierrette Rayle and *Suzanne Anfousse*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J.—This appeal is brought pursuant to s. 41 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19 (now R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40), and s. 18 of the *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8. It raises certain questions as to the rules governing a compensatory allowance, in particular in the event of a bankruptcy and a discharge order prior to any claim for an allowance and the requirement that the enrichment must subsist when proceedings are brought.

The appeal also raises questions regarding the assessment of the facts by the trial judge and the legitimacy of the Court of Appeal's intervention. Because these questions arise in the specific circumstances of this case, before proceeding any further I should point out that the Court is not called upon to deal with the principal aspects of the ongoing debate regarding the principles that should govern the granting of compensatory allowances, even though this is the first appeal it has heard in the field.

1. Facts and Proceedings

The parties were married in 1969 under the regime of separation of property. After a brief separation followed by a reconciliation in 1971, they finally ceased all cohabitation in 1977. At the time of the marriage the respondent held employment in a local paper mill at a gross salary of \$140 a week. In 1972 the respondent gave up his job to go into business with his wife, who at the time had substantial liquid capital, having received \$140,000 following the accidental death of her

¹ Sup. Ct. Trois-Rivières, No. 400-12-003513-818, October 7, 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1985] C.A. 5 (*sub nom. Droit de la famille—176*), qui a modifié un jugement de la Cour supérieure¹. Pourvoi accueilli.

^a *Gérard Dugré*, pour l'appelante.

Pierrette Rayle et *Suzanne Anfousse*, pour l'intimé.

^b Le jugement de la Cour a été rendu par

^c LE JUGE GONTHIER—Le présent pourvoi est formé en vertu de l'art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, ch. S-19 (maintenant L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40), et de l'art. 18 de la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, ch. D-8. Il met en cause certaines questions relatives au cadre juridique de la prestation compensatoire, notamment celle de l'effet d'une faillite et d'une ordonnance de libération intervenant avant la demande de prestation et celle de l'exigence selon laquelle l'enrichissement doit subsister lors de l'institution des procédures.

^d Le pourvoi soulève aussi des questions relatives à l'appréciation des faits par le juge du procès et à la légitimité de l'intervention de la Cour d'appel. En raison de ces questions ayant trait aux circonstances particulières de l'espèce, je souligne dès maintenant que la Cour ne pourra se pencher sur les principaux éléments des débats actuels sur les règles devant régir l'octroi d'une prestation compensatoire, bien qu'il s'agisse du premier pourvoi dont elle soit saisie sur le sujet.

1. Les faits et les procédures

^e ^h Les parties ont contracté mariage en 1969 sous le régime de la séparation de biens. Après une brève séparation suivie d'une réconciliation en 1971, elles ont finalement cessé toute cohabitation en 1977. Au moment du mariage, l'intimé occupait un emploi dans une usine de papier locale au salaire de 140 \$ brut par semaine. En 1972, l'intimé a abandonné son emploi pour se lancer en affaires avec son épouse qui jouissait alors d'un capital liquide substantiel, ayant reçu la somme de

¹ C.S. Trois-Rivières, n° 400-12-003513-818, 7 octobre 1983.

first husband, with whom she had had two children. The appellant had also received \$47,000 as a particular legatee of her father, who died in 1973. All the businesses operated by the parties failed. According to the trial judge the appellant is now completely destitute while the respondent, after making an assignment of his property in January 1978 and being discharged in 1979, became the "brain trust" of a successful moving equipment transportation company, and is the co-owner of a residence which is "far from modest though mortgaged".

By a divorce petition dated June 2, 1981 the appellant asked the Superior Court to order her husband to pay her the sum of \$55,000 in non-exclusive overall settlement of her alimentary pension, and the sum of \$250 a week as alimony. At the hearing of the petition the appellant said that she was abandoning any claim for an "alimentary pension", and was simply asking for an "allowance" of \$55,000.

The decree nisi was granted on June 17, 1983. On the following October 7, Laroche J. granted a decree absolute and ordered the respondent to pay the appellant the sum of \$40,000, both as repayment of money and as a compensatory allowance and lump sum indemnity for re-establishment and maintenance, the whole without interest. The amount was to be payable in annual instalments of \$5,000 commencing on November 1, 1983 with a final instalment of \$10,000 on November 1, 1989.

On October 12, 1983 the respondent filed an appeal and subsequently obtained an order staying the provisional execution of the judgment with respect to the corollary relief, except for the obligation connected with the first instalment. No joint record was prepared for the Court of Appeal, which set aside the trial judgment with respect to the corollary relief without having the benefit of consulting the record as a whole.

2. Applicable Legislation

The awarding of a compensatory allowance and a lump sum was based on the following legislation:

140 000 \$ à la suite du décès accidentel de son premier mari, duquel elle avait eu deux enfants. L'appelante a en outre reçu la somme de 47 000 \$ à titre de légataire particulière de son père décédé en 1973. Toutes les entreprises commerciales des parties ont échoué. Selon le juge des faits, l'appelante se trouve aujourd'hui complètement démunie alors que l'intimé, après avoir fait cession de ses biens en janvier 1978 et avoir obtenu sa libération en 1979, est devenu le «*brain trust*» d'une compagnie de transport de matériel de déménagement opérant avec succès, et possède en co-propriété une résidence «doit d'être modeste bien qu'hypothéquée».

Par requête en divorce datée du 2 juin 1981, l'appelante demande à la Cour supérieure de condamner son mari à lui payer, en règlement global non-exclusif de la pension alimentaire, la somme de 55 000 \$, ainsi que la somme de 250 \$ par semaine à titre de pension alimentaire. Lors de l'audition de la requête, l'appelante déclare renoncer à toute demande de «pension alimentaire», se limitant à demander une «prestation» de 55 000 \$.

Le jugement conditionnel de divorce est rendu le 17 juin 1983. Le 7 octobre suivant, le juge Laroche prononce le divorce irrévocable des parties et condamne l'intimé à payer à l'appelante la somme de 40 000 \$, tant à titre de remboursement de deniers que de prestation compensatoire et d'indemnité forfaitaire de rétablissement et de soutien, le tout sans intérêts. La somme est stipulée payable par versements annuels de 5 000 \$ à partir du 1^{er} novembre 1983 et par un dernier versement de 10 000 \$ le 1^{er} novembre 1989.

Le 12 octobre 1983, l'intimé inscrit la cause en appel et obtient par la suite une ordonnance portant suspension de l'exécution provisoire du jugement à l'égard des mesures accessoires, à l'exception de l'obligation reliée au premier versement. Aucun dossier conjoint n'est préparé pour la Cour d'appel, qui casse le premier jugement quant aux mesures accessoires sans avoir le bénéfice de consulter l'ensemble du dossier.

2. Législation pertinente

L'attribution d'une prestation compensatoire et d'une somme globale est fondée sur les dispositions législatives suivantes:

—article 559 of the *Civil Code of Quebec*:

559. The court, in granting a divorce, may order either spouse to pay to the other, as consideration for the latter's contribution, in goods or services, to the enrichment of the patrimony of the former, an allowance payable immediately or by instalments, taking into account, in particular, the advantages of the matrimonial regime and marriage contract.

The compensatory allowance may be paid, wholly or in part, by the granting of a right of ownership, use or habitation in accordance with articles 458 to 462.

—sections 11 and 12 of the *Divorce Act*:

11. (1) Upon granting a decree nisi of divorce, the court may, if it thinks it fit and just to do so having regard to the conduct of the parties and the condition, means and other circumstances of each of them, make one or more of the following orders, namely:

(a) an order requiring the husband to secure or to pay such lump sum or periodic sums as the court thinks reasonable for the maintenance of

- (i) the wife,
- (ii) the children of the marriage, or
- (iii) the wife and the children of the marriage;

(b) an order requiring the wife to secure or to pay such lump sum or periodic sums as the court thinks reasonable for the maintenance of

- (i) the husband,
- (ii) the children of the marriage, or
- (iii) the husband and the children of the marriage; and

(c) an order providing for the custody, care and upbringing of the children of the marriage.

(2) An order made pursuant to this section may be varied from time to time or rescinded by the court that made the order if it thinks it fit and just to do so having regard to the conduct of the parties since the making of the order or any change in the condition, means or other circumstances of either of them.

12. Where a court makes an order pursuant to section 10 or 11, it may

(a) direct that any alimony, alimentary pension or maintenance be paid either to the husband or

—l'article 559 du *Code civil du Québec*:

559. Au moment où il prononce le divorce, le tribunal peut ordonner à l'un des époux de verser à l'autre, en compensation de l'apport, en biens ou services, de ce dernier à l'enrichissement du patrimoine de son conjoint, une prestation payable au comptant ou par versements, en tenant compte, notamment, des avantages que procure le régime matrimonial et le contrat de mariage.

Cette prestation compensatoire peut être payée, en tout ou en partie, par l'attribution d'un droit de propriété, d'usage ou d'habitation, conformément aux articles 458 à 462.

—les articles 11 et 12 de la *Loi sur le divorce*:

11. (1) En prononçant un jugement conditionnel de divorce, le tribunal peut, s'il l'estime juste et approprié, compte tenu de la conduite des parties ainsi que de l'état et des facultés de chacune d'elles et des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent, rendre une ou plusieurs des ordonnances suivantes, savoir:

a) une ordonnance enjoignant au mari d'assurer l'obtention ou d'effectuer le paiement de la somme globale ou des sommes échelonnées que le tribunal estime raisonnables pour l'entretien

- (i) de l'épouse,
- (ii) des enfants du mariage, ou
- (iii) de l'épouse et des enfants du mariage;

b) une ordonnance enjoignant à l'épouse d'assurer l'obtention ou d'effectuer le paiement de la somme globale ou des sommes échelonnées que le tribunal estime raisonnables pour l'entretien

- (i) du mari,
- (ii) des enfants du mariage, ou
- (iii) du mari et des enfants du mariage; et

c) une ordonnance pourvoyant à la garde, à l'administration et à l'éducation des enfants du mariage.

(2) Une ordonnance rendue en conformité du présent article peut être modifiée à l'occasion ou révoquée par le tribunal qui l'a rendue s'il l'estime juste et approprié compte tenu de la conduite des parties depuis que l'ordonnance a été rendue ou de tout changement de l'état ou des facultés de l'une des parties ou des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent.

12. Lorsqu'un tribunal rend une ordonnance en conformité des articles 10 ou 11, il peut

a) ordonner qu'une pension alimentaire, 'alimony' ou 'maintenance' soit payée au mari ou à

wife, as the case may be, or to a trustee or administrator approved by the court; and

(b) impose such terms, conditions or restrictions as the court thinks fit and just.

3. Judgments Below

Superior Court

Laroche J. did not consider it necessary to discuss in detail in his reasons the various aspects of the two parties' financial venture. From the considerable evidence presented during six days of hearing, he selected and mentioned two points: the state of the respondent's patrimony as indicated by the accounting documents filed and the appellant's right to the money she had to pay as endorser after the respondent's bankruptcy. In the opinion of Laroche J., this is a [TRANSLATION] "financial contribution" which presents no problems in terms of evidence. According to the evidence adduced this financial contribution amounts, with interest, to a total of \$32,640.48, which the judge then increased to \$40,000 as an allowance for support and re-establishment. Laroche J. explained the purpose of his order as follows:

[TRANSLATION] The awarding of this sum will be such as to allow [the appellant] to achieve financial independence and to finally terminate relations between the parties, after a "common adventure", both emotional and financial, which is unique of its kind.

As regards the effect of the respondent's bankruptcy and discharge on the appellant's rights, the trial judge explained:

[TRANSLATION] In law, needless to say, the order discharging the respondent's bankruptcy is not a bar to the awarding of such an amount and the performance of obligations of this kind between the parties, as a consequence of s. 148 of the Bankruptcy Act.

The respondent was accordingly ordered to pay the appellant the sum of \$40,000, on the terms I described in the summary of facts.

l'épouse, selon le cas, ou à un *trustee* ou administrateur approuvé par le tribunal; et

b) imposer les modalités ou restrictions que le tribunal estime justes et appropriées.

3. Jugements des tribunaux d'instance inférieure

Cour supérieure

Le juge Laroche n'estime pas utile de relater en détail dans ses motifs les nombreux éléments de l'aventure financière des deux parties. De la preuve considérable produite au cours de six journées d'audience, il retient et mentionne deux éléments: l'état du patrimoine de l'intimé établi par les documents comptables produits et le droit de l'appelante relativement aux deniers qu'elle a dû verser à titre d'endosseur après la faillite de l'intimé. Selon le juge Laroche, il s'agit là d'un «apport monétaire» ne présentant aucun problème au niveau de la preuve. Suivant la preuve présentée, cet apport monétaire forme, avec les intérêts, un montant total de 32 640,48 \$, que le juge augmente ensuite jusqu'à la somme de 40 000 \$, à titre d'indemnité de soutien et de rétablissement. Le juge Laroche expose comme suit l'objectif de son ordonnance:

L'octroi de cette somme sera de nature à permettre à [l'appelante] d'accomplir son indépendance financière et de mettre fin définitivement aux relations entre les parties, après une «aventure commune» (common adventure), tant sur le plan sentimental que financier, unique en son genre.

En ce qui concerne l'effet de la faillite et de la libération de l'intimé sur les droits de l'appelante, le premier juge explique:

En droit, il va de soi que l'ordonnance de libération de faillite de l'intimé ne constitue pas un obstacle à l'adjudication d'un tel montant, et à l'exécution des obligations de cette nature entre les parties, en raison de l'article 148 de la Loi sur la faillite.

L'intimé est donc condamné à payer à l'appelante la somme de 40 000 \$, selon les modalités que j'ai détaillées dans le résumé des faits.

Court of Appeal, [1985] C.A. 5

Turgeon J.A.—reasons concurred in by Tyndale J.A.

After reproducing most of the trial judgment in his reasons, Turgeon J.A. noted the reference by the trial judge to s. 148 of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3. This section provides *inter alia* that a discharge order does not release the bankrupt from any debt or liability under a maintenance order. The trial judge concluded from this that he could make an award in this case despite the respondent's bankruptcy and discharge. In the opinion of Turgeon J.A., the compensatory allowance is not alimentary in nature as art. 559 *C.C.Q.* is found in Subsection 1, dealing with the "Settlement of the financial interests of the spouses" and not in Subsection 2, dealing with the "Effects of divorce as to support". The respondent's discharge was thus possible having regard to his potential obligations under art. 559 *C.C.Q.*

Turgeon J.A. then mentioned what in his opinion must be proven by the plaintiff to obtain a compensatory allowance, at pp. 7-8:

[TRANSLATION]

- (1) his or her contribution;
- (2) the enrichment of his or her spouse's patrimony;
- (3) the causal link between the two;
- (4) the proportion in which the contribution made possible the enrichment.

He added, and this passage is important:

[TRANSLATION] These four conditions must coexist and these four things must exist, or at least subsist, at the time the court grants the divorce. [Emphasis added.]

The judge noted that in this case the enrichment no longer existed at the time of the divorce, since the respondent had made an assignment of his property. He concluded, at p. 8:

[TRANSLATION] In my opinion [the respondent's] bankruptcy and discharge are an estoppel to [the appellant's] claim for a compensatory allowance. The amounts paid by [the appellant] as endorser of certain debts contracted by her husband are a bar to her claim for a compensatory allowance.

Cour d'appel, [1985] C.A. 5

Le juge Turgeon—aux motifs duquel souscrit le juge Tyndale

Après avoir reproduit la majeure partie du jugement de première instance dans ses motifs, le juge Turgeon souligne la mention par le premier juge de l'art. 148 de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, ch. B-3. Cet article prévoit entre autres qu'une ordonnance de libération ne libère pas le failli de toute dette ou obligation fixée par une ordonnance de pension alimentaire. Le premier juge en avait conclu qu'il pouvait adjuger en l'espèce malgré la faillite et la libération de l'intimé. Selon le juge Turgeon, la prestation compensatoire n'est pas de nature alimentaire, l'art. 559 *C.c.Q.* étant placé dans la sous-section 1 qui traite «Du règlement des intérêts financiers des époux» et non pas dans la sous-section 2 qui traite «Des effets du divorce quant aux aliments». La libération de l'intimé était donc possible eu égard à ses obligations pouvant découler de l'art. 559 *C.c.Q.*

Le juge Turgeon mentionne ensuite les éléments qui doivent selon lui être prouvés par le demandeur pour obtenir une prestation compensatoire, aux pp. 7 et 8:

1. Son apport;
2. L'enrichissement du patrimoine de son conjoint;
3. Le lien de causalité entre les deux;
4. La proportion dans laquelle l'apport a permis l'enrichissement.

Il ajoute, et ce passage est important:

Il faut que ces quatre conditions coexistent et ces quatre éléments doivent exister ou du moins subsister au moment où le Tribunal prononce le divorce. [Je souligne.]

Le juge note qu'en l'espèce, l'enrichissement n'existait plus au moment du divorce puisque l'intimé avait fait cession de ses biens. Il conclut, à la p. 8:

Je suis d'opinion que la faillite de [l'intimé] et sa libération constituent une fin de non-recevoir à la demande de prestation compensatoire de [l'appelante]. Les montants versés par [l'appelante] à titre d'endorseur de certaines dettes contractées par son époux font obstacle à sa demande de prestation compensatoire.

Article 559 C.C.Q. does not alter the rules of suretyship. It does not have the effect of imposing on [the respondent] an obligation from which he has been discharged under the *Bankruptcy Act*.

With respect, I am of the view that the trial judge made an error of law. ^a

There was accordingly no basis for the compensatory allowance order. In the view of Turgeon J.A., the amount awarded in this regard was \$32,640.48, the balance having been awarded as a lump sum (although the entire amount was combined in the conclusions of the trial judgment, this breakdown is indicated in the trial judge's reasons). Turgeon J.A. considered that as the appellant had abandoned her alimentary claim, this second part of the order was therefore also without foundation: the judge's award went beyond what had been sought. ^b

Turgeon J.A. accordingly allowed the appeal and struck out the financial order in the divorce decree, but reserved the appellant's right to claim alimentary support under the law. ^c

McCarthy J.A.—concurring opinion

I shall simply reproduce the short reasons of McCarthy J.A. (at pp. 8-9): ^d

[TRANSLATION] I have had the advantage of reading the opinion of my colleague Turgeon J.A.

Article 559 C.C.Q. gives the judge granting the divorce discretion, provided there is a "contribution . . . to the enrichment of the patrimony" of the spouse. Since what is involved is "compensation" (not indemnification) for this contribution, I am of the view that the enrichment must subsist at the time of the divorce. ^e

In the present case the enrichment of the husband's patrimony as a result of his wife's contribution was not still in existence when the divorce decree was granted. The judge consequently did not have any discretion under art. 559. ^f

With respect to the lump sum awarded by the judge beyond the provisions of art. 559, I would emphasize that he had no claim of an alimentary nature before him. ^g

Like my colleague I would allow the appeal, with each party paying their own costs. ^h

L'article 559 C.C.Q. ne modifie pas les règles du cautionnement. Il n'a pas pour effet de faire assumer par [l'intimé] une obligation dont il a été libéré aux termes de la *Loi sur la faillite*.

Avec égard, je crois que le premier juge a commis une erreur de droit. ^a

L'ordonnance de prestation compensatoire n'était donc pas fondée. Selon le juge Turgeon, le montant accordé à ce titre s'élève à 32 640,48 \$, le reste ayant été octroyé à titre de somme globale (bien que le tout soit confondu dans le dispositif du jugement de première instance, cette distribution apparaît dans les motifs du premier juge). L'appelante ayant renoncé, selon le juge Turgeon, à sa demande de nature alimentaire, cette seconde partie de l'ordonnance était donc également mal fondée; le juge a adjugé au delà de ce qui lui avait été demandé. ^b

Le juge Turgeon accueille donc l'appel et biffe l'ordonnance monétaire du jugement de divorce, réservant toutefois à l'appelante le droit de réclamer des aliments suivant la loi. ^c

Le juge McCarthy—opinion concordante

Je me contenterai ici de reproduire les courts motifs du juge McCarthy (aux pp. 8 et 9): ^d

J'ai eu l'avantage de lire l'opinion de mon collègue M. le juge Turgeon.

L'article 559 C.C.Q. accorde une discrétion au juge qui prononce le divorce, à condition qu'il y ait un «apport . . . à l'enrichissement du patrimoine» du conjoint. Puisqu'il s'agit de «compensation» (non pas de dédommagement) de cet apport, je crois que l'enrichissement doit subsister au moment du divorce. ^e

En l'occurrence, l'enrichissement du patrimoine du mari grâce à l'apport de sa femme ne subsistait plus lors du prononcé du jugement de divorce. Par conséquent, le juge n'avait pas de discrétion en vertu de l'article 559. ^f

Quant à la somme globale accordée par le juge en dehors de l'article 559, je souligne qu'il n'était saisi d'aucune demande de nature alimentaire. ^g

Comme mon collègue, j'accueillerais l'appel, chaque partie payant ses frais. ^h

4. Issues

The appellant submitted the following issues to the Court:

1. Did the Court of Appeal err in finding that the award of the sum of \$40,000 was not justified under art. 559 *C.C.Q.*?
2. Did the Court of Appeal err in finding that the award of the sum of \$40,000 was not justified under s. 11 of the *Divorce Act*?

5. Analysis

Before moving on to the main issues, which I shall deal with in the order suggested by the appellant, I must dispose of certain preliminary issues of a procedural nature which both sides argued could have an effect on the jurisdiction of the Court of Appeal and on that of this Court in the case at bar.

A. Preliminary Issues

(a) Jurisdiction of This Court

The respondent maintains that the order granting leave to appeal to this Court under the *Divorce Act* was made out of time. The relevant provision reads as follows:

18. ...

(2) Leave to appeal under this section may be granted within thirty days from the pronouncing of the judgment or order being appealed from or within such extended time as the Supreme Court of Canada or a judge thereof may, before the expiration of those thirty days, fix or allow.

In the present case the judgment appealed from was pronounced on November 9, 1984 and the appellant filed a notice of motion for an extension of time on December 6, 1984. This motion was granted the following day and the time was extended to January 21, 1985. The appellant filed her notice of application for leave to appeal on December 27, 1984 and the order of this Court granting leave to appeal was made on January 31 following. As the respondent indicated, the notice of application for leave to appeal was filed within the time limit set by the order extending the time, but leave to appeal was in fact granted after the time fixed by that order had expired. The provision

4. Questions en litige

L'appelante soumet à la Cour les questions suivantes:

1. La Cour d'appel a-t-elle erré en statuant que l'octroi de la somme de 40 000 \$ n'était pas justifié en vertu de l'art. 559 *C.c.Q.*?
2. La Cour d'appel a-t-elle erré en statuant que l'octroi de la somme de 40 000 \$ n'était pas justifié en vertu de l'art. 11 de la *Loi sur le divorce*?

5. Analyse

Avant de passer aux questions principales dont je traiterai dans l'ordre proposé par l'appelante, je dois disposer de certaines questions préliminaires d'ordre procédural dont on prétend de part et d'autre qu'elles sont susceptibles d'avoir un effet sur la compétence de la Cour d'appel et sur celle de notre Cour en l'espèce.

A. Les questions d'ordre préliminaire

a) La compétence de notre Cour

L'intimé soutient que l'ordonnance portant permission d'interjeter appel devant notre Cour en vertu de la *Loi sur le divorce* est hors-délai. La disposition pertinente se lit comme suit:

18. ...

(2) La permission d'interjeter appel en vertu du présent article peut être accordée dans les trente jours du jugement ou de l'ordonnance frappés d'appel ou dans le délai plus long que la Cour suprême du Canada ou un juge de cette Cour peuvent, avant l'expiration de ces trente jours, fixer ou accorder.

En l'espèce, le jugement frappé d'appel a été rendu le 9 novembre 1984 et l'appelante a produit un avis de requête en prorogation de délai le 6 décembre 1984. Cette requête a été accordée le lendemain et le délai a été prorogé jusqu'au 21 janvier 1985. L'appelante a produit son avis de requête en autorisation de pourvoi le 27 décembre 1984 et l'ordonnance de notre Cour accordant la permission d'appeler a été rendue le 31 janvier suivant. Comme l'indique l'intimé, la production de l'avis de requête en autorisation de pourvoi a été faite dans le respect du délai fixé par l'ordonnance de prorogation de délai, mais la permission d'interjeter appel a en fait été accordée après l'expiration du

cited above refers quite clearly to the leave to appeal rather than the application to obtain it. The respondent argued that leave must in fact be granted within the time mentioned, which was not the case here.

The result of adopting this interpretation offends common sense. On this reading the time limit at issue would be imposed on this Court, and its length fixed by its own order in cases of an extension. The parties' rights would subsist or be extinguished, depending on whether the leave order was made before or after the time limit fixed, regardless of the diligence exercised by the respective parties. Such a result seems to me to be both unfair and absurd. It will suffice to recall here the remarks made by Dickson J. in *Air-Care Ltd. v. United Steel Workers of America*, [1976] 1 S.C.R. 2, at p. 8, regarding the parties' rights in relation to the excessive length of time which an administrative tribunal had allowed to elapse before making its decision:

The right of a party should not be lost or in any way prejudiced as the result of dilatory conduct on the part of a Board over which it has little or no control.

The length of this Court's deliberations in a case depends on a host of factors connected with its internal operation and it is inconceivable that a litigant could be prejudiced by the effect of the law.

The answer to the respondent's questions lies in the retroactivity of an order granting leave to appeal. Like most court orders which are reserved, the order granting leave to appeal is retroactive to the date of the application. It is in this respect similar to an order made from the bench following an oral application, and in the absence of any indication to the contrary it similarly produces its legal effects from the time the application is duly submitted.

I am therefore of the view that the time limits mentioned in the provision refer in fact to the date on which the notice of application was filed, being the date on which the leave order is deemed to have been made. In the case at bar the notice of

délai fixé par cette ordonnance. Or le texte cité plus haut renvoie assez clairement à la permission d'en appeler plutôt qu'à la requête visant à l'obtenir. L'intimé prétend que l'ordonnance d'autorisation doit être dans les faits accordée à l'intérieur du délai mentionné, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce.

Le résultat auquel conduit cette interprétation heurte le sens commun. En effet, le délai dont il est question serait dans cette hypothèse imposé à notre Cour, et sa longueur fixée par sa propre ordonnance dans les cas de prorogation. Les droits des parties s'en trouveraient modifiés du tout au rien selon que l'ordonnance d'autorisation est rendue avant ou après le délai fixé et ce, sans aucun égard à la diligence respective des parties. Un tel résultat me semble à la fois injuste et absurde. Qu'il suffisse de rappeler ici les propos tenus par le juge Dickson dans l'affaire *Air-Care Ltd. c. United Steel Workers of America*, [1976] 1 R.C.S. 2, à la p. 8, eu égard aux droits des parties face aux délais exagérés qu'un tribunal administratif avait laissé écouler avant de rendre sa décision:

Le droit d'une partie ne doit pas se perdre ni subir de préjudice quelconque parce qu'un tribunal sur lequel elle a peu ou pas de contrôle tarde à agir.

La longueur du délibéré de notre Cour dans une affaire dépend d'une foule de facteurs reliés à son fonctionnement interne et il est impensable qu'un justiciable puisse s'en trouver préjudicié par l'effet de la loi.

C'est la rétroactivité d'une ordonnance en autorisation de pourvoi qui donne réponse aux interrogations de l'intimé. Comme la plupart des ordonnances judiciaires rendues à la suite d'un délibéré, l'ordonnance en autorisation de pourvoi rétroagit à la date de la requête. À cet égard elle s'associe à une ordonnance rendue sur le banc à la suite d'une requête verbale et produit pareillement ses effets juridiques, à moins d'indication contraire, à compter du moment où la requête est dûment soumise.

Je suis donc d'avis que les délais mentionnés dans le texte renvoient en fait à la date de production de l'avis de requête, date à laquelle l'ordonnance d'autorisation est réputée avoir été rendue. En l'espèce, l'avis de requête en autorisation de

application for leave to appeal was filed on December 27, 1984, that is nearly a month before the time limit set by this Court expired.

The respondent also drew the Court's attention to s. 18(1) of the *Divorce Act*, which states that an appeal to this Court with leave lies on a question of law:

18. (1) An appeal lies on a question of law to the Supreme Court of Canada with leave of that court from a decision of the court of appeal under section 17.

An appeal authorized under the *Supreme Court Act* may concern issues of mixed law and fact. Section 41(1) read as follows at that time:

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

In the case at bar the application for leave to appeal was based on both Acts and the leave order was granted without specifying the Act, as requested in the application. In the respondent's submission the appeal relating to the application of the *Divorce Act* must necessarily have been authorized under that Act and, consequently, with respect to the lump sum this Court has jurisdiction only over questions of law raised by the award made.

In my opinion *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801, disposes of this question in the appellant's favour. It was argued in that case that the right to rely on the *Divorce Act*, which is more specific, in order to seek leave to appeal, precluded the application of the *Supreme Court Act*, which is

pourvoi a été produit le 27 décembre 1984, soit près d'un mois avant l'expiration du délai fixé par notre Cour.

L'intimé a par ailleurs attiré notre attention sur le par. 18(1) de la *Loi sur le divorce*, qui précise que l'appel à notre Cour sur permission porte sur une question de droit:

18. (1) Appel d'une décision de la cour d'appel rendue en vertu de l'article 17 peut être interjeté, sur une question de droit, devant la Cour suprême du Canada, avec la permission de cette Cour.

L'appel autorisé en vertu de la *Loi sur la Cour suprême* peut quant à lui porter sur les questions mixtes de droit et de fait. Le paragraphe 41(1) se lisait alors comme suit:

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

En l'espèce, la requête en autorisation de pourvoi était fondée sur les deux lois et l'ordonnance d'autorisation a été accordée sans précision, selon les conclusions de la requête. D'après l'intimé, l'appel portant sur l'application de la *Loi sur le divorce* doit obligatoirement avoir été autorisé en vertu de cette loi et notre Cour, par conséquent, n'aurait compétence relativement à la somme globale que sur les seules questions de droit soulevées par son adjudication.

À mon avis l'arrêt *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, dispose de cette question en faveur de l'appelante. On prétendait dans cette affaire que la possibilité de se prévaloir de la *Loi sur le divorce*, plus particulière, pour demander la permission d'en appeler écartait l'application de la *Loi sur la*

more general in its application. This Court rejected the argument and held that both statutes could confer jurisdiction on it as long as there was no conflict in their application (p. 825).

The functional test for the existence of a conflict which appears to have been adopted allows the maximum area of overlap and responds to this Court's concern that the procedural avenues of access to the Court should be kept open. The criteria used to guide this Court in exercising its discretion under each of the provisions are not identical and it is in the interests of justice to see that both avenues can be used. In my view, it should be possible for them both to be relied on in the same case in order to obtain leave to appeal.

In the case at bar, the leave order makes no distinction between the question of the lump sum and that of the compensatory allowance. This Court is thus free to consider that it duly has before it these two aspects of the appeal under its enabling legislation, and so to examine any issue of mixed law and fact which may have to be disposed of in resolving the dispute.

(b) Court of Appeal's Jurisdiction

In this Court the appellant argues that the Court of Appeal never had before it an appeal regarding the conclusions of the trial judgment on the compensatory allowance. The respondent appealed the trial judgment by filing a notice in the office of the Court of Appeal, in accordance with the requirements of the *Divorce Act*, but no notice of inscription was served on or filed with the office of the Superior Court as required by art. 495 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25. In the appellant's submission, the Court of Appeal went beyond the limits of its jurisdiction to the extent of its intervention regarding the compensatory allowance. The question is therefore whether the filing of the inscription in appeal pursuant to the *Divorce Act* is valid with respect to the compensatory allowance.

Cour suprême, qui est d'application plus générale. Rejetant cette prétention, notre Cour décidait que les deux dispositions législatives étaient susceptibles de lui conférer compétence dans la mesure où elles n'entrent pas en conflit dans leur application (p. 825).

Le test fonctionnel de mise en conflit qui semble avoir été adopté permet le maintien d'un champ de double application maximal et répond à un souci d'ouverture de notre Cour relativement aux voies procédurales permettant d'y accéder. Les critères servant de guides à notre Cour dans l'exercice de sa discrétion en vertu de l'une et l'autre des dispositions ne sont pas identiques et il est dans l'intérêt de la justice que les deux voies puissent être utilisées. Elles doivent à mon avis pouvoir être toutes deux invoquées dans une même affaire en vue d'obtenir une autorisation d'en appeler.

En l'espèce, l'ordonnance d'autorisation ne fait aucune distinction entre la question de la somme globale et celle de la prestation compensatoire. Notre Cour est donc libre de se considérer dûment saisie de ces deux aspects du pourvoi en vertu de sa loi constitutive, ce qui permettra d'aborder toute question mixte de droit et de fait dont la disposition pourrait s'avérer utile dans la résolution du litige.

b) La compétence de la Cour d'appel

L'appelante soutient devant nous que la Cour d'appel n'a jamais été saisie d'un pourvoi touchant au dispositif du jugement de première instance sur la prestation compensatoire. L'intimé a interjeté appel du premier jugement par le dépôt d'un avis au greffe de la Cour d'appel, conformément aux exigences de la *Loi sur le divorce*, mais aucun avis d'inscription n'a été signifié ou déposé au greffe de la Cour supérieure comme le requiert l'art. 495 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25. La Cour d'appel aurait, selon l'appelante, dépassé les limites de sa compétence dans la mesure de son intervention sur la question de la prestation compensatoire. Il s'agit donc de déterminer si le dépôt de l'inscription en appel fait conformément aux exigences de la *Loi sur le divorce* est valable à l'égard de la prestation compensatoire.

The respondent refers to a dispute in the Court of Appeal concerning the proper procedure in the case of an appeal from a Superior Court judgment disposing both of matters governed by the *Divorce Act* and matters governed by the Civil Codes. After a period of uncertainty (see *Beausel v. Langevin*, [1975] C.A. 223; *Caisse populaire de Sacré-Cœur, Saguenay v. Dufour*, C.A. Québec, No. 200-09-000060-779, March 4, 1981; *Droit de la famille—67*, [1985] C.A. 135), the Court of Appeal disposed of this issue in a leading judgment rendered in *Droit de la famille—203*, [1985] C.A. 339. Stressing that the compensatory allowance takes the form of corollary relief when it is ordered in a divorce decree, LeBel J.A. held that the procedure set out in the federal Act was applicable to all incidental matters covered in divorce proceedings.

I agree that the filing of the appeal inscription in accordance with the procedure specified in the *Divorce Act* is valid for all questions disposed of in a divorce decree, including the award of a compensatory allowance. The possibility of incorporating the claim for a compensatory allowance into the divorce proceedings at the trial level is well recognized: the language of art. 559 *C.C.Q.* cannot be circumvented in this regard. It seems entirely natural for the same to be true of the procedure applicable to appeals. It is clearly not appropriate to create a mandatory procedural distinction at the appeal level in dealing with questions which are closely related at trial.

On the preliminary questions, it can be said that the Court of Appeal and this Court have both been validly presented with the appeal relating to the compensatory allowance as well as to the lump sum ordered under the *Divorce Act*. For all aspects of the appeal this Court may rule on issues of mixed law and fact, deriving the necessary jurisdiction from its enabling Act.

L'intimé fait état d'une controverse en Cour d'appel sur la question de la procédure appropriée en cas de pourvoi formé à l'encontre d'un jugement de la Cour supérieure qui dispose à la fois de questions régies par la *Loi sur le divorce* et de questions régies par les Codes civils. Suite à une certaine période d'incertitude (voir *Beausel c. Langevin*, [1975] C.A. 223; *Caisse populaire de Sacré-Cœur, Saguenay c. Dufour*, C.A. Québec, n° 200-09-000060-779, le 4 mars 1981; *Droit de la famille—67*, [1985] C.A. 135), la Cour d'appel a disposé de cette question dans un arrêt de principe rendu à l'occasion de l'affaire *Droit de la famille—203*, [1985] C.A. 339. Soulignant que la prestation compensatoire prend la forme d'un accessoire lorsqu'elle est ordonnée dans un jugement de divorce, le juge LeBel statuait que la procédure établie par la loi fédérale était applicable à tous les incidents réglés dans le cadre des procédures de divorce.

Je suis d'accord pour affirmer que le dépôt de l'inscription en appel fait conformément à la procédure établie dans la *Loi sur le divorce* est valable à l'égard de toutes les questions dont il est disposé dans un jugement de divorce, y compris l'adjudication d'une prestation compensatoire. La possibilité est bien admise d'intégrer la demande de prestation compensatoire aux procédures prévues pour le divorce en première instance; les termes de l'art. 559 *C.c.Q.* sont à cet égard incontournables. Il m'apparaît tout naturel qu'il en aille de même pour la procédure applicable aux appels. Il n'est manifestement pas opportun de créer une scission procédurale obligatoire au niveau de l'appel relativement au traitement de questions dont la disposition est intimement liée en première instance.

Sur les questions préliminaires, on retiendra que la Cour d'appel et notre Cour ont été toutes deux valablement saisies de l'appel tant à l'égard de la prestation compensatoire qu'à l'égard de la somme forfaitaire ordonnée en vertu de la *Loi sur le divorce*. Pour tous les aspects du pourvoi, notre Cour pourra se prononcer sur les questions mixtes de droit et de fait, puisant la compétence nécessaire dans sa loi constitutive.

B. Main Issues

The awarding of a compensatory allowance or lump sum rests upon a decision that depends to a large extent on the trial judge's ability to assess the facts. In performing this difficult judicial exercise, there are many factors which the trial judge may legitimately consider as, in relation to both compensatory allowances and lump sums, the legislator has recognized the need for broad discretion by adopting enabling provisions which have an essentially open texture. In such a context, the function of an appellate court is to correct errors of law made at trial in exercising the discretion conferred by law. It goes without saying that assessing the facts is the prerogative of the trial judge and that, unless it can identify such an egregious error in this regard that it indicates an error of legal principle, the Court of Appeal is not justified in intervening.

In this appeal the appellant is essentially challenging the legitimacy of the Court of Appeal's intervention, first on the question of the compensatory allowance and second on that of the lump sum. In view of the considerable volume of evidence adduced at trial and the fact that no joint record was submitted to the Court of Appeal, I think it is advisable to consider the questions raised in the manner proposed by the appellant.

(a) The Compensatory Allowance

Quebec law has long recognized the freedom of matrimonial agreements and the right of spouses to opt for the regime of separation of property. It is well known that a great many flagrant injustices have resulted from this regime: one of the spouses, usually the wife, was often left destitute by a divorce while the other spouse had capitalized throughout the marriage on contributions of money and unpaid labour. From time to time other regimes also produced certain injustices requiring redress. The courts were certainly aware of these injustices, but generally refused to intervene in the absence of legislative authority.

B. Les questions principales

L'attribution d'une prestation compensatoire ou d'une somme globale relève d'une décision faisant dans une large mesure appel à la faculté d'appréciation du juge des faits. Dans la réalisation de ce difficile exercice judiciaire, nombreux sont les facteurs susceptibles de considération légitime par le juge de première instance car le législateur a, tant en matière de prestation compensatoire qu'en matière de somme globale, reconnu la nécessité d'une large discrétion par l'adoption de dispositions habilitantes dont la texture se veut essentiellement ouverte. Dans un tel contexte, le rôle d'un tribunal d'appel est de corriger les erreurs de droit commises en première instance dans l'exercice de la discrétion conférée par la loi. Il va sans dire que l'appréciation des faits est de la prerogative du juge de première instance et qu'à moins d'être en mesure de relever une erreur d'appréciation à ce point marquée qu'elle témoigne d'une erreur touchant aux principes juridiques, la Cour d'appel n'est pas justifiée d'intervenir.

L'appelante met essentiellement en cause dans ce pourvoi la légitimité de l'intervention de la Cour d'appel, d'abord sur la question de la prestation compensatoire, puis sur celle de la somme globale. Compte tenu du volume considérable de la preuve produite en première instance et du fait qu'aucun dossier conjoint n'a été soumis à la Cour d'appel, il me semble approprié d'aborder les questions soulevées sous l'angle proposé par l'appelante.

8 a) La prestation compensatoire

Le droit québécois reconnaît depuis fort longtemps la liberté des conventions matrimoniales et la faculté pour les époux d'opter pour le régime de la séparation de biens. Les injustices nombreuses et flagrantes ayant découlé de ce régime sont bien connues; l'un des époux, généralement la femme, se retrouvait souvent démuné au moment du divorce alors que son conjoint avait capitalisé pendant toute la durée du mariage en profitant d'apports en argent et de labeurs non rémunérés. À l'occasion, les autres régimes produisaient également certaines injustices dignes d'être redressées. Ces injustices étaient certes perçues par les tribunaux, mais ces derniers refusaient généralement d'intervenir, faute d'autorisation législative.

First, the Court of Appeal refused its concurrence to the orders of a compensatory nature made at the time of the divorce as part of the lump sum, because their effect was to retroactively extinguish the effects of a freely made and executed contract. After all, the lump sum is alimentary in nature. From the same concern that agreements freely concluded for the separation of property should be respected, the courts also seldom recognized that a tacit partnership could exist between spouses. The person affected found it hard to establish the existence of a tacit partnership contract existing alongside a written marriage contract, duly concluded before a notary, the terms of which hardly lent themselves to such a possibility. Finally, it was felt that generally the doctrine of unjust enrichment could not be used to mitigate this type of injustice, as the cause of the enrichment was the matrimonial regime or association: *Sabourin v. Charlebois*, [1982] C.A. 361. It will be noted that the decisions of the Quebec courts have diverged in this respect from the position taken by French courts: Cass. civ. 1st Ch., January 9, 1979, *Bull. civ. I*, No. 11, p. 8 (*R. v. L.*); Cass. civ. 1st Ch., May 30, 1979, *Bull. civ. I*, No. 161, p. 130 (*D. v. L.*); Cass. civ. 1st Ch., October 26, 1982, *Bull. civ. I*, No. 302, p. 257 (*Perrin v. Chevrier*).

This is the context in which the remedy by way of a compensatory allowance was introduced on December 1, 1982. There has in general been little consideration of the general objectives of this legislative innovation. It is clearly intended to mitigate the injustices produced by the implementation of a freely adopted matrimonial regime, by making it possible to compensate a spouse who has enriched the patrimony of the other spouse by his or her contribution of goods or services (see Roger Comtois, "La prestation compensatoire: une mesure d'équité" (1983), 85 *R. du N.* 367).

The problems arise when it comes to determining how far the discretion conferred on the judge extends. The wording of the article is very broad and in practice it allows the judge to extinguish completely the regime of separation of property chosen by the spouses (see André Cossette, "Le régime de la séparation de biens est-il disparu avec

D'abord, la Cour d'appel a refusé son assentiment relativement aux ordonnances de nature compensatoire rendues au moment du divorce sous le couvert de la somme globale, parce qu'elles avaient pour effet d'anéantir rétroactivement les effets d'un contrat librement consenti et exécuté. Au demeurant la somme globale est de nature alimentaire. Dans le même souci de déférence à l'endroit des conventions librement conclues portant séparation de biens, les tribunaux admettaient par ailleurs rarement qu'une société tacite puisse exister entre conjoints. La personne intéressée ne pouvait en effet que difficilement prouver l'existence d'un contrat de société tacite parallèle à un contrat de mariage écrit, dûment passé devant notaire, et dont les termes ne souffraient guère cette possibilité. Finalement, on a jugé que, d'une façon générale, la doctrine de l'enrichissement sans cause ne pouvait servir à pallier ce type d'injustice, la cause de l'enrichissement étant le régime ou le lien matrimonial: *Sabourin c. Charlebois*, [1982] C.A. 361. On notera que la jurisprudence québécoise s'est à cet égard écartée de la position jurisprudentielle française: Cass. civ. 1^{er} Ch., 9 janvier 1979, *Bull. civ. I*, n° 11, p. 8 (*R. c. L.*); Cass. civ. 1^{er} Ch., 30 mai 1979, *Bull. civ. I*, n° 161, p. 130 (*D. c. L.*); Cass. civ. 1^{er} Ch., 26 octobre 1982, *Bull. civ. I*, n° 302, p. 257 (*Perrin c. Chevrier*).

C'est dans un tel contexte que se situe l'introduction du recours en prestation compensatoire le 1^{er} décembre 1982. On s'est d'une façon générale assez peu interrogé sur les objectifs généraux de cette innovation législative. Elle vise manifestement à pallier les injustices engendrées à l'occasion de la réalisation d'un régime matrimonial librement choisi, en permettant la compensation d'un époux ayant enrichi le patrimoine de son conjoint par son apport en biens ou en services (voir Roger Comtois, «La prestation compensatoire: une mesure d'équité» (1983), 85 *R. du N.* 367).

C'est au niveau de la portée qu'il convient de reconnaître à la discrétion accordée au juge que tous les problèmes se posent. Le libellé de l'article est fort large et, en pratique, il permet au juge d'anéantir de façon intégrale le régime de la séparation de biens choisi par les époux (voir André Cossette, «Le régime de la séparation de biens

la naissance de la prestation compensatoire?» (1985), 87 *R. du N.* 456). The legislature has, however, elected to preserve freedom of choice in matrimonial agreements. For this reason, the courts could hardly create *a posteriori* an obligatory and retroactive judicial partnership of acquests by adopting an overly broad interpretation of the discretion conferred on them. On the other hand, limiting the ordinary meaning of the provision by an excessive deference to freedom of matrimonial agreements would be to ignore the purpose sought by the legislature. Moreover, the latter has recently chosen to limit this freedom considerably by creating a mandatory family patrimony: *Act to amend the Civil Code of Québec and other legislation in order to favour economic equality between spouses*, S.Q. 1989, c. 55; *Civil Code of Québec*, arts. 462.1 *et seq.*

The courts must therefore seek to correct injustices in accordance with the purpose of the law, without in so doing extinguishing the spouses' freedom of choice in so far as the legislature has chosen to preserve it. It is not an easy exercise and the judgments of the Court of Appeal show that the problems to be encountered are many. The Court of Appeal held in the case at bar that the awarding of a compensatory allowance by the trial judge was vitiated by error.

The elements which a party must establish in order to be awarded an allowance are stated by the Court of Appeal as follows, at pp. 7-8:

- (1) his or her contribution;
- (2) the enrichment of his or her spouse's patrimony;
- (3) the causal link between the two;
- (4) the proportion in which the contribution made possible the enrichment.

This statement results from the wording of art. 559 and the natural incorporation of the remedy introduced by it into the general principles of civil law. I do not think there is any need to alter this statement, except to note that there must be great flexibility in evaluating the items it contains.

est-il disparu avec la naissance de la prestation compensatoire?» (1985), 87 *R. du N.* 456). Or le législateur a choisi de maintenir en vigueur la liberté de choix en matière de conventions matrimoniales. Pour cette raison, il serait inadmissible que les tribunaux instaurent *a posteriori* une société d'acquêts judiciaire obligatoire et rétroactive par le biais d'une interprétation trop large de la discrétion qui leur est conférée. À l'opposé, ce serait ignorer l'objectif législatif poursuivi que de réduire la portée naturelle du texte par une déférence exagérée à l'endroit de la liberté des conventions matrimoniales. Le législateur a d'ailleurs récemment choisi de limiter cette liberté dans une mesure considérable par la création du patrimoine familial obligatoire: *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, ch. 55; *Code civil du Québec*, art. 462.1 *et suiv.*

Les tribunaux doivent donc arriver à corriger les injustices conformément à l'objet de la loi, sans pour autant anéantir la liberté de choix des époux dans la mesure où le législateur avait choisi de la maintenir. L'exercice n'est pas facile et la jurisprudence de la Cour d'appel montre que les problèmes rencontrés sont nombreux. La Cour d'appel a jugé en l'espèce que l'attribution d'une prestation compensatoire par le premier juge était entachée d'erreur.

Les éléments qu'une partie doit établir pour se voir attribuer une prestation sont énoncés comme suit par la Cour d'appel, aux pp. 7 et 8:

1. Son apport;
2. L'enrichissement du patrimoine de son conjoint;
3. Le lien de causalité entre les deux;
4. La proportion dans laquelle l'apport a permis l'enrichissement.

L'énoncé ci-haut résulte du libellé de l'art. 559 ainsi que de l'intégration naturelle du recours qu'il introduit aux principes généraux du droit civil. Je ne crois pas qu'il y ait lieu de revenir sur cet énoncé, si ce n'est pour rappeler la nécessité d'une grande souplesse dans l'évaluation des éléments constitutifs qu'il expose.

It seems particularly clear that too much rigidity in applying the burden of proof imposed on the plaintiff with respect to each of these items would result in denying the beneficial effects of the remedy. The Court of Appeal has quite properly pointed out many times in subsequent cases that these items must be viewed as a whole, by an assessment free of calculations made to the nearest dollar (see, for example, *M.D. v. P.-H.D.*, [1988] R.L. 139; *Droit de la famille—649*, [1989] R.D.F. 325; *Droit de la famille—688*, [1989] R.D.F. 532). The matrimonial context is special in that the keeping of precise, penny-pinching accounts which could eventually be used as evidence in a court is hard to reconcile with the idea generally held of marriage as being a peaceful union. I note that the legislature has recently recognized the special nature of this context in expressly and unequivocally relaxing the rules governing the means of proof in this area: art. 462.15 *C.C.Q.* immediately follows the new article on the compensatory allowance and states that the co-operating spouse may adduce evidence by any means to prove his contribution to the enrichment of his spouse.

In general, therefore, analysis of the factual and legal aspects of a compensatory allowance situation calls for special flexibility. I think it is quite understandable that it should differ somewhat from that applicable to other areas such as civil liability, where the requirement of a causal link, for example, is relatively strict. It is worth noting in this regard that the traditional concept of causality is not applied in cases of unjust enrichment: *Banque canadienne nationale v. St-Germain*, [1942] Que. K.B. 496. The plaintiff must certainly show a cause-and-effect relationship between the impoverishing act or the impoverishment on the one hand and the enrichment on the other, but the requirement of this relationship is much less strict than the standards evoked by the notions of *causa causans*, *causa sine qua non* or *causa proxima*: Jean-Louis Baudouin, *Les obligations* (3rd ed. 1989), No. 553, at p. 332. In *Cie Immobilière Viger Ltée v. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 S.C.R. 67, stating the conditions on which the *de in rem verso* action is available, this Court laid

Il apparaît particulièrement manifeste qu'une trop grande rigidité dans l'application du fardeau de preuve imposé à la partie demanderesse relativement à chacun de ces éléments aurait pour résultante l'anéantissement des effets bénéfiques du recours. La Cour d'appel a précisé à maintes reprises et avec raison à l'occasion d'affaires subséquentes que ces éléments doivent être appréciés de façon globale, par une évaluation affranchie de calculs faits au dollar près (voir par exemple: *M.D. c. P.-H.D.*, [1988] R.L. 139; *Droit de la famille—649*, [1989] R.D.F. 325; *Droit de la famille—688*, [1989] R.D.F. 532). Le contexte matrimonial est particulier en ce que la tenue de comptes précis et mesquins pouvant éventuellement servir de preuve en justice paraît difficilement conciliable avec l'idée que l'on se fait généralement du lien matrimonial consacrant une union sereine. Je note que le législateur a récemment reconnu le caractère particulier de ce contexte en assouplissant de façon expresse et non équivoque les règles régissant les moyens de preuve en cette matière: l'art. 462.15 *C.c.Q.* suit immédiatement le nouvel article sur la prestation compensatoire et précise que l'époux collaborateur peut prouver son apport par tous moyens.

D'une façon générale, l'analyse des éléments factuels et juridiques en matière de prestation compensatoire requiert donc une souplesse particulière. En cela, il m'apparaîtrait normal qu'elle diffère quelque peu de celle qui prévaut dans les autres domaines comme celui de la responsabilité civile, où l'exigence du lien de causalité, par exemple, est relativement stricte. Il est intéressant de noter à cet égard que le concept traditionnel de la causalité n'est pas appliqué en matière d'enrichissement sans cause: *Banque canadienne nationale c. St-Germain*, [1942] B.R. 496. Le demandeur doit certes démontrer une relation de cause à effet entre le fait appauvrissant ou l'appauvrissement d'une part et l'enrichissement d'autre part, mais l'exigence de cette relation est beaucoup moins rigoureuse que les standards évoqués par les notions de *causa causans*, de *causa sine qua non* ou de *causa proxima*: Jean-Louis Baudouin, *Les obligations* (3^e éd. 1989), n^o 553, à la p. 332. Posant les conditions d'ouverture de l'action *de in rem verso* dans l'arrêt *Cie Immobilière Viger Ltée*

down the requirement for a simple "correlation" between the impoverishment and the enrichment. Flexibility is essential and the analysis highly empirical. The very close relationship between the action for unjust enrichment and the action for a compensatory allowance does not have to be restated, and I think that on this point the approach taken for the first generation should apply for the second.

In the case at bar the Court of Appeal suggested that the enrichment did not exist at the time of the divorce. The Court of Appeal's intervention is based first on an alleged error of law concerning the legal effect of a bankruptcy on the possibility of obtaining an allowance. The second error the Court of Appeal claimed to find concerns the continued existence of the enrichment at the time of the divorce.

(i) *Effect of the Bankruptcy*

The Court of Appeal's treatment of the question of how the bankruptcy affects the rights of the parties in my opinion demonstrates a regrettable confusion which is unfortunately reflected in the arguments of the parties. In fact, the question seems to me to be quite straightforward.

At trial Laroche J. simply said the following about the bankruptcy:

[TRANSLATION] In law, needless to say, the order discharging the respondent's bankruptcy is not a bar to the awarding of such an amount or to the performance of obligations of this kind between the parties, as a consequence of s. 148 of the Bankruptcy Act.

Section 148 reads as follows:

148. (1) An order of discharge does not release the bankrupt from

(a) any fine or penalty imposed by a court or any debt arising out of a recognizance or bail bond;

(b) any debt or liability for alimony;

(c) any debt or liability under a maintenance or affiliation order or under an agreement for maintenance and support of a spouse or child living apart from the bankrupt;

c. Lauréat Giguère Inc., [1977] 2 R.C.S. 67, notre Cour énonce l'exigence d'une simple «corrélation» entre l'appauvrissement et l'enrichissement. La souplesse est de rigueur et l'analyse hautement empirique. Or le lien de parenté très étroit unissant le recours pour enrichissement sans cause et celui de la prestation compensatoire n'a pas à être répété et je crois que sur ce point, l'approche retenue pour la première génération devrait prévaloir pour la seconde.

En l'espèce, la Cour d'appel suggère que l'enrichissement n'était pas présent au moment du divorce. L'intervention de la Cour d'appel est d'abord fondée sur une prétendue erreur de droit à propos de l'effet juridique d'une faillite sur la possibilité d'obtenir une prestation. La seconde erreur que prétend avoir relevée la Cour d'appel porte sur le maintien de l'enrichissement au moment du divorce.

(i) *L'effet de la faillite*

Le traitement de la question de l'effet de la faillite sur les droits des parties par la Cour d'appel révèle à mon sens une confusion regrettable qui s'est malheureusement reflétée dans l'argumentation des parties. La question m'apparaît en fait plutôt simple.

En première instance, le juge Laroche a simplement dit ce qui suit à propos de la faillite:

En droit, il va de soi que l'ordonnance de libération de faillite de l'intimé ne constitue pas un obstacle à l'adjudication d'un tel montant, et à l'exécution des obligations de cette nature entre les parties, en raison de l'article 148 de la Loi sur la faillite.

Je reproduis ici l'art. 148:

148. (1) Une ordonnance de libération ne libère pas le failli:

a) de toute amende ou peine imposée par un tribunal, ou de toute dette provenant d'un engagement ou d'un cautionnement en matière pénale;

b) de toute dette ou obligation pour pension alimentaire;

c) de toute dette ou obligation selon une ordonnance de pension alimentaire ou une ordonnance d'attribution de paternité ou selon une convention pour l'entretien et le soutien d'un conjoint ou d'un enfant, vivant séparé du failli;

(d) any debt or liability arising out of fraud, embezzlement, misappropriation or defalcation while acting in a fiduciary capacity;

(e) any debt or liability for obtaining property by false pretences or fraudulent misrepresentation;

(f) liability for the dividend that a creditor would have been entitled to receive on any provable claim not disclosed to the trustee, unless such creditor had notice or knowledge of the bankruptcy and failed to take reasonable action to prove his claim; or

(g) any debt or liability for goods supplied as necessities of life and the court may make such order for payment thereof as it deems just or expedient.

(2) An order of discharge releases the bankrupt from all other claims provable in bankruptcy. [Emphasis added.]

Like the parties, the Court of Appeal assumed that Laroche J. was referring exclusively to one of the items mentioned in s. 148(1). In the case of the lump sum, which is unquestionably alimentary in nature, Laroche J. could very well have been referring to para. (b) or (c), which unequivocally dispose of the question of bankruptcy; but as regards the compensatory allowance, I find it hard to understand the decision rendered on appeal.

In the opinion of the Court of Appeal, the trial judge was exclusively and necessarily referring to para. (b) or (c), which it found to be an error, correctly pointing out that the compensatory allowance is not alimentary in nature. The appellant then argued in this Court that the judge could easily have been referring instead to para. (d) or (e), as fraud by the respondent was alleged at trial. In my opinion the premises of this debate are mistaken.

Without having to consider what Laroche J. actually had in mind regarding the effect of the bankruptcy on the awarding of a compensatory allowance, it could be said that his reference primarily concerned the rule governing the effect of a discharge contained in subs. (2), rather than any exception or qualification contained in subs. (1), as an error in a judgment is not to be presumed and the fact is that in the case at bar the

d) de toute dette ou obligation résultant de la fraude, du détournement, de la concussion ou de l'abus de confiance alors qu'il agissait à titre fiduciaire;

e) de toute dette ou obligation résultant de l'obtention de biens par des fausses allégations ou des présentations erronées et frauduleuses des faits;

f) de l'obligation visant le dividende qu'un créancier aurait eu droit de recevoir sur toute réclamation prouvable non révélée au syndic, à moins que ce créancier n'ait été averti ou n'ait eu connaissance de la faillite et n'ait omis de prendre les mesures raisonnables pour prouver sa réclamation; ou

g) de toute dette ou obligation pour des marchandises fournies comme nécessités de la vie, et le tribunal peut rendre telle ordonnance, concernant leur paiement, qu'il estime juste ou opportune.

(2) Une ordonnance de libération libère le failli de toutes autres réclamations prouvables en matière de faillite. [Je souligne.]

d La Cour d'appel comme les parties tiennent pour évident que le juge Laroche renvoie exclusivement à l'un des items mentionnés au par. (1) de l'art. 148. En ce qui a trait à la somme globale, dont la nature est incontestablement alimentaire, le juge Laroche pouvait en effet fort bien faire référence aux al. *b*) ou *c*), qui disposent sans équivoque de la question de la faillite. Mais pour ce qui touche la prestation compensatoire, je m'explique assez mal la décision rendue en appel.

Selon la Cour d'appel, le juge de première instance fait exclusivement et nécessairement référence aux al. *b*) ou *c*), ce qu'elle relève comme une erreur, précisant à bon droit que la prestation compensatoire n'est pas de nature alimentaire. L'appelante a ensuite plaidé devant nous que le juge pouvait fort bien renvoyer plutôt aux al. *d*) ou *e*), la fraude de l'intimé ayant été alléguée en première instance. Ce débat est à mon avis faussé dans ses prémisses.

Sans avoir à s'interroger sur ce que le juge Laroche avait vraiment à l'esprit relativement à l'effet de la faillite sur l'adjudication d'une prestation compensatoire, l'on pourrait affirmer que son renvoi concerne avant tout la règle exposant la portée d'une libération prévue au par. (2), plutôt qu'une quelconque exception ou précision prévue au par. (1). Car l'erreur dans un jugement ne se présume pas et il se trouve qu'en l'espèce, l'appe-

appellant never had a claim provable in bankruptcy from which the respondent could have been discharged under subs. (2). Under the latter subsection, the sole effect of the discharge of a bankrupt is to block his creditors' claims which were "provable in bankruptcy" at the time of the assignment of property. These claims are defined in s. 2 of the Act as follows:

"claim provable in bankruptcy" or "provable claim" or "claim provable" includes any claim or liability provable in proceedings under this Act by a preferred, secured or unsecured creditor;

The appellant's position as the respondent's wife at the time of the bankruptcy cannot be likened to that of a creditor who can prove his claim in bankruptcy. First, I do not think that a "claim" arising out of art. 559 C.C.Q. can be provable in a proceeding brought pursuant to the *Bankruptcy Act*. Under art. 559 C.C.Q., the compensatory allowance is awarded at the time of the divorce, which probably excludes the possibility of claiming it in a bankruptcy proceeding. Second, because of the important part played by discretion in the judicial exercise leading to the award of a compensatory allowance, I do not think that considered in the abstract the existence of a contribution by a spouse which caused enrichment of the other spouse confers any right that could be described as a "claim" within the meaning of the *Bankruptcy Act*. The judgment awarding a compensatory allowance creates the right. Further, I note that in the case at bar the discharge of the bankrupt was ordered several years before art. 559 C.C.Q. came into effect: I do not see how such a discharge could have any legal effect on the appellant's position with respect to the application of this provision.

The Court of Appeal thus made an error of law in finding that Laroche J. had mistakenly applied s. 148(1) of the *Bankruptcy Act*. Laroche J. referred to s. 148 as a whole. Subsection (2) provides that the legal effect of a discharge order extends only to claims provable in bankruptcy. It may be said that Laroche J. correctly applied

lante n'a jamais été titulaire d'une réclamation prouvable en matière de faillite dont l'intimé aurait pu être libéré en vertu du par. (2). En effet, aux termes de ce dernier paragraphe, la libération d'un failli a pour seul effet de bloquer les réclamations de ses créanciers qui étaient «proposables en matière de faillite» au moment de la cession de biens. Ces réclamations sont définies comme suit à l'art. 2 de la Loi:

«réclamation prouvable en matière de faillite» ou «réclamation prouvable» comprend toute réclamation ou créance pouvant être prouvée dans des procédures intentées sous l'autorité de la présente loi par un créancier privilégié, garanti ou non garanti;

La situation de l'appelante comme épouse de l'intimé au moment de la faillite ne peut être assimilée à celle d'un créancier pouvant prouver sa réclamation en matière de faillite. D'une part, je ne crois pas qu'une «réclamation» découlant de l'art. 559 C.c.Q. puisse être prouvable dans une procédure intentée sous l'autorité de la *Loi sur la faillite*. En effet, selon l'art. 559 C.c.Q., la prestation compensatoire est accordée au moment du divorce, ce qui exclut vraisemblablement la possibilité de la réclamer dans le cadre d'une procédure de faillite. D'autre part, en raison de la place importante qu'occupe la discrétion dans l'exercice judiciaire menant à l'attribution d'une prestation compensatoire, je crois que l'existence, considérée dans l'abstrait, d'un apport par un époux ayant causé l'enrichissement de son conjoint, ne confère aucun droit que l'on puisse qualifier de «réclamation» au sens de la *Loi sur la faillite*. Le jugement attribuant une prestation compensatoire est constitutif du droit. Je note au surplus qu'en l'espèce, la libération du failli a été ordonnée plusieurs années avant l'entrée en vigueur de l'art. 559 C.c.Q.; je vois mal comment cette libération pourrait avoir quelque effet juridique sur la situation de l'appelante relativement à l'application de cette disposition.

La Cour d'appel a donc commis une erreur de droit en statuant que le juge Laroche avait erronément appliqué le par. 148(1) de la *Loi sur la faillite*. Le juge Laroche s'est référé à l'art. 148 dans son ensemble. Or le par. (2) prévoit que la portée juridique d'une ordonnance de libération n'atteint que les réclamations prouvables en

s. 148 in disposing of the parties' arguments, as at no relevant time did the appellant have a claim from which the respondent could be discharged under that section.

The Court of Appeal further stated that the bankruptcy and discharge of the respondent constituted an estoppel ("*fin de non-recevoir*") to the claim for a compensatory allowance. This is a clear error of law probably resulting from an imprecise use of language. The term "estoppel" has a well defined legal meaning which cannot be taken to describe the effect produced by the bankruptcy of a defendant spouse on the rights of the other spouse to a compensatory allowance. As the respondent suggested at the hearing, the Court of Appeal probably considered the bankruptcy which occurred at the end of the period of cohabitation as irrefutable evidence of insolvency indicating either an absence of enrichment or a breach of the necessary connection between the earlier contributions and the state of the patrimony at the time of the divorce, since the Court of Appeal was of the view that the enrichment must still be in existence at the time of the divorce if an allowance is to be awarded: this is a point that should now be considered.

(ii) *Continued Existence of the Enrichment*

The appellant first properly noted that the concept of enrichment refers to that of patrimony. Article 559 indeed speaks of "enrichment of the patrimony". The concept of patrimony as a container has a particular identity independent of its content: Louis Baudouin, *Le droit civil de la Province de Québec* (1953), at p. 354. Patrimony seen as a container is unchanging and its existence is not subject to the fluctuations of any particular thing it may contain at any time as a result of its holder's dealings. In this regard the appellant suggests that the one-time increase in the calculable value of an individual's rights and obligations as the result of a contribution made from outside produces an enrichment which attaches to the patrimony as a container, and this enrichment thereby also becomes unchanging. The enrichment would thus be treated as independent of subse-

matière de faillite. L'on peut affirmer que c'est à bon droit que le juge Laroche a appliqué l'art. 148 pour disposer des prétentions des parties, car l'appelante n'a, en temps utile, jamais été titulaire d'une réclamation dont l'intimé pouvait être libéré selon cet article.

La Cour d'appel affirme par ailleurs que la faillite et la libération de l'intimé constituaient une fin de non-recevoir à la demande de prestation compensatoire. Il s'agit là d'une erreur de droit manifeste résultant probablement d'une imprécision de langage. L'expression «fin de non-recevoir» a un sens juridique bien précis qui ne saurait décrire l'effet produit par la faillite d'un époux défendeur sur les droits de son conjoint en matière de prestation compensatoire. Comme l'a suggéré l'intimé à l'audience, la Cour d'appel considérait probablement la faillite intervenue à la fin de la vie commune comme une preuve irréfutable de déconfiture qui démontre soit l'absence d'enrichissement, soit la rupture du lien nécessaire entre les apports antérieurs et l'état du patrimoine au moment du divorce. Car la Cour d'appel est d'avis que l'enrichissement doit subsister au moment du divorce pour qu'il puisse y avoir adjudication d'une prestation, ce sur quoi il convient maintenant de s'attarder.

(ii) *Le maintien de l'enrichissement*

L'appelante souligne d'abord, avec raison, que la notion d'enrichissement renvoie à celle de patrimoine. L'article 559 parle en effet d'«enrichissement du patrimoine». Or la notion de patrimoine en tant que contenant possède une identité propre et indépendante de son contenu: Louis Baudouin, *Le droit civil de la Province de Québec* (1953), à la p. 354. Le patrimoine envisagé comme contenant est immuable et son existence n'est pas sujette aux fluctuations de quelque élément qui puisse s'y trouver au hasard des tractations de son titulaire. L'appelante suggère à cet égard que l'augmentation ponctuelle de la valeur chiffrable des droits et obligations d'un individu, par le fait d'un apport originant de l'extérieur, produit un enrichissement qui s'attache au patrimoine comme contenant, enrichissement qui devient du même coup pareillement immuable. Cet enrichissement

quent fluctuations affecting what is contained in the patrimony, and there would accordingly be no need to speak of the enrichment subsisting at the time of the divorce.

In my view, precisely because of this unchanging and intangible nature of the patrimony which is traditionally regarded as a container, the notion of enrichment must necessarily relate to the content of the patrimony, that is, the calculable value of what it contains. The opposite conclusion would have the unfortunate effect of detaching the analysis of the contribution and the enrichment from factual reality, at the cost of distorting the action for a compensatory allowance by a misunderstanding of its central objective of fairness. Accordingly, it seems perfectly possible to envisage a requirement that the enrichment should still be in existence. The question that really arises is as to the time at which the enrichment must be evaluated.

At first sight, the purpose of the compensatory allowance is to restore the equilibrium between two patrimonies which has been unfairly disrupted by developments in the matrimonial relationship. If one of the spouses has been enriched at the conclusion of the matrimonial relationship by the contribution of the other spouse, the judge will order compensation to the extent that the enrichment was due to the contribution. However, if no residue of the contribution remains in the defendant's patrimony when the matrimonial relationship comes to an end, there is no basis for compensation as the alleged contribution has ultimately produced no enrichment. It thus seems quite natural for the enrichment to be evaluated at the time of the divorce.

The traditionally accepted rules governing the doctrine of unjust enrichment are instructive in this regard. The *de in rem verso* action has always been limited to the measure of the actual enrichment, and the courts have determined the time of evaluation to be that of the bringing of the action. If the defendant's enrichment no longer exists when the action is brought, the latter must be dismissed without further consideration (see Jean-Louis Baudouin, *op. cit.*, at pp. 323 *et seq.*) François Goré explains this condition as follows in

serait ainsi consacré comme indépendant des fluctuations postérieures touchant aux éléments contenus dans le patrimoine, et il deviendrait donc inutile de parler de maintien de l'enrichissement au moment du divorce.

À mon avis, en raison précisément de ce caractère immuable et intangible du patrimoine que l'on envisage traditionnellement comme contenant, la notion d'enrichissement doit nécessairement se rapporter au contenu du patrimoine, c'est-à-dire à la valeur chiffrable des éléments qui s'y trouvent. La conclusion contraire aurait le malheureux effet de détacher l'analyse entourant l'apport et l'enrichissement de la réalité factuelle, au prix de dénaturer le recours en prestation compensatoire par le mépris de l'objectif central d'équité qu'il poursuit. Il apparaît donc parfaitement possible d'envisager l'exigence d'un maintien de l'enrichissement. En réalité, la question qui se pose est de savoir à quel moment l'enrichissement doit être évalué.

À première vue, la prestation compensatoire vise à rétablir l'équilibre injustement rompu entre deux patrimoines par le déroulement de la relation matrimoniale. Si l'un des époux se retrouve enrichi au terme de la relation matrimoniale par l'apport de son conjoint, le juge ordonne la compensation dans la mesure où l'apport a contribué à l'enrichissement. Mais si aucun résidu de l'apport ne se trouve dans le patrimoine du défendeur au terme de cette relation matrimoniale, il n'y a pas lieu à compensation car l'apport présumé n'a en bout de course produit aucun enrichissement. Il me semblerait donc tout naturel que l'évaluation de l'enrichissement doive s'effectuer au moment du divorce.

Les règles traditionnellement retenues pour la doctrine de l'enrichissement sans cause sont à cet égard révélatrices. L'action *de in rem verso* a toujours été limitée à la mesure de l'enrichissement actuel, les tribunaux ayant fixé le moment de l'évaluation à celui de la demande en justice. Si l'enrichissement du défendeur n'existe plus au moment de la demande, cette dernière doit être rejetée sans autre considération (voir Jean-Louis Baudouin, *op. cit.*, aux pp. 323 *et suiv.*). François Goré explique cette condition comme suit dans

L'enrichissement aux dépens d'autrui (1949), at p. 64:

[TRANSLATION] The enrichment which must be considered is that enjoyed by an individual when the action is brought. The function of the theory of unjust enrichment is to restore the equilibrium between two patrimonies which has been unfairly disrupted. For this function to be performed, the disequilibrium must exist at the time the action is brought.

Like the doctrine of unjust enrichment, the compensatory allowance is imbued with a concern for fairness which must be borne in mind in applying it. The idea of an action based on unjust enrichment is meaningless in terms of fairness if the party enriched no longer enjoys the proceeds of the contribution at the time the action is brought. In such a case, it is the order itself which might have the effect of creating an injustice.

Accordingly, in this context the idea of enrichment must include that of a minimum possibility of enjoyment in respect of the proceeds of the contribution. For example, one could at first sight contemplate the existence of an enrichment in respect of a patrimony the absolute calculable value of which is negative at the time of the action; but ordering a compensatory allowance in such a case could have the undesirable consequence of aggravating the defendant's indebtedness when he is not enjoying the proceeds of the contribution in any way. It is for this reason that one cannot speak of enrichment at the time of the action if the defendant does not enjoy the product of the contribution. Determining the existence and value of the enrichment at the time of the action is a delicate matter and will very much depend on the circumstances.

If we take the example of *Cie Immobilière Viger Ltée v. Lauréat Giguère Inc.*, *supra*, in which the enrichment consisted in the obtaining by Cie Immobilière Viger Ltée of land developed as it wished for the cost of a vacant lot, I think that the subsequent annihilation of the product of the development work by a fortuitous event would have deprived Lauréat Giguère Inc. of any remedy. The enrichment was clearly identifiable because it was directly connected with a material asset in the patrimony. If a contribution in services or money

L'enrichissement aux dépens d'autrui (1949), à la p. 64:

L'enrichissement qui doit entrer en ligne de compte est celui dont une personne jouit au moment où l'action est intentée. Le rôle de la théorie de l'enrichissement aux dépens d'autrui est, en effet, de rétablir l'équilibre qui a été injustement rompu entre deux patrimoines. Pour que cette fonction puisse être remplie, il faut que le déséquilibre existe au jour où l'action est intentée.

La prestation compensatoire est, comme la doctrine de l'enrichissement sans cause, empreinte d'un souci d'équité qu'il faut bien garder à l'esprit dans son application. Or l'idée d'un recours fondé sur un enrichissement sans cause perd tout son sens en équité si l'enrichi ne jouit plus du résultat de l'apport au moment de la demande. Dans un tel cas, c'est l'ordonnance elle-même qui pourrait avoir l'effet d'engendrer l'injustice.

L'idée d'enrichissement doit donc comprendre dans ce contexte celle d'une possibilité minimale de jouissance relativement au résultat de l'apport. Par exemple, l'on pourrait à première vue envisager l'existence d'un enrichissement relativement à un patrimoine dont la valeur chiffrable absolue est négative au moment de la demande. Mais ordonner une prestation compensatoire dans un tel cas pourrait avoir la fâcheuse conséquence d'aggraver l'état d'endettement du défendeur alors qu'il ne jouit en aucune façon du résultat de l'apport. C'est pourquoi l'on ne saurait parler d'enrichissement au moment de la demande si le défendeur n'a pas la jouissance du résultat de l'apport. La détermination de l'existence et de la valeur de l'enrichissement au moment de la demande est délicate et dépendra largement des circonstances.

Si l'on prend l'exemple de l'affaire *Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*, précitée, où l'enrichissement consistait en l'obtention par Cie Immobilière Viger Ltée d'un terrain aménagé à son gré pour le prix d'un terrain vague, je crois que l'anéantissement subséquent du résultat des travaux d'aménagement par force majeure eût privé Lauréat Giguère Inc. de tout recours. Il s'agissait d'un enrichissement clairement identifiable parce qu'il était directement rattaché à un bien matériel dans le patrimoine. Si un apport en ser-

directly increases the value of an identifiable asset, that contribution must be treated as part of the asset in question. The party making the contribution then assumes the risks of deterioration and benefits from any increase in value in respect of the asset in question, to the extent of his contribution. In the case of a compensatory allowance, the classic example is that of a spouse who helps pay for the family residence of which the other spouse is the sole owner: the courts have recognized that the spouse making the contribution will have an action for the additional value of the residence to the extent of the contribution made (see, for example, *Droit de la famille—67*, *supra*; *Droit de la famille—271*, [1986] R.D.F. 49 (C.A.); *Droit de la famille—594*, [1989] R.J.Q. 271 (C.A.)).

A purely economic contribution, on the other hand, will often be difficult to trace and it may prove to be impossible to show that whatever is in the patrimony at the time of the action results from the alleged contribution. This is where the necessary flexibility in analysing the causal connection becomes especially important, as the plaintiff cannot be required to identify each dollar resulting from the contribution in the spouse's patrimony. Demonstration of a simple correlation between the contribution and the state of the patrimony must suffice. If, for example, there has been a negative enrichment, resulting from a loss or expense that was avoided by the making of the contribution, it is apparent that the plaintiff will have difficulty relating his contribution to any identifiable part of the patrimony. The general value of the patrimony, which the defendant enjoys, should then suffice as a basis for a ruling in the plaintiff's favour.

Subject to these qualifications, therefore, I agree with the Court of Appeal in saying that the enrichment must subsist. It must be evaluated at the time of the divorce. It appears, however, that the trial judge never said otherwise. The question therefore remains as to whether the Court of Appeal had grounds for intervening in the determination of the facts on the question of enrichment.

As I mentioned, the Court of Appeal probably regarded the respondent's bankruptcy as absolute

vice ou en argent augmente directement la valeur d'un bien identifiable, cet apport doit en effet être assimilé au bien en question. L'appauvri assume alors les risques de détérioration et bénéficie de toute augmentation de valeur relativement au bien en question, dans la proportion de son apport. En matière de prestation compensatoire, l'exemple classique est celui du conjoint qui contribue au paiement de la résidence familiale dont son époux est seul propriétaire; la jurisprudence admet que le recours du conjoint appauvri comprend la plus-value sur la résidence dans la proportion de l'apport (voir par exemple *Droit de la famille—67*, précité; *Droit de la famille—271*, [1986] R.D.F. 49 (C.A.); *Droit de la famille—594*, [1989] R.J.Q. 271 (C.A.)).

Dans le cas d'un apport purement économique en revanche, le cheminement en sera souvent difficile à retracer et il pourra s'avérer impossible de démontrer que les éléments qui se trouvent dans le patrimoine au moment de la demande résultent de l'apport allégué. C'est ici que prend toute son importance la souplesse requise dans l'analyse du lien de causalité. Car il ne saurait être à la charge du demandeur de démontrer la présence de chaque dollar provenant de l'apport dans le patrimoine du conjoint. La démonstration d'une simple corrélation entre l'apport et l'état du patrimoine devra suffire. S'il s'agit par exemple d'un enrichissement négatif, résultant d'une perte ou d'une dépense évitée par le fait de l'apport, il est manifeste que le demandeur ne pourra que difficilement relier son apport à quelque élément identifiable du patrimoine. La valeur générale de ce patrimoine, dont le défendeur a la jouissance, devrait alors suffire pour conclure en faveur du demandeur.

Sujet à ces précisions, je suis donc en accord avec la Cour d'appel pour dire que l'enrichissement doit subsister. Il doit être évalué au moment du divorce. Mais il appert que le juge de première instance n'a jamais déclaré qu'il devait en être autrement. Reste donc la question de savoir si la Cour d'appel avait des motifs pour intervenir au niveau de l'appréciation des faits relativement à la question de l'enrichissement.

La Cour d'appel, je l'ai mentionné, vraisemblablement considéré la faillite de l'intimé comme

and irrefutable evidence that no enrichment was still in existence from the matrimonial relationship. The assignment of property took place after cohabitation had ceased. This is why the Court of Appeal assumed that Laroche J. had not required that the enrichment subsist at the time of the divorce. On the basis of this assumption, the Court of Appeal concluded there had been an error of law in the trial judgment.

With all due respect, in my opinion this was an error by the Court of Appeal as the fact of a bankruptcy occurring before the action for an allowance is not irrefutable evidence either of the lack of enrichment at the time of the divorce or of the lack of correlation between the contribution prior to the bankruptcy and the assets subsequently found in the defendant's patrimony. Although the fact of a bankruptcy occurring at such a time generally tends to suggest the absence of an enrichment or correlation, it could not be regarded as irrefutable evidence thereof as, first, the creditors' meeting still controls the realization of the assets in the patrimony, some items of which it may for various reasons abandon, and second, the possibly fraudulent dealings of the bankrupt may have the effect of indirectly bringing back into his patrimony certain items that were there before.

There is no indication in the case at bar that as a question of fact Laroche J. did not find an enrichment that still existed at the time of the divorce despite the respondent's bankruptcy. The trial judge noted the enrichment of the respondent in his reasons; without tracing its origins, he referred to the body of evidence which it was his function to weigh, evidence which the Court of Appeal did not have the benefit of consulting as there was no joint record.

I note, first, that [TRANSLATION] "fraud" and "subterfuge" by the respondent are alleged in the divorce petition dated June 2, 1981. It is clear that the trial judge must consider the presence of enrichment in awarding a compensatory allowance even if that enrichment results from actions that could be taken as fraudulent in light of the *Bank-*

une preuve absolue et irréfutable démontrant qu'aucun enrichissement n'a pu subsister de la relation matrimoniale. La cession de biens a eu lieu après la cessation de la vie commune. C'est pourquoi la Cour d'appel a présumé que le juge Laroche n'avait pas requis de l'enrichissement qu'il subsiste au moment du divorce. Sur la base de cette présomption, la Cour d'appel concluait qu'il y avait erreur de droit dans le jugement de première instance.

En toute déférence, il s'agissait là à mon avis d'une erreur de la Cour d'appel car la faillite intervenant avant la demande de prestation n'est une preuve irréfutable ni de l'absence d'enrichissement au moment du divorce ni de l'absence de corrélation entre l'apport antérieur à la faillite et les valeurs se trouvant par la suite dans le patrimoine du défendeur. En effet, bien qu'une faillite intervenant à un tel moment tende généralement à suggérer l'absence d'enrichissement ou de corrélation, elle ne saurait en constituer la preuve irréfutable car, d'une part, l'assemblée des créanciers demeure maître de la réalisation des valeurs du patrimoine dont elle peut délaisser, pour diverses raisons, certains éléments, et d'autre part, les trac-tations plus ou moins frauduleuses du failli peuvent avoir l'effet de faire retomber indirectement dans son patrimoine certains éléments qui s'y trouvaient auparavant.

Rien ne démontre en l'espèce que le juge Laroche n'a pas trouvé dans les faits un enrichissement qui subsistait au moment du divorce en dépit de la faillite de l'intimé. Le juge du procès constate en effet dans ses motifs l'enrichissement de l'intimé; sans en tracer la genèse, il renvoie à l'ensemble de la preuve dont l'appréciation lui incombe, preuve que la Cour d'appel n'a pas eu le bénéfice de consulter vu l'absence de dossier conjoint.

Je relève d'abord que la «fraude» et les «subterfuges» de l'intimé sont allégués dans la requête en divorce datée du 2 juin 1981. Il est clair que le juge du procès se doit de considérer la présence d'un enrichissement aux fins de l'attribution d'une prestation compensatoire même si cet enrichissement résulte d'un comportement qui pourrait être

ruptcy Act, compliance with which is not his concern.

The record prepared for this Court indicates that in 1975 the respondent obtained trucks with the aid of loans for which the appellant was jointly and severally liable with the respondent. On November 30, 1978, after the assignment of the respondent's property, the trucks were part of the capital stock of a moving company of which the respondent was a shareholder and the prime mover ("brain trust"), while the appellant was still indebted for the balance of the loans, amounting to some \$2,500. There is therefore, in my opinion, evidence in the record on the basis of which the trial judge could conclude there had been a contribution by the appellant which resulted in an enrichment of the respondent, despite the intervening bankruptcy. The Court of Appeal apparently did not consider these points, which probably were not brought to its attention.

The Court of Appeal suggests that the compensatory allowance can in no way alter the usual rules governing the obligations arising out of a loan of money. This proposition is correct to the extent that the appellant continued to be civilly bound by her initial undertaking to the lender; but in so far as there is evidence of a present enrichment resulting from a contribution by one spouse, an order for a compensatory allowance can certainly be made whatever the rules resulting from the law of obligations may be. This remedy was created in part to circumvent the judicial requirement regarding the absence of cause in the *de in rem verso* action; the fact of using a contract, which is governed by the law of obligations, to make a contribution cannot affect the distinct analysis necessary for this remedy. For the parties, the situation is the same as if the appellant had obtained a loan and given the proceeds of that loan to the respondent: this contribution may be regarded as the trucks themselves, of which the respondent now has the enjoyment, and the value of which is still part of his patrimony through the capital stock of the company.

It was therefore possible for the trial judge to conclude, in exercising his power of weighing the facts, that the elements needed to award a com-

tenu pour frauduleux au regard de la *Loi sur la faillite*, dont il n'a pas à se soucier du respect.

Le dossier qui a été préparé pour nous révèle que l'intimé s'est procuré des camions en 1975 à l'aide de prêts aux termes desquels l'appelante s'engageait conjointement et solidairement avec l'intimé. Au 30 novembre 1978, après la cession de biens de l'intimé, les camions faisaient partie des immobilisations d'une compagnie de déménagement dont l'intimé était actionnaire et âme dirigeante (*brain trust*), cependant que l'appelante demeurait débitrice du solde des prêts pour un montant d'environ 2 500 \$. Il y a donc à mon avis des éléments au dossier qui permettaient au premier juge de conclure à un apport de l'appelante ayant entraîné l'enrichissement de l'intimé en dépit de la faillite intervenue dans l'intervalle. La Cour d'appel ne s'est apparemment pas penchée sur ces éléments, qui n'ont probablement pas été portés à sa connaissance.

La Cour d'appel suggère que la prestation compensatoire ne saurait modifier les règles habituelles régissant les obligations découlant d'un prêt d'argent. La proposition est exacte dans la mesure où l'appelante est demeurée civilement liée par son engagement initial envers le prêteur. Mais dans la mesure où il y a preuve d'un enrichissement actuel relié à un apport d'un conjoint, il peut certainement y avoir ordonnance d'une prestation compensatoire quelles que puissent être par ailleurs les règles provenant du droit des obligations. Ce recours a en partie été créé pour contourner l'exigence jurisprudentielle relative à l'absence de cause dans l'action *de in rem verso*; ce n'est certes pas l'utilisation d'un véhicule contractuel, par ailleurs régi par le droit des obligations, pour la transmission d'un apport, qui peut affecter l'analyse détachée requise pour ce recours. Pour les parties, la situation est la même que si l'appelante avait emprunté et donné le produit de son emprunt à l'intimé; cet apport s'assimile aux camions eux-mêmes, dont l'intimé a aujourd'hui la jouissance, et dont la valeur garnit toujours son patrimoine par le biais du capital-action de la compagnie.

Il était donc loisible au premier juge de conclure, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, à la présence des éléments requis pour l'attri-

pensatory allowance existed. The mention of this factor as part of the justification for the order of \$40,000 in the conclusions of the trial judgment was accordingly justified and the Court of Appeal was wrong to intervene.

The other amounts mentioned by the trial judge as a contribution that might require compensation need not be discussed for a very simple reason. The trial judge clearly set the appellant's needs at \$40,000 for purposes of awarding the lump sum, and the respondent's means are not at issue. Since part of the needs had already been met by the awarding of a compensatory allowance, the judge set the lump sum at the amount necessary to make up the difference between the amount of the allowance and that of the needs. It follows that these amounts, explained by the trial judge as a compensatory allowance, may in any case be justified under the heading of the lump sum up to an amount of \$40,000, so that in any event the conclusions of the judgment would not be altered. In my opinion, the Court of Appeal also wrongly intervened on the question of the lump sum, which must now be considered.

Before moving on to that, I should point out that I am not in any way approving of the procedure used by the trial judge, consisting of making a general order the various bases of which are not dealt with separately in the conclusions. This may create considerable difficulties on appeal, as the awarding of a compensatory allowance and the granting of a lump sum are governed by rules which differ fundamentally in several respects, although the setting of the amount of the former will considerably influence the amount of the latter (see comments by LeBel J.A. in *Droit de la famille—1097*, [1987] R.D.F. 222 (C.A.)). It thus seems specially desirable that the various types of orders should be dealt with separately, both in the conclusions and in the reasons of a trial judgment.

bution d'une prestation compensatoire. La mention de ce chef comme partie de la justification pour l'ordonnance de 40 000 \$ dans le dispositif du jugement de première instance était donc justifiée et c'est à tort que la Cour d'appel est intervenue.

Pour ce qui est des autres montants mentionnés par le premier juge comme apport pouvant entraîner compensation, il ne sera pas utile d'en discuter pour une raison bien simple. Le premier juge a clairement établi les besoins de l'appelante au montant de 40 000 \$ aux fins de l'attribution de la somme globale et les moyens de l'intimé ne sont pas en litige. Puisqu'une partie des besoins était déjà comblée par l'attribution d'une prestation compensatoire, le juge a fixé la somme globale au montant nécessaire pour combler la différence entre le montant de la prestation et celui des besoins. Il en résulte que ces sommes, justifiées par le premier juge comme prestation compensatoire, peuvent de toute manière être justifiées sous le titre de la somme globale jusqu'à concurrence d'un montant de 40 000 \$, de sorte que le dispositif du jugement s'en trouverait en tout état de cause inchangé. Or, à mon avis, la Cour d'appel est également intervenue à tort eu égard à la question de la somme globale, sur laquelle il convient maintenant de s'arrêter.

Avant d'y passer, je tiens à souligner que je n'approuve en rien le procédé utilisé par le premier juge qui consiste à rendre une ordonnance globale dont les divers fondements sont confondus dans le dispositif. Il peut en résulter certains ennuis considérables au niveau de l'appel car l'attribution d'une prestation compensatoire et l'octroi d'une somme globale répondent à des règles fondamentalement différentes sous plusieurs aspects, bien que la détermination du montant de la première influera considérablement sur le montant de la seconde (voir les commentaires du juge LeBel dans l'arrêt *Droit de la famille—1097*, [1987] R.D.F. 222 (C.A.)). Il apparaît donc plus que souhaitable que les divers types d'ordonnances fassent l'objet de traitements distincts, autant dans le dispositif que dans les motifs d'un jugement de première instance.

(b) The Lump Sum

As I just mentioned, the respondent's ability to pay was not questioned any more than were the appellant's needs. The Court of Appeal quashed the order awarding a lump sum solely on the basis of a discontinuance alleged by the respondent. The Court accordingly concluded that Laroche J. had no claim of an alimentary nature before him.

The divorce petition dated June 2, 1981 contains the following conclusions as to corollary relief:

[TRANSLATION] TO ORDER the respondent to pay me the sum of fifty-five thousand dollars (\$55,000) by way of non-exclusive lump sum settlement of the alimentary pension, for the reasons stated above;

TO ORDER the respondent to pay me an alimentary pension of two hundred and fifty dollars (\$250) a week, payable in advance on Friday of each week at my residence at 10, rue Chapleau, Cap-de-la-Madeleine;

I note that art. 559 *C.c.Q.* was not yet in effect at this time; it became applicable to the case at bar by a provision stipulating that it would be applicable to cases pending: *An Act to establish a new Civil Code and to reform family law*, S.Q. 1980, c. 39, s. 70. The lump sum settlement requested at that time thus necessarily refers to the lump sum specified by the *Divorce Act*. At the hearing the appellant waived part of the conclusions of her petition, as is reported in the minutes of trial for June 15, 1983 as follows:

[TRANSLATION] Proof as to a compensatory allowance requested.

The petitioner stating that she waives any claim for an alimentary pension, limiting herself to an allowance of \$55,000 and performance of the gifts made to her under the marriage contract.

The Court of Appeal probably relied on this transcript in arriving at its conclusion that the appellant had waived her "claim of an alimentary nature" (p. 9). Assuming the minutes to be authentic, though they were signed neither by counsel nor by the judge, I do not feel I am able to

b) La somme globale

Comme je le mentionnais tout juste, la faculté de payer de l'intimé n'a pas été mise en question, non plus que les besoins de l'appelante. La Cour d'appel a cassé l'ordonnance d'attribution d'une somme globale sur la seule base d'une renonciation alléguée par l'intimé. La Cour concluait donc que le juge Laroche n'était saisi d'aucune demande de nature alimentaire.

La requête en divorce datée du 2 juin 1981 comprend les conclusions suivantes quant aux mesures accessoires:

CONDAMNER l'intimé à me payer, en règlement global non exclusif de la pension alimentaire, la somme de cinquante-cinq mille dollars (55,000 \$) pour les motifs exposés ci-dessus;

CONDAMNER l'intimé à me payer une pension alimentaire au montant de deux cent cinquante dollars (250 \$) par semaine, payable d'avance le vendredi de chaque semaine à mon domicile situé au 10 de la rue Chapleau au Cap-de-la-Madeleine;

Je note que l'art. 559 *C.c.Q.* n'était pas encore en vigueur à cette époque; il est devenu applicable au présent litige par l'effet d'une disposition stipulant son applicabilité aux causes pendantes: *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, ch. 39, art. 70. Le règlement global alors demandé renvoie donc nécessairement à la somme globale prévue par la *Loi sur le divorce*. Au cours de l'audition, l'appelante aurait renoncé à une partie des conclusions de sa requête, ce qui est rapporté au procès-verbal d'audience du 15 juin 1983 dans les termes suivants:

Enquête sur la prestation compensatoire demandée.

La requérante déclarant renoncer à toute demande de pension alimentaire, se limitant à demander une prestation de \$55000. et l'exécution des donations à elle consenties en vertu du contrat de mariage.

La Cour d'appel s'est vraisemblablement fondée sur ce procès-verbal pour conclure à la renonciation de l'appelante relativement à sa «demande de nature alimentaire» (p. 9). En présumant de l'authenticité du procès-verbal, qui n'a été signé ni par les procureurs, ni par le juge, je ne crois pas

give them the meaning suggested by the respondent and endorsed by the Court of Appeal.

First, the language used indicates a waiver of “any claim for an alimentary pension”; the respondent is trying to make it say that there was a waiver of “any claim of an alimentary nature”, which would include the lump sum. Clearly, a person does not waive a claim for a lump sum by waiving a claim for an alimentary pension. As regards the wording “limiting herself to an allowance of \$55,000”, I do not think it fair to attribute to the parties an intent to refer exclusively to the compensatory allowance. Article 559 had only been in effect for a few months and there was still some confusion as to the nature of a compensatory allowance as opposed to a lump sum, as is indeed indicated by the judgment of the Court of Appeal in the case at bar. I would accordingly tend to give the word “allowance”, as used there, its ordinary meaning, which may include either of the two types of order. In any event, no one will dispute the rather ambiguous nature of the minutes, and a waiver must be strictly interpreted in the event of doubt as to its scope: *Gingras v. Gagnon*, [1977] 1 S.C.R. 217, at p. 222.

I would also note that the content of the petition relating to corollary relief, the awarding of which was adjourned on consent until the time the decree absolute was granted, was clarified in testimony by the appellant on September 14, 1983. The transcript indicates the following exchange between Laroche J. and the appellant:

[TRANSLATION] BY THE COURT:

Q. Is the fifty-five thousand (\$55,000) you just mentioned included in or excluded from the other three earlier amounts?

A. The three amounts are included in that amount.

Q. Are you also including interest in that?

A. Yes, your Honour.

Q. Then your maximum claim is for the whole?

A. Yes.

Q. On any basis?

A. Yes.

pouvoir lui prêter la signification suggérée par l'intimé et endossée par la Cour d'appel.

D'abord, les termes utilisés indiquent une renonciation à «toute demande de pension alimentaire»; on cherche à leur faire dire qu'il y a renonciation à «toute demande de nature alimentaire», ce qui comprendrait la somme globale. Il est clair que l'on ne renonce pas à une demande de somme globale en renonçant à une demande de pension alimentaire. Pour ce qui est des termes «se limitant à demander une prestation de \$55 000», il ne me semblerait pas juste de prêter aux parties l'intention d'un renvoi exclusif à la prestation compensatoire. L'article 559 n'était en vigueur que depuis quelques mois et une certaine confusion subsistait encore quant à la nature d'une prestation compensatoire par opposition à celle d'une somme globale, comme l'indique d'ailleurs le jugement de la Cour d'appel en l'espèce. J'aurais donc tendance à donner au mot «prestation», alors utilisé, son sens courant, qui peut comprendre l'un ou l'autre des deux types d'ordonnance. À tout événement, personne ne contestera le caractère quelque peu ambigu du procès-verbal; or la renonciation doit s'interpréter dans un sens étroit en cas de doute sur son étendue: *Gingras c. Gagnon*, [1977] 1 R.C.S. 217, à la p. 222.

Je souligne au surplus que le contenu de la requête relative aux mesures accessoires, dont l'adjudication avait été reportée de consentement au moment du prononcé de divorce irrévocable, a fait l'objet d'une clarification lors du témoignage de l'appelante le 14 septembre 1983. La transcription des notes révèle l'échange suivant entre le juge Laroche et l'appelante:

PAR LA COUR:

Q. Est-ce que ce cinquante-cinq mille (55 000 \$) que vous venez de mentionner est inclu ou exclu des trois autres montants antérieurs?

R. Les trois montants sont inclus dans ce montant-là.

Q. Est-ce que vous incluez également les intérêts dans ça?

R. Oui monsieur le Juge.

Q. Alors votre demande maximale c'est pour le tout?

R. Oui.

Q. A quelque titre que ce soit?

R. Oui.

Q. It is limited exclusively and totally to fifty-five thousand dollars (\$55,000)?

A. Yes, your Honour. [Emphasis added.]

The respondent did not in any way raise the alleged waiver of June 15 as an objection to this, and the parties and the judge considered that there was no objection, until the respondent raised this argument at the appellate level, relying on the unfortunately ambiguous language of the minutes. This document bears no signature that can authenticate it and it therefore certainly cannot be taken as proof of its contents. The record as a whole then becomes particularly relevant in determining the scope of the waiver. With the benefit of the record as a whole, the trial judge considered that he had before him a claim of an alimentary nature, while the Court of Appeal did not have transcripts available to it and was not in a position to analyse the minutes in light of the record as a whole.

For these reasons, I am of the view that the Court of Appeal erred in intervening on the question of the lump sum.

C. *The Question of Interest*

There is no need to dwell at length on the question of the interest claimed in this Court in or on that of the additional indemnity. In October 1983 Laroche J. ordered that the sum of \$40,000 be paid in periodic instalments without interest over a six-year period. The penalty specified for failure to pay was that the entire amount would automatically become due. Execution of the judgment in respect of the corollary relief was stayed by the Court of Appeal, except as regards the initial instalment of \$5,000.

Under s. 52 of the *Supreme Court Act* (now s. 50), the appellant is entitled to interest at the legal rate on each of the unpaid instalments indicated in the conclusions of the trial judgment, from the time when they respectively became due. An order to the contrary would not seem to me to be appropriate.

I note that the additional indemnity was not claimed at trial. Taking into account the very special circumstances of this case as a whole, I do

Q. Se limite exclusivement et globalement à cinquante-cinq mille dollars (55 000 \$)?

R. Oui monsieur le Juge. [Je souligne.]

À cela l'intimé n'a aucunement objecté la prétendue renonciation du 15 juin, et les parties comme le juge ont considéré qu'il n'y en avait pas eu, jusqu'à ce que l'intimé soulève ce moyen au stade de l'appel en se fondant sur les termes regrettablement ambigus du procès-verbal. Ce dernier document ne porte aucune signature susceptible de l'authentifier et l'on ne saurait donc présumer qu'il fait preuve de son contenu. L'ensemble du dossier devient alors particulièrement pertinent pour évaluer l'étendue de la renonciation. Avec le bénéfice de l'ensemble du dossier, le premier juge s'est considéré saisi d'une demande de nature alimentaire alors que la Cour d'appel ne disposait pas des transcriptions et n'était pas en mesure d'analyser le procès-verbal à la lumière de l'ensemble du dossier.

Pour ces raisons, je suis d'avis que la Cour d'appel est intervenue à tort sur la question de la somme globale.

C. *La question des intérêts*

Il n'y a pas lieu de s'attarder sur la question des intérêts réclamés devant nous non plus que sur la question de l'indemnité additionnelle. Le juge Laroche a ordonné en octobre 1983 le paiement d'une somme de 40 000 \$ par versements échelonnés sans intérêts sur une période de 6 ans. La pénalité prévue pour un défaut d'exécution était l'exigibilité automatique du montant global. L'exécution du jugement quant aux mesures accessoires a été suspendue par la Cour d'appel, sauf en ce qui touche le premier versement de 5 000 \$.

L'appelante a droit, en vertu de l'art. 52 de la *Loi sur la Cour suprême* (maintenant l'art. 50), à des intérêts au taux légal sur chacun des versements non payés indiqués dans le dispositif du jugement de première instance, à compter de leur échéance respective. Une ordonnance contraire ne me semblerait pas appropriée.

En ce qui a trait à l'indemnité additionnelle, je note qu'elle n'a pas été réclamée en première instance. Compte tenu de l'ensemble des circons-

not feel it is proper to increase the amount otherwise due by adding such an indemnity.

6. Conclusions

For all these reasons, I must necessarily conclude that the Court of Appeal's intervention in the case at bar was unwarranted. There was no error in the Superior Court's judgment that could affect the validity of its conclusions and so justify a reversal on appeal.

The appeal is accordingly allowed. There will be no award as to costs.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Byers Casgrain, Montréal.

Solicitors for the respondent: Martineau Walker, Montréal.

tances très particulières de cette affaire, il ne me semble pas opportun d'augmenter le montant par ailleurs exigible d'une telle indemnité.

6. Dispositif

^a Pour tous ces motifs, force m'est de conclure à l'illégitimité de l'intervention de la Cour d'appel dans le présent dossier. Le jugement de la Cour supérieure ne comporte aucune erreur qui puisse ^b toucher à la validité de son dispositif et ainsi justifier un renversement en appel.

Le pourvoi est donc accueilli. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

^c *Pourvoi accueilli.*

Procureurs de l'appelante: Byers Casgrain, Montréal.

^d *Procureurs de l'intimé: Martineau Walker, Montréal.*

Martin Chambers *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. CHAMBERS

File No.: 21385.

1990: May 28; 1990: October 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Right to silence — Evidence of
accused's silence in face of incriminating question —
Trial judge neglecting request by both counsel to
instruct jury to ignore evidence bearing on accused's
silence — Whether or not right to silence infringed.*

*Trial — Process — Juries — Trial judge informed
of juror's illness — Juror discharged — Whether or not
trial judge erred in discharging juror without hearing
— Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 573(1),
577.*

*Evidence — Evidence of bad character and immoral
activity — Unfortunate asides and comments made by
Crown during cross-examination — Sole issue one of
credibility — Whether or not trial judge erred in per-
mitting cross-examination of appellant's immoral ac-
tivity and in failing to direct the jury as to limited use
of such evidence — Whether or not trial judge erred in
admitting evidence of appellant's immoral activity if
not related to the offence — Whether or not Crown
counsel's inflammatory manner denied appellant a fair
trial.*

Appellant was charged with conspiring to import
cocaine. At his second trial his defence was that he had
no intention of carrying out the agreement notwith-
standing the appearance of his being an active conspira-
tor. Rather, it was argued that his purpose was to
recapture the affections of his former mistress who was
one of the conspirators. The trial proceeded on the
footing that if he raised a reasonable doubt on this point,

* Chief Justice at the time of hearing.

** Chief Justice at the time of judgment.

Martin Chambers *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

^a RÉPERTORIÉ: R. c. CHAMBERS

N° du greffe: 21385.

1990: 28 mai; 1990: 18 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
^c COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit criminel — Droit de garder le silence — Preuve
du silence de l'accusé devant une question incriminante
— Omission du juge du procès d'accéder à la demande
des deux avocats de donner au jury la directive de ne
pas tenir compte de la preuve relative au silence de
l'accusé — Y a-t-il eu violation du droit de garder le
silence?*

*Procès — Procédure — Jurys — Juge du procès
informé de la maladie d'un juré — Libération du juré
— Le juge du procès a-t-il commis une erreur en
libérant le juré sans tenir d'audience? — Code criminel,
S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 573(1), 577.*

*Preuve — Preuve de mauvaise moralité et d'actes
immoraux — Apartés et observations malheureux du
ministère public au cours du contre-interrogatoire —
L'unique question en litige est la crédibilité — Le juge
du procès a-t-il commis une erreur en permettant que
l'appelant soit contre-interrogé relativement à ses actes
immoraux et en omettant de donner au jury des
directives concernant l'usage limité qui pouvait être fait
d'une telle preuve? — Le juge du procès a-t-il commis
une erreur en admettant la preuve des actes immoraux
de l'appelant alors que ceux-ci n'avaient aucun rapport
avec l'infraction? — La conduite incendiaire du
substitut du procureur général a-t-elle privé l'appelant
d'un procès équitable?*

L'appelant a été accusé de complot en vue d'importer
de la cocaïne. À son deuxième procès, il a allégué pour
sa défense n'avoir eu aucune intention d'exécuter
l'entente malgré l'apparence de sa participation active
au complot. Il a soutenu au contraire que son but était
de regagner l'affection de son ancienne maîtresse qui
était du nombre des conspirateurs. À son procès, il était
entendu que s'il faisait naître un doute raisonnable sur

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

** Juge en chef à la date du jugement.

he would be acquitted on the basis that such a defence was valid and came within the principles set forth in *R. v. O'Brien*, [1954] S.C.R. 666.

During the trial, allegations were made that appellant had bribed Panamanian officials and arranged to have a conspirator robbed of cocaine. The suggestion had been made, too, that one witness had been paid to testify favourably and inferences and asides were made as to the reliability of the defence witnesses. Crown counsel attacked appellant's silence on his arrest. Both counsel eventually requested the trial judge to direct the jury to completely ignore the questions and answers given pertaining to the appellant's silence on the issues of guilt or innocence and credibility. The trial judge neglected to include these instructions in his charge to the jury and neither counsel reminded him of his undertaking.

Some six weeks into the trial a juror fell ill and the Court was advised by the attending physician that the juror would not be available for at least a week. The judge discharged him, without objection on the part of counsel, pursuant to s. 573(1) of the *Criminal Code*.

Five issues were before the Court: whether the trial judge erred (1) in discharging, without a hearing, a juror who had become ill; (2) in permitting cross-examination pertaining to bribery and in failing to direct the jury as to the limited use of that evidence; (3) admitting evidence of alleged criminal or immoral activity on appellant's part when that activity was not related to the offence charged; (4) in allowing Crown counsel to conduct the trial in an inflammatory manner and therefore deny the appellant a fair trial; and (5) whether appellant's right to silence had been violated in that the trial judge allegedly erred in: (a) allowing Crown counsel to cross-examine appellant as to why he did not make a statement to the authorities upon his arrest or tell any person in authority about his defence until the trial; and (b) in failing to direct the jury as to the very limited use which they could make of that evidence.

The Court of Appeal dismissed the appeal as to the first four issues. On the last issue, the majority held that no substantial wrong or miscarriage of justice had

ce point, il serait acquitté pour le motif que c'était là un moyen de défense légitime qui relevait des principes énoncés dans l'arrêt *R. v. O'Brien*, [1954] R.C.S. 666.

Au cours du procès, il a été allégué que l'appelant avait soudoyé des fonctionnaires panaméens et fait en sorte que l'on vole de la cocaïne à l'un des conspirateurs. On a laissé entendre en outre que la déposition favorable d'un témoin avait été achetée. Il y a eu également des insinuations et des apartés concernant la fiabilité des témoins de la défense. Le substitut du procureur général s'en est pris au silence gardé par l'appelant lors de son arrestation. Les deux avocats ont finalement demandé au juge du procès de dire au jury de faire complètement abstraction des questions et des réponses relatives au silence de l'appelant, sur la question de la culpabilité ou de l'innocence et sur celle de la crédibilité. Le juge du procès a négligé de donner ces directives dans son exposé au jury et ni l'un ni l'autre avocat ne lui a rappelé son engagement.

Environ six semaines après le début du procès, un juré est tombé malade et le médecin traitant a fait savoir à la cour que ce dernier ne serait pas disponible pendant au moins une semaine. Le juge l'a donc libéré conformément au par. 573(1) du *Code criminel*, sans que l'un ou l'autre avocat ne s'y oppose.

Les cinq questions dont la Cour est saisie sont de savoir (1) si le juge du procès a commis une erreur en libérant, sans audience, un juré tombé malade, (2) s'il a commis une erreur en permettant un contre-interrogatoire portant sur la subornation et en omettant de donner au jury des directives concernant l'usage limité qui pouvait être fait d'une telle preuve, (3) s'il a commis une erreur en admettant une preuve d'actes criminels ou immoraux qu'aurait commis l'appelant mais qui n'avaient aucun rapport avec l'infraction qui lui était imputée, (4) s'il a commis une erreur en permettant au substitut du procureur général de conduire le procès d'une façon incendiaire, privant ainsi l'appelant d'un procès équitable, et (5) si l'appelant a subi une violation de son droit de garder le silence du fait que le juge du procès aurait commis une erreur: a) en permettant au substitut du procureur général de contre-interroger l'appelant sur la raison pour laquelle il n'a pas fait de déclaration aux autorités lors de son arrestation ou a attendu au procès pour informer une personne en autorité du moyen de défense qu'il allait invoquer, et b) en omettant de donner au jury des directives concernant l'usage très limité qu'il pouvait faire de cette preuve.

La Cour d'appel a rejeté l'appel quant aux quatre premières questions. En ce qui concerne la dernière question, la cour à la majorité a décidé qu'aucun tort

occurred from the trial judge's omission to draw the jury's attention to the fact that no inference should be drawn from appellant's silence.

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

Per Dickson C.J. and Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory and McLachlin J.J.: It would be inappropriate for this Court to reconsider its decision in *O'Brien* here with a view to overturning the doctrine of "double intent". The Crown was aware that the defence would rely upon the principle of double intent and yet did not indicate at any time prior to or at the trial or on appeal, that it might eventually challenge the correctness of the decision. A challenge to the *O'Brien* decision at this late date would be unfair to the appellant.

The accused does not have an absolute right to be present at a hearing considering the dismissal of a juror for health reasons. He or she, however, should not be lightly deprived of the right to be tried by a jury of twelve persons and of the right to be present throughout the trial. Finally, the trial judge might advise counsel in court and in the presence of the accused of the nature of the health or hardship problem and invite counsel to make submissions if they so wished. The process need not necessarily take on all the trappings of a formal hearing. The Sheriff's officer's report and the call to the trial judge from the juror's doctor had nothing to do with establishing the accused's guilt or innocence and so did not constitute a part of the trial requiring his presence.

Crown counsel properly cross-examined the appellant and the witness as to whether appellant had bribed the witness in order to obtain his favourable testimony. Their credibility was fundamentally important to appellant's defence.

Crown counsel's personal opinion as to the veracity of the witnesses was improper and it would have been preferable if the trial judge had so advised the jury. The effects of these unfortunate remarks were sufficiently overcome by the trial judge's instruction to the jury that it was their exclusive province to make findings of fact and, therefore, to assess the credibility of witnesses.

The trial judge erred in failing to charge the jury as to the restricted use that they could make of the evidence of the appellant's allegedly immoral or criminal conduct.

important ni aucune erreur judiciaire grave n'avait résulté de l'omission du juge du procès d'attirer l'attention du jury sur le fait qu'aucune conclusion ne devait être tirée du silence de l'appellant.

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Dickson, le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory et McLachlin: Il ne convient pas que la Cour réexamine en l'espèce son arrêt *O'Brien* en vue d'écarter la théorie de la «double intention». Le ministère public savait que la défense allait invoquer le principe de la double intention et il n'a pourtant jamais indiqué antérieurement au procès, au cours du procès ou en appel qu'il pourrait éventuellement contester le bien-fondé de l'arrêt en question. Contester l'arrêt *O'Brien* aussi tardivement serait injuste envers l'appellant.

L'accusé ne jouit pas d'un droit absolu d'être présent à une audience tenue pour examiner s'il y a lieu de libérer un juré pour des raisons de santé. Il ne doit toutefois pas être privé à la légère du droit d'être jugé par un jury de douze personnes ni du droit d'être présent en cour pendant tout son procès. Enfin, le juge du procès pourrait informer les avocats, en cour et en présence de l'accusé, de la nature du problème de santé ou des difficultés particulières et les inviter à présenter des observations s'ils le désirent. Il n'est pas nécessaire que ce processus comporte toutes les formalités d'une audience en règle. Le rapport de l'officier du shérif et l'appel téléphonique du médecin du juré au juge du procès n'avaient rien à voir avec l'établissement de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé et ne constituaient donc pas une partie du procès nécessitant la présence de ce dernier.

Le substitut du procureur général a agi régulièrement en demandant à l'appellant et au témoin, au cours de leur contre-interrogatoire, si l'appellant avait suborné le témoin afin qu'il dépose en sa faveur. Leur crédibilité revêtait une importance capitale pour le moyen de défense invoqué par l'appellant.

L'opinion personnelle du substitut du procureur général sur la véracité des témoins était illégitime et il eût été préférable que le juge du procès en avise le jury. La directive du juge du procès aux jurés selon laquelle il leur appartenait exclusivement de tirer des conclusions de fait et, par conséquent, d'apprécier la crédibilité des témoins suffisait pour neutraliser les effets de ces observations malheureuses.

C'est à tort que le juge du procès a omis de donner aux jurés des directives quant à l'usage limité qu'ils pouvaient faire de la preuve de la conduite immorale ou

Evidence of an accused's bad character should, as a general rule, be considered only on the issue of the accused's general credibility and not as a basis for determining guilt or innocence.

The evidence of bad character could only have been used by the jury in considering the appellant's credibility once appellant had conceded that he gave every outward appearance of entering into the conspiracy. The jury should have been instructed as to the limited use of this evidence but any failure to charge on the issue did not result in a miscarriage of justice because appellant's credibility was the only issue at trial.

The right to silence can properly be exercised by an accused person in the investigative stages of the proceedings and at trial and is a basic tenet of our legal system falling within the ambit of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It would be a snare and a delusion to caution the accused that he need not say anything in response to a police officer's question but nonetheless put in evidence that the accused exercised that right in the face of a question which suggested his guilt. Here, the Crown did not establish the necessary real relevance and proper basis for the admission of the questions on the ensuing silence. The trial judge's failure to instruct the jury, as requested by both counsel, that they were to ignore both the questions and the answers compounded the error and caused irreparable damage to the defence.

Section 613(1)(b)(iii) could not be applied to rectify the situation. Without a direction from the trial judge, the most reasonable and fair-minded juror might still draw an inference that the appellant should have said something. The Crown could not establish that, despite the error, the result must necessarily be the same. Defence counsel's failure to object to the omission can properly be taken into account in assessing the gravity of the omission and the consequences that should be attached to it. However, such a failure should not be a bar to directing a new trial where a significant injustice has been occasioned.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The reasons of Cory J. on the first four issues were agreed with. With respect to the fifth, the accused was not unfairly prejudiced by the objectionable questioning and the absence of direction to the jury on this particular point. Since there was no substantial wrong or miscarriage of justice, it

criminelle qu'aurait eue l'appelant. La preuve de la mauvaise moralité d'un accusé ne doit, en règle générale, être prise en considération que relativement à la question de la crédibilité générale de l'accusé et non pour justifier une conclusion à la culpabilité ou à l'innocence.

Le jury n'aurait pu se servir de la preuve de mauvaise moralité qu'aux fins de l'appréciation de la crédibilité de l'appelant après que celui-ci eut reconnu qu'il avait fait en sorte que l'on croie qu'il s'associait au complot. On aurait dû donner au jury des directives sur l'usage limité qu'il pouvait faire de cette preuve, mais l'omission de donner des directives sur cette question n'a pas entraîné d'erreur judiciaire puisque la crédibilité de l'appelant constituait l'unique question en litige au procès.

Le droit de garder le silence peut être légitimement exercé par l'inculpé aux stades d'enquête d'une instance ainsi qu'au procès et il constitue un principe fondamental de notre système juridique, qui relève de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ce serait tendre un piège que de prévenir l'accusé qu'il n'est pas tenu de répondre aux questions du policier, pour ensuite soumettre en preuve que l'accusé s'est prévalu de ce droit face à une question tendant à établir sa culpabilité. En l'espèce, le ministère public n'a établi ni la pertinence réelle ni la justification légitime nécessaire pour admettre en preuve les questions concernant le silence de l'accusé. L'omission du juge du procès de dire aux jurés, comme le lui avaient demandé les deux avocats, qu'ils ne devaient tenir compte ni des questions ni des réponses a aggravé l'erreur et a causé à la défense un préjudice irréparable.

On ne saurait recourir au sous-al. 613(1)(b)(iii) pour corriger la situation. En l'absence d'une directive du juge du procès, un juré, fût-il le plus raisonnable et le plus impartial, pourrait quand même inférer que l'appelant aurait dû dire quelque chose. Le ministère public n'a pu prouver qu'en dépit de l'erreur l'issue serait nécessairement la même. Le fait que l'avocat de la défense ne s'est pas opposé à l'omission est un facteur pouvant légitimement être pris en considération aux fins d'apprécier la gravité de cette omission et de déterminer les conséquences qu'elle devrait entraîner. Cependant, une telle omission ne devrait pas empêcher que la tenue d'un nouveau procès soit ordonnée dans un cas où une injustice grave a été causée.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Il y a accord avec l'opinion du juge Cory sur les quatre premières questions en litige. En ce qui concerne la cinquième, l'accusé n'a pas subi de préjudice indu par suite de l'interrogatoire irrégulier et de l'absence de directive au jury sur ce point particulier. Comme il n'y a eu aucun

was therefore appropriate to apply s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

Cases Cited

By Cory J.

Considered: *R. v. Hertrich, Stewart and Skinner* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510; *R. v. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385; **referred to:** *R. v. Chambers*, [1986] 2 S.C.R. 29; *R. v. O'Brien*, [1954] S.C.R. 666; *Basarabas v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 730; *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694; *Vézina and Côté v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2; *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 423(1)(d), 573(1), 577, 613(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1989), 47 C.C.C. (3d) 503, dismissing appellant's appeal from conviction by Trainor J. sitting with jury. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Thomas R. Berger and David Martin, for the appellant.

S. David Frankel, Q.C., and *Anne W. MacKenzie*, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer C.J. and La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. was delivered by

CORY J.—Although several issues are raised in this appeal, only one is crucial to its determination. That is whether the Court of Appeal erred in applying s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii)), to dismiss the appeal when the appellant was improperly cross-examined with regard to exercising his right to silence and the trial judge failed to charge the jury with regard to that right.

tort important ni aucune erreur judiciaire grave, il convient d'appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

Jurisprudence

a

Citée par le juge Cory

Arrêts examinés: *R. v. Hertrich, Stewart and Skinner* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510; *R. v. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385; **arrêts mentionnés:** *R. c. Chambers*, [1986] 2 R.C.S. 29; *R. v. O'Brien*, [1954] R.C.S. 666; *Basarabas c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 730; *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694; *Vézina et Côté c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2; *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. v. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Colpitts v. The Queen*, [1965] R.C.S. 739.

Lois et règlements cités

d

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 423(1)(d), 573(1), 577, 613(1)(b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1989), 47 C.C.C. (3d) 503, qui a rejeté l'appel interjeté par l'appelant contre le verdict de culpabilité rendu par le juge Trainor siégeant avec jury. Pourvoi accueilli, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

f

Thomas R. Berger et David Martin, pour l'appelant.

g

S. David Frankel, c.r., et *Anne W. MacKenzie*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Dickson, du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka et McLachlin rendu par

h

LE JUGE CORY—Bien que plusieurs questions soient soulevées dans le présent pourvoi, une seule d'entre elles est cruciale pour le trancher: celle de savoir si la Cour d'appel a eu tort d'appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, sous-al. 686(1)(b)(iii)), pour rejeter l'appel dans un cas où l'appelant avait été soumis à un contre-interrogatoire irrégulier relativement à l'exercice de son droit de garder le silence et où le juge du procès avait omis de donner au jury des directives concernant ce droit.

i

j

Factual Background

In December 1981, the appellant was charged with conspiring to import a narcotic (cocaine) contrary to s. 423(1)(d) of the *Criminal Code*. The appellant was then a lawyer practising in Vancouver. His trial was severed from that of the other co-accused and commenced in 1983. The bulk of the evidence against the appellant consisted of intercepted conversations. The trial judge held that the tapes of the telephone interceptions were inadmissible and a directed verdict of acquittal was entered. A new trial was ordered by the Court of Appeal. That order was upheld by this Court in 1986. See *R. v. Chambers*, [1986] 2 S.C.R. 29.

The second trial of the appellant commenced in 1987. It was the appellant's defence that, although he appeared to agree and to participate with the others involved in the conspiracy, in reality he had no intention of carrying out the agreement of bringing cocaine into the country. Rather, his purpose was to recapture the affections of Zina Pocius, his former mistress and one of the conspirators. His trial proceeded on the footing that if he raised a reasonable doubt on this point, he would be acquitted on the basis that such a defence was valid and came within the principles set forth by the majority of this Court in *R. v. O'Brien*, [1954] S.C.R. 666. Neither before the Court of Appeal nor at trial did the Crown indicate that it would question the correctness of this decision.

The appellant testified that he had an affair with Zina Pocius which started in 1980. He maintained an apartment for her in Vancouver. At the same time he leased office space to Dumyn, one of the co-conspirators. Through Dumyn, the appellant was retained to go to Panama to see if he could arrange for Barudin, an associate of Dumyn's, to be released from jail. The appellant spent some time in Panama in the early spring of 1981 and succeeded in obtaining the release of Barudin and his cell mate Jay Gonzalez. Chambers testified that he had to bribe the Panamanian authorities in order to obtain this result, but added that the payment of bribes to government officials in Panama was not unusual. The intercepted com-

Les faits

En décembre 1981, l'appellant a été accusé d'avoir comploté en vue d'importer un stupéfiant (de la cocaïne), contrairement à l'al. 423(1)d) du *Code criminel*. L'appellant exerçait alors la profession d'avocat à Vancouver. Son procès, distinct de celui de ses coaccusés, a débuté en 1983. La preuve produite contre l'appellant comprenait essentiellement des conversations interceptées. Le juge du procès a conclu à l'inadmissibilité des enregistrements des conversations téléphoniques et a imposé un verdict d'acquittal. La Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès, ordonnance qui a été maintenue par notre Cour en 1986. Voir *R. c. Chambers*, [1986] 2 R.C.S. 29.

Le deuxième procès de l'appellant a commencé en 1987. L'appellant a allégué pour sa défense que, bien que paraissant avoir été d'accord avec les autres conspirateurs et avoir participé avec eux au complot, il n'avait eu en réalité aucune intention d'exécuter l'entente en vue d'importer de la cocaïne au Canada. Au contraire, son but était de regagner l'affection de Zina Pocius, son ancienne maîtresse qui était du nombre des conspirateurs. À son procès, il était entendu que s'il faisait naître un doute raisonnable sur ce point, il serait acquitté pour le motif que c'était là un moyen de défense légitime qui relevait des principes énoncés par notre Cour à la majorité dans l'affaire *R. v. O'Brien*, [1954] R.C.S. 666. Ni devant la Cour d'appel ni au procès le ministère public n'a indiqué qu'il contesterait le bien-fondé de cet arrêt.

L'appellant a témoigné avoir eu avec Zina Pocius une liaison qui avait commencé en 1980. Il lui payait un appartement à Vancouver. En même temps, il louait un bureau à Dumyn qui était également du nombre des conspirateurs. Par l'intermédiaire de Dumyn, les services de l'appellant ont été retenus pour qu'il aille voir au Panama s'il pourrait faire libérer de prison Barudin, un associé de Dumyn. L'appellant a passé quelque temps au Panama au début du printemps de 1981 et a réussi à obtenir la mise en liberté de Barudin et de son compagnon de cellule, Jay Gonzalez. Chambers a dit qu'il a dû soudoyer les autorités panaméennes pour parvenir à ce résultat, mais a ajouté qu'il n'y avait rien d'inhabituel à donner des pots-de-vin

munications indicated that the appellant also made some suggestion that his mistress, Zina Pocius, should have sexual relations with the Attorney General of Panama if that became necessary in order to obtain the release of Barudin, although at trial Chambers claimed this was only a joke.

Upon their release, the prisoners, Pocius and the appellant proceeded to Miami. The evidence indicated that the conspiracy among Barudin, Dumyn, Pocius and Gonzalez to import cocaine into Canada started in Panama and was further discussed in Miami. The plan was to bring the cocaine from Miami to Vancouver where Barudin, Dumyn and Thomson resided. The appellant testified that in Miami he pretended to go along with the conspiracy. He said that he did this solely to maintain some connection with Pocius who, by this time, had become involved with Jay Gonzalez.

The appellant flew back to Vancouver without Pocius. He later returned to Miami to again see Pocius and Gonzalez. He confronted them at a picnic, at which point Gonzalez drew a gun. The appellant did nothing further at that time but went back to Vancouver determined to regain the affections of Pocius. The appellant testified that he was obsessed with her. He gave evidence that he pretended to be a party to the conspiracy so that he could insist, as a condition of his involvement, that Pocius be returned to him.

Through his involvement in the conspiracy, the appellant learned that Gonzalez was bringing cocaine to Vancouver, something which he claimed he did not wish to occur. He therefore hired Santiez Tabbanca, also known as Kuko, to intercept Gonzalez in Florida. Kuko failed in the attempt. However, Gonzalez stopped over in Atlanta for two days and while there called Zina Pocius a number of times. Upon being informed by Pocius that Gonzalez was in Atlanta, the appellant arranged for Kuko to try once again to intercept Gonzalez. On the second attempt at Atlanta Airport, Kuko succeeded. Gonzalez claimed to have been injured during the robbery, as a result of which he had difficulty speaking. Kuko was not apprehended and the cocaine disappeared.

aux fonctionnaires panaméens. D'après les communications interceptées, l'appelant avait en outre proposé que sa maîtresse, Zina Pocius, ait des rapports sexuels avec le procureur général du Panama si cela s'avérait nécessaire pour obtenir la libération de Barudin, quoique Chambers ait prétendu au procès qu'il ne faisait que blaguer.

Une fois mis en liberté, les détenus, Pocius et l'appelant se sont rendus à Miami. Il se dégage de la preuve que le complot de Barudin, Dumyn, Pocius et Gonzalez en vue d'importer de la cocaïne au Canada a été ourdi au Panama et qu'on en a discuté aussi à Miami. Le plan prévoyait le transport de la cocaïne de Miami à Vancouver où habitaient Barudin, Dumyn et Thomson. Selon le témoignage de l'appelant, à Miami il avait fait semblant d'acquiescer au complot. Il a dit l'avoir fait à seule fin de garder des liens avec Pocius qui, à ce moment-là, avait une liaison avec Jay Gonzalez.

L'appelant est revenu par avion à Vancouver sans Pocius. Par la suite, il est retourné à Miami pour revoir Pocius et Gonzalez. Quand il les a affrontés à un pique-nique, Gonzalez a sorti une arme à feu. L'appelant n'a rien fait d'autre à ce moment-là, mais il a regagné Vancouver résolu à reconquérir le cœur de Pocius. Il a témoigné qu'elle l'obsédait et qu'il a fait semblant de participer au complot afin de pouvoir exiger comme condition de cette participation que Pocius lui soit rendue.

Grâce à sa participation au complot, l'appelant a appris que Gonzalez allait importer de la cocaïne à Vancouver, ce que l'appelant ne voulait pas voir se produire, a-t-il prétendu. C'est pourquoi il a engagé Santiez Tabbanca, alias Kuko, pour intercepter Gonzalez en Floride. Kuko a échoué dans cette tentative. Gonzalez a cependant fait une escale de deux jours à Atlanta et, de là, a appelé plusieurs fois Zina Pocius. Informé par cette dernière que Gonzalez se trouvait à Atlanta, l'appelant a fait en sorte que Kuko essaie de nouveau de l'intercepter. Cette seconde tentative de Kuko à l'aéroport d'Atlanta a réussi. Gonzalez a prétendu avoir été blessé au cours de la perpétration du vol, ce qui expliquait pourquoi il éprouvait de la difficulté à parler. Kuko n'a pas été appréhendé et la cocaïne a disparu.

Despite the fact that Gonzalez believed that Chambers was responsible for robbing him and for the assault upon him, he came to Canada to give evidence for the appellant. Gonzalez was given immunity from prosecution. During his cross-examination, Crown counsel suggested to Gonzalez that the only reason he had come to Canada to testify was for money which he either had been paid, was to be released from paying or would be paid in the future by the appellant. Gonzalez denied this suggestion.

The day following his testimony, the appellant drove Gonzalez to the American border. Gonzalez was searched and nearly \$10,000 was found secreted in his clothing. In cross-examination of the appellant, Crown counsel used this fact to again suggest that the appellant had paid for the testimony of Gonzalez. The appellant also denied this suggestion.

At the conclusion of some fifty days of trial, the jury retired around noon to consider their verdict. The following day at 6:30 p.m. they brought in their verdict finding Chambers guilty.

The Court of Appeal

The appeal came before a five-judge panel. Six issues were raised, five of which are before this Court. They are as follows:

- (1) Whether the trial judge erred in discharging, without a hearing, a juror who had become ill.
- (2) Whether the trial judge erred in permitting cross-examination pertaining to bribery and in failing to direct the jury as to the limited use they could make of such evidence.
- (3) Whether the trial judge erred in admitting evidence of alleged criminal or immoral activity on the part of Chambers when that activity was not related to the offence charged.

Malgré sa conviction que Chambers était à l'origine du vol et des voies de fait dont il avait été victime, Gonzalez est venu au Canada témoigner en sa faveur. On a accordé à Gonzalez l'immunité contre des poursuites. En le contre-interrogeant, le substitut du procureur général a dit à Gonzalez que s'il était venu au Canada témoigner c'était uniquement à cause d'argent qu'il avait reçu de l'appellant, qu'il serait dispensé de payer par l'appellant ou que l'appellant lui paierait à une date future. Gonzalez a nié cette assertion.

Le lendemain de sa déposition, Gonzalez a été conduit par l'appellant à la frontière américaine. Une fouille pratiquée sur Gonzalez a permis de découvrir presque 10 000 \$ cachés dans ses vêtements. Au cours du contre-interrogatoire de l'appellant, le substitut du procureur général s'est fondé sur ce fait pour affirmer encore une fois que l'appellant avait acheté le témoignage de Gonzalez, ce que l'appellant a nié lui aussi.

Au terme d'un procès qui a duré une cinquantaine de jours, le jury s'est retiré vers midi pour décider du verdict à rendre. Le lendemain, à 18 h 30, le jury a rendu contre Chambers un verdict de culpabilité.

La Cour d'appel

L'appel a été entendu par un banc de cinq juges. On a soulevé six questions, dont cinq ont été soumises à notre Cour. Il s'agit des questions suivantes:

[TRADUCTION]

- (1) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en libérant, sans audience, un juré tombé malade?
- (2) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en permettant un contre-interrogatoire portant sur la subornation et en omettant de donner au jury des directives concernant l'usage limité qu'il pouvait faire d'une telle preuve?
- (3) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant une preuve d'actes criminels ou immoraux qu'aurait commis Chambers mais qui n'avaient aucun rapport avec l'infraction qui lui était imputée?

(4) Whether the trial judge erred in allowing Crown counsel to conduct the trial in an inflammatory manner and therefore deny the appellant a fair trial.

(5) Whether the trial judge erred in: (a) allowing Crown counsel to cross-examine Chambers as to why he did not make a statement to the authorities upon his arrest or tell any person in authority about his defence until the trial; and (b) in failing to direct the jury as to the very limited use which they could make of that evidence. This, it was said, violated the appellant's right to silence.

Hinkson J.A. on behalf of three members of the Court, Esson J.A. concurring in separate reasons, and Lambert J.A. dissenting in part, all agreed that the appeal as to the first four issues should be dismissed. I agree with the result reached by the Court of Appeal on these issues.

On the last issue, Hinkson J.A., for the majority, recognized that there is a right of an accused to remain silent, both at the investigative stage and at the trial. He acknowledged that counsel for the appellant had relied upon the statement of the trial judge that he would give a direction to the jury that they should not draw any inference from the fact that the appellant had not made a statement to anyone in authority before the trial. He conceded that the omission by the trial judge to give such a direction constituted non-direction amounting to misdirection. Nonetheless, he invoked s. 613(1)(b)(iii), now s. 686(1)(b)(iii), and concluded that no substantial wrong or miscarriage of justice had occurred as a result of the omission by the trial judge.

Esson J.A., in his concurring reasons, agreed that evidence that the accused had failed to reply after being cautioned by the police was not admissible unless there was some issue in the case to which the evidence was relevant. However, he was

(4) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en permettant au substitut du procureur général de conduire le procès d'une façon incendiaire, privant ainsi l'appelant d'un procès équitable?

(5) Le juge du procès a-t-il commis une erreur: a) en permettant au substitut du procureur général de contre-interroger Chambers sur la raison pour laquelle il n'a pas fait de déclaration aux autorités lors de son arrestation ou a attendu au procès pour informer une personne en autorité du moyen de défense qu'il allait invoquer, et b) en omettant de donner au jury des directives concernant l'usage très limité qu'il pouvait faire de cette preuve? Cette conduite, a-t-on allégué, a violé le droit de l'appelant de garder le silence.

Le juge Hinkson, s'exprimant au nom de trois membres de la cour, le juge Esson, dans des motifs concordants distincts, et le juge Lambert, dissident en partie, ont tous estimé que l'appel devait être rejeté quant aux quatre premières questions. Je souscris à la décision de la Cour d'appel sur ces questions.

En ce qui concerne la dernière question, le juge Hinkson, s'exprimant au nom de la majorité, a reconnu l'existence du droit d'un accusé de garder le silence, tant au stade de l'enquête qu'au procès. Il a convenu que l'avocat de l'appelant s'était fié à la déclaration du juge du procès qu'il dirait au jury de ne tirer aucune conclusion du fait qu'antérieurement au procès l'appelant n'avait pas fait de déclaration à une personne en autorité. Il a concédé que l'omission du juge du procès de donner des directives à ce sujet constituait une absence de directive équivalant à une directive erronée. Se fondant néanmoins sur le sous-al. 613(1)b(iii), maintenant le sous-al. 686(1)b(iii), il a conclu que l'omission du juge du procès n'avait entraîné aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave.

Dans ses motifs concordants, le juge Esson a convenu que la preuve que l'accusé n'avait pas répondu après avoir reçu la mise en garde de la police n'était admissible que s'il y avait une question à laquelle cette preuve était pertinente. Il était

satisfied that the appellant was not prejudiced by the questions and answers which breached his right to silence.

Lambert J.A., in dissent, concluded that the questions posed breached the appellant's right to silence and that breach, coupled with the failure of the trial judge to give the promised direction to disregard these questions and answers, constituted such a serious error that s. 613(1)(b)(iii) could not be invoked. He would have directed a new trial. I think this conclusion should prevail.

Application of the Decision in *R. v. O'Brien*

Before dealing with the issues raised by the appellant, it is necessary to say something with regard to the Crown's submission that *R. v. O'Brien* was wrongly decided by this Court.

That case involved a charge of conspiracy to commit the indictable offence of kidnapping. The position of the Crown was that the two accused had entered into an agreement to commit a kidnapping. One of the accused alleged that he purported to enter the conspiracy but never intended to carry out the plan. The trial judge charged the jury that the mere agreement to commit the kidnapping was a sufficient basis upon which to found a conviction for conspiracy. This aspect of the charge was challenged by *O'Brien*. This Court, in a three to two decision, held that the trial judge was in error. The dissenting judges expressed the opinion that a mere mental reservation made at the time of agreeing to participate in a conspiracy was an insufficient basis upon which to acquit the accused. The majority, on the other hand, held in the words of *Rand J.*, at p. 670, that:

... a conspiracy requires an actual intention in both parties at the moment of exchanging the words of agreement to participate in the act proposed; mere words purporting agreement without an assenting mind to the act proposed are not sufficient.

toutefois convaincu que l'appellant n'avait subi aucun préjudice résultant des questions et des réponses qui violaient son droit de garder le silence.

a

Le juge Lambert, dissident, a conclu que les questions posées portaient atteinte au droit de l'appellant de garder le silence et que cette atteinte, conjuguée à l'omission du juge du procès de donner la directive promise de ne pas tenir compte de ces questions et réponses, constituait une erreur tellement grave que le sous-al. 613(1)(b)(iii) ne pouvait être invoqué. Il aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès. C'est cette conclusion qui doit l'emporter, d'après moi.

b

L'application de l'arrêt *R. v. O'Brien*

Avant d'aborder les questions soulevées par l'appellant, il faut dire un mot concernant l'argument du ministère public voulant que l'arrêt *R. v. O'Brien* de notre Cour soit erroné.

Il s'agissait dans cette affaire d'une accusation d'avoir comploté de commettre l'acte criminel d'enlèvement. Le ministère public prétendait que les deux accusés s'étaient entendus pour commettre un enlèvement. L'un des accusés alléguait avoir fait semblant de se joindre au complot, sans avoir jamais eu l'intention d'exécuter le plan. Le juge du procès a dit au jury que le seul fait de s'entendre pour commettre l'enlèvement constituait un motif suffisant pour justifier une déclaration de culpabilité de complot. Cet aspect de l'exposé du juge a été contesté par *O'Brien*. Notre Cour, par une majorité de trois contre deux, a statué que le juge du procès avait commis une erreur. Quant aux juges dissidents, ils se sont dits d'avis qu'une simple réserve mentale faite au moment d'accepter de participer à un complot ne constituait pas un motif suffisant pour acquitter l'accusé. La majorité, par contre, a dit, par l'intermédiaire du juge *Rand*, à la p. 670:

[TRADUCTION] ... pour qu'il y ait complot, il doit y avoir une intention réelle de la part des deux participants au moment où ils s'entendent pour participer à l'acte projeté; de simples paroles emportant apparemment acquiescement à l'acte projeté, sans aucune intention de le commettre, ne suffisent pas.

The Crown suggested that this Court should reconsider its decision in *O'Brien* with a view to overturning the doctrine of "double intent". It would not be appropriate to undertake such a review in this case. For some five years prior to the second trial, as a result of other proceedings, the Crown was aware that the appellant would be relying upon the principle of double intent and that this would be the defence to the charge. The Crown did not at any time prior to the trial indicate that it might eventually challenge the correctness of the decision. The defence put forward was based entirely upon the position set forth by the majority in *O'Brien*. At trial the Crown conceded that if the appellant raised a reasonable doubt based on this defence, then he should be acquitted. Similarly, the Crown did not indicate in the Court of Appeal that it would be challenging the decision. Indeed the first time the Crown raised the issue as to the correctness of the decision, was after it had received the appellant's factum. In view of the position taken by the Crown throughout the proceedings, it would be unfair to the appellant to permit the Crown to challenge the *O'Brien* decision at this late date. This is not to say that the Crown must in every instance give notice to the accused prior to trial that it will be challenging the correctness of a decision of this Court. However, in the circumstances of this case the raising of such an argument at this time is unfair to the appellant.

The Discharge of the Juror

One morning, some six weeks into the trial, the trial judge was advised by the Sheriff's officer that one of the jurors, a Mr. Bishop, felt ill and before court commenced had left to see his doctor. When the court opened, the trial judge advised everyone, including the other members of the jury, of the situation. The court then adjourned to await the report from the doctor. Later that morning, court was reconvened. At that time, the trial judge stated that he had received a telephone call from Mr. Bishop's doctor who advised him that Mr. Bishop would not be available "for at least a week and perhaps longer". The judge then said that he was satisfied that Mr. Bishop should be discharged

Le ministère public a dit que notre Cour devrait réexaminer son arrêt *O'Brien* en vue d'écarter la théorie de la «double intention». Or, il ne convient pas d'entreprendre ce réexamen en l'espèce. En effet, par suite d'autres instances, le ministère public savait environ cinq ans avant le deuxième procès que l'appelant allait invoquer le principe de la double intention et que ce serait là le moyen de défense qu'il opposerait à l'accusation. Le ministère public n'a jamais indiqué antérieurement au procès qu'il pourrait éventuellement contester le bien-fondé de l'arrêt en question. Le moyen de défense avancé reposait entièrement sur la position énoncée par la Cour à la majorité dans l'affaire *O'Brien*. Au procès, le ministère public a concédé que si l'appelant faisait naître un doute raisonnable grâce à ce moyen de défense, il devrait être acquitté. De même, le ministère public n'a pas manifesté en Cour d'appel l'intention de contester l'arrêt. En fait, le ministère public n'a soulevé la question de son bien-fondé qu'après réception du mémoire de l'appelant. Compte tenu de la position adoptée par le ministère public tout au cours de l'instance, il serait injuste envers l'appelant de permettre au ministère public de contester l'arrêt *O'Brien* aussi tardivement. Cela ne veut toutefois pas dire que le ministère public est tenu dans tous les cas d'aviser l'accusé antérieurement au procès qu'il contestera le bien-fondé d'un de nos arrêts. Dans les circonstances de la présente affaire cependant, il est injuste envers l'appelant d'invoquer un tel argument à ce stade-ci.

La libération du juré

Un matin, environ six semaines après le début du procès, l'officier du shérif a fait savoir au juge que l'un des jurés, un nommé Bishop, se sentait mal et était parti voir son médecin avant que la cour ne soit en séance. À l'ouverture de la cour, le juge du procès a mis tout le monde, y compris les autres jurés, au courant de la situation. La séance a alors été suspendue en attendant le rapport du médecin. Plus tard dans le courant de la matinée, la séance a repris. Le juge du procès a dit à ce moment-là avoir reçu un coup de téléphone du médecin de M. Bishop, qui lui a appris que ce dernier ne serait pas disponible [TRADUCTION] «pendant au moins une semaine et peut-être davan-

pursuant to s. 573(1) (now s. 644(1)) of the *Criminal Code*. The judge went on to advise that the doctor would be providing written confirmation as to Mr. Bishop's condition. Neither counsel took any objection to this procedure nor did they make any submissions with regard to the decision.

The appellant contends that the trial judge ought to have held an inquiry in the presence of the accused to determine whether or not the juror should be discharged.

Section 577 (now s. 650) of the *Criminal Code* provides that an accused must be present throughout his trial. This right is fundamental to the criminal trial process. Section 573(1) permits a judge to discharge a juror because of illness or for other reasonable grounds. That section reads as follows:

573. (1) Where in the course of a trial the judge is satisfied that a juror should not, because of illness or other reasonable cause, continue to act, the judge may discharge the juror.

It has been held by this Court that an accused should not be lightly deprived of the right to be tried by a jury of twelve persons. See *Basarabas v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 730, per Dickson J., as he then was, at p. 741. Further, the right of the accused to be present throughout the trial is of great importance. Martin J.A. in *R. v. Hertrich, Stewart and Skinner* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510, recognized that this fundamental right was based upon two precepts. First, an accused has the right to hear the entire case made out against him so that full answer and defence can be made. Second, the concepts of fairness and openness are values fundamental to the criminal justice system. The presence of the accused is required at all stages of the trial to afford him or her an opportunity of acquiring first-hand knowledge of all the proceedings. It would thus seem that the accused should be present when the decision is made to discharge a juror for reasons of health. Yet, although that may be the preferable procedure, it is not absolute.

tage». Le juge a indiqué ensuite qu'il était convaincu que M. Bishop devait être libéré conformément au par. 573(1) du *Code criminel* (maintenant le par. 644(1)). Le médecin, a ajouté le juge, confirmerait par écrit l'état de M. Bishop. Ni l'un ni l'autre avocat ne s'est opposé à cette façon de procéder ni n'a présenté d'observations concernant la décision du juge.

L'appelant soutient que le juge du procès aurait dû tenir en sa présence une enquête visant à déterminer s'il y avait lieu de libérer le juré.

L'article 577 du *Code criminel*, maintenant l'art. 650, dispose que l'accusé doit être présent pendant toute la durée de son procès. C'est là un droit fondamental en matière de procès criminel. Le paragraphe 573(1) autorise un juge à libérer un juré pour cause de maladie ou pour d'autres motifs raisonnables. Ce paragraphe est ainsi conçu:

573. (1) Lorsque, au cours d'un procès, le juge est convaincu qu'un juré ne devrait pas, par suite de maladie ou pour une autre cause raisonnable, continuer à siéger, il peut le libérer.

Notre Cour a déjà statué qu'un accusé ne doit pas être privé à la légère du droit d'être jugé par un jury de douze personnes. Voir l'arrêt *Basarabas c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 730, motifs du juge Dickson (plus tard Juge en chef), à la p. 741. En outre, le droit de l'accusé d'être présent pendant tout son procès revêt une grande importance. Le juge Martin de la Cour d'appel a reconnu, dans l'arrêt *R. v. Hertrich, Stewart and Skinner* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510, que ce droit fondamental repose sur deux préceptes. D'abord, un accusé a le droit d'entendre la totalité de la preuve produite contre lui de manière à pouvoir présenter une défense pleine et entière. Ensuite, les concepts de l'équité et de la transparence représentent des valeurs fondamentales dans le système de justice criminelle. La présence de l'accusé est requise à toutes les étapes du procès afin qu'il puisse apprendre de première main tout ce qui se passe au cours de l'instance. Il semblerait donc que l'accusé devrait être présent lorsque la décision est prise de libérer un juré pour des raisons de santé. Toutefois, bien qu'il puisse être préférable de procéder ainsi, ce n'est pas absolument nécessaire. Certaines

Some proceedings undertaken in the absence of the accused may be properly excused.

In the *Hertrich* case, Martin J.A. undertook a scholarly review of cases from American jurisdictions. He found that they drew a distinction between those situations where there were allegations of partiality on the part of the juror and those where a juror is discharged on account of hardship or illness. The weight of American authorities concluded that although the accused certainly had the right to be present during any inquiry as to the partiality of a juror, the presence of the accused was not required at hearings pertaining to the discharge of a juror on grounds of hardship or illness. Martin J.A. concluded that the same principle should be applicable in Canada. His review of the authorities and his conclusions on this point were cited with approval by Dickson C.J. in *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694, particularly at pp. 706-7.

In *Hertrich*, Martin J.A. noted that not every communication between the judge and the jury or juror which may occur during the course of the trial is in fact part of that trial. He cited, as an example, that an administrative decision made and announced by the judge in the absence of the accused that lunch or supper would be provided for members of the jury should not constitute a part of the trial. Martin J.A. put the position in these words at p. 529: "... during the course of the trial things may occur that, although in one sense part of the trial, cannot reasonably be considered to be a part of the trial for the purpose of the present principle, because they cannot reasonably be said to have a bearing on the substantive conduct of the trial, or the issue of guilt or innocence." These reasons were cited with approval in *Vézina and Côté v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2.

The appellant argued that the American practice of providing alternate jurors was the real basis for the American decisions. It was contended that since there were no alternate jurors in Canada, that the reasoning of the American authorities

procédures auxquelles on a recours en l'absence de l'accusé peuvent en effet être légitimement excusées.

Dans l'affaire *Hertrich*, le juge Martin fait un examen érudit de la jurisprudence américaine. Ces décisions, constate-t-il, font une distinction entre les situations où l'on taxe un juré de partialité et celles où un juré se fait libérer pour cause de difficultés particulières ou de maladie. La conclusion prépondérante dans la jurisprudence américaine est que l'accusé a certainement le droit d'assister à toute enquête sur la partialité d'un juré, mais que sa présence n'est pas nécessaire aux audiences relatives à la libération d'un juré pour cause de difficultés particulières ou de maladie. Le juge Martin conclut que le même principe devrait s'appliquer au Canada. Sa revue de la jurisprudence et ses conclusions sur ce point sont citées et approuvées par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694, spécialement aux pp. 706 et 707.

Dans l'arrêt *Hertrich*, le juge Martin souligne que ce ne sont pas toutes les communications pouvant avoir lieu entre le juge et le jury ou un juré au cours du procès qui font effectivement partie de ce procès. Il mentionne, à titre d'exemple, que lorsque le juge décide et annonce en l'absence de l'accusé que le dîner ou le souper sera servi aux membres du jury, cette décision administrative ne devrait pas constituer une partie du procès. Le juge Martin explique la situation dans les termes suivants, à la p. 529: [TRADUCTION] «... au cours du procès certains événements peuvent se produire qui, quoique en un sens ils fassent partie du procès, ne peuvent raisonnablement être considérés comme en faisant partie pour les fins du présent principe, parce qu'on ne peut raisonnablement considérer qu'ils ont un effet sur la conduite du procès en soi, ou sur la question de la culpabilité ou de l'innocence.» Ces raisons sont citées et approuvées dans l'arrêt *Vézina et Côté c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2.

L'appelant a soutenu que le véritable fondement des décisions américaines était la pratique, suivie aux États-Unis, de pourvoir des jurés suppléants. Il a fait valoir que, comme il n'existe pas de jurés suppléants au Canada, le raisonnement adopté

should not be applied to our country. I cannot accept that argument. It is not the presence or absence of alternate jurors that is basic to the American cases. Rather, what is fundamental is the conclusion that excusing a juror for reasons of illness or hardship cannot reasonably be said to have a bearing on the substantive conduct of the trial or the guilt or innocence of the accused which is fundamental. It is that principle which is as applicable to Canada as it is to the United States.

In summary, the accused does not have an absolute right to be present at a hearing considering the dismissal of a juror for reasons of health. However, due to the importance of the step, it would be preferable for the trial judge to advise counsel in court and in the presence of the accused of the nature of the health or hardship problem and to invite counsel to make submissions if they wished to do so. The process need not necessarily take on all the trappings of a formal hearing with witnesses required to give evidence under oath on the issue. This could result in unwarranted delays and the infliction of unnecessary hardship on jurors, their families and medical advisors. Rather, an explanation of the problem by the judge with an opportunity given to counsel to make submissions may often suffice. Such a procedure would serve to emphasize the importance of the decision and ensure that careful consideration was given to it.

In this case neither the report of the Sheriff's officer nor the call from Mr. Bishop's doctor to the trial judge constituted a part of the trial which required the presence of the accused. They had nothing to do with establishing the guilt or innocence of the accused, nor did they have a bearing on the substantive conduct of the trial. Further, the transcript discloses that neither Crown counsel nor the experienced counsel acting for the appellant expressed any interest in the trial judge's conducting a hearing with regard to the discharge of Mr. Bishop. Nor did they seek to make any representations with regard to the issue, although

dans la jurisprudence américaine ne devrait pas s'appliquer chez nous. Je ne puis accepter cet argument. Ce n'est ni sur la présence ni sur l'absence de jurés suppléants que reposent les décisions américaines. Ce qui est fondamental est plutôt la conclusion que la libération d'un juré pour cause de maladie ou de difficultés particulières ne peut raisonnablement être considérée comme influant sur la conduite du procès en soi ou sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. C'est là un principe qui s'applique tout autant au Canada qu'aux États-Unis.

En résumé, l'accusé ne jouit pas d'un droit absolu d'être présent à une audience tenue pour examiner s'il y a lieu de libérer un juré pour des raisons de santé. Toutefois, vu l'importance d'une telle mesure, il vaudrait mieux que le juge du procès informe les avocats, en cour et en présence de l'accusé, de la nature du problème de santé ou des difficultés particulières et qu'il les invite à présenter des observations s'ils le désirent. Il n'est pas nécessaire que ce processus comporte toutes les formalités d'une audience en règle où des témoins sont tenus de déposer sous serment relativement à la question, car cela pourrait entraîner des retards injustifiés et causer inutilement des difficultés aux jurés, à leurs familles et à leurs conseillers médicaux. Au contraire, il peut suffire dans bien des cas que le juge explique le problème et qu'il donne aux avocats la possibilité de présenter des observations. Un tel procédé permettrait de souligner l'importance de la décision tout en garantissant qu'elle ne soit prise qu'au terme d'un examen consciencieux.

En l'espèce, ni le rapport de l'officier du shérif ni l'appel téléphonique du médecin de M. Bishop au juge du procès ne constituait une partie du procès nécessitant la présence de l'accusé. Ils n'avaient rien à voir avec l'établissement de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé, pas plus qu'ils n'influaient sur la conduite du procès en soi. De plus, il ressort de la transcription que ni le substitut du procureur général ni l'avocat d'expérience qui agissait pour le compte de l'appelant ne s'est dit intéressé à ce que le juge du procès tienne une audience relativement à la libération de M. Bishop. Ils n'ont pas demandé non plus à présenter

they had an opportunity to do so. Although this is not determinative of the question, it is a factor which can be taken into account.

It follows that in all the circumstances the failure to hold a formal hearing with regard to the discharge was not fundamental to the conduct of the trial and this ground of appeal cannot be accepted.

Allegations of Bribery

The appellant takes the position that Crown counsel improperly cross-examined the appellant and Gonzalez as to whether Chambers had bribed Gonzalez in order to obtain his favourable testimony. The appellant contends that Crown counsel had no basis for such a cross-examination and, as a result, that it was improper. He argued that the trial judge ought to have prohibited it or at least charged the jury as to the impropriety of the Crown's conducting such a cross-examination.

This contention should not be accepted. There was a sound basis for the Crown's pursuing this line of cross-examination. It will be remembered that the position of the appellant was that, although he appeared to agree to the conspiracy and his words and actions indicated his active participation to the co-conspirators, he never intended to participate in the scheme. This approach put the appellant's credibility in issue.

It must be borne in mind that Gonzalez had been attacked, had suffered a serious injury to his mouth and had been robbed of a quantity of cocaine at the Atlanta Airport. Gonzalez stated that he suspected that Chambers was responsible for this attack and robbery. He also knew of Chambers' obsession with Pocius. Yet, despite all of this, he still came to Vancouver to testify on Chambers' behalf. The day after he testified, Gonzalez was then driven to the border by the appellant. Almost \$10,000 was found hidden on Gonzalez's person. The circumstances are bizarre. Gonzalez's desire to assist the appellant seems, in the circumstances, somewhat incredible. In light of

des observations sur cette question, quoiqu'ils aient eu la possibilité de le faire. Bien que cela ne soit pas déterminant, c'est un facteur qui peut être pris en considération.

^a Il s'ensuit, dans les circonstances, que l'omission de tenir une audience en règle relativement à la libération du juré ne revêtait pas une importance fondamentale pour la conduite du procès et ce moyen d'appel ne saurait être retenu.

Les allégations de subornation

Selon l'appellant, le substitut du procureur général a agi irrégulièrement en demandant à l'appellant et à Gonzalez, au cours de leur contre-interrogatoire, si Chambers avait suborné Gonzalez afin qu'il témoigne en sa faveur. L'appellant prétend que le substitut du procureur général n'était aucunement justifié de procéder à de tels contre-interrogatoires et qu'ils étaient en conséquence entachés d'irrégularité. Le juge du procès, a-t-il soutenu, aurait dû les interdire ou, à tout le moins, donner au jury des directives concernant l'inopportunité pour le ministère public de procéder à ces contre-interrogatoires.

Cet argument ne doit pas être retenu. Le ministère public avait des motifs valables de procéder à ce genre de contre-interrogatoire. Rappelons que, d'après l'appellant, bien qu'il ait paru acquiescer au complot et que ses paroles et ses gestes aient été de nature à faire croire aux coconspirateurs à sa participation active, il n'a jamais eu l'intention d'y participer. C'est là un argument qui mettait en cause la crédibilité de l'appellant.

Il ne faut pas oublier que Gonzalez avait été attaqué, gravement blessé à la bouche et délesté d'une quantité de cocaïne à l'aéroport d'Atlanta. Celui-ci a dit soupçonner que Chambers était à l'origine de l'agression et du vol. De plus, il le savait obsédé par Pocius. Pourtant, en dépit de tout cela, il est allé à Vancouver témoigner en faveur de Chambers. Le lendemain de sa déposition, l'appellant l'a conduit à la frontière. On a trouvé caché sur Gonzalez presque 10 000 \$. Les faits sont bizarres. Le désir de Gonzalez d'aider l'appellant semble dans les circonstances plutôt invraisemblable. Compte tenu de cette situation, il était certainement raisonnable que le ministère

that background, it was certainly reasonable for the Crown to infer that bribery might be involved and it was thus proper to cross-examine Gonzalez and Chambers in this regard.

The credibility of Chambers and of Gonzalez was fundamentally important to the defence put forward by the appellant. It was quite proper to permit the Crown to proceed with the impugned cross-examination and for the jury to draw such inferences from the facts as they deemed appropriate. Further, the Crown stated to the members of the jury in his closing address in a manner, perhaps unduly favourable to the defence, that pursuant to the collateral evidence rule he had no alternative but to accept the answers given by the witnesses and could not seek to prove them false. This remark, erroneous though it may have been, certainly must have reduced any impact the cross-examination may have achieved. This ground of appeal thus cannot be accepted. I will refer later to the necessity of giving directions to the jury on this issue under the heading evidence of bad character.

Alleged Inflammatory Conduct of the Case by Crown Counsel

(a) *Crown Only Calls Witnesses of Truth*

In his address to the jury, Crown counsel stated that the Crown only calls witnesses that, in the opinion of Crown counsel, can be relied upon to give truthful testimony. Further, he said that while the Crown can only call truth tellers, it is different for the defence.

The majority reasons in the Court of Appeal properly referred to this unfortunate remark as an "unfounded claim" and a "nonsensical assertion". There can be no doubt that it was improper for Crown counsel to express a personal opinion as to the veracity of the witnesses. It would have been preferable if the trial judge had so advised the jury. Yet, perfection in a charge can neither be expected nor required. In any event, the trial judge did instruct the jury that it was their exclusive

public infère qu'il ait pu y avoir subornation et, cela étant, Gonzalez et Chambers pouvaient légitimement être contre-interrogés à ce sujet.

^a La crédibilité de Chambers et de Gonzalez revêtait une importance capitale pour le moyen de défense avancé par l'appellant. Il était donc tout à fait légitime de permettre au ministère public de ^b procéder au contre-interrogatoire attaqué et le jury pouvait tout aussi légitimement tirer des faits les conclusions qu'il jugeait appropriées. Qui plus est, le substitut du procureur général a dit aux jurés dans son exposé final, peut-être dans des termes ^c indûment favorables à la défense, qu'en raison de la règle de la preuve incidente il ne pouvait faire autrement qu'accepter les réponses des témoins et ne pouvait essayer d'en prouver la fausseté. Cette ^d observation, pour erronée qu'elle ait pu être, a certainement dû atténuer tout effet qu'a pu avoir le contre-interrogatoire. Ce moyen d'appel ne saurait donc être retenu. Quant à la nécessité de ^e donner au jury des directives sur cette question, j'en traiterai ultérieurement sous la rubrique de la preuve de mauvaise moralité.

L'allégation selon laquelle le substitut du procureur général a mené l'affaire d'une façon incendiaire

^f a) *Le ministère public ne cite que des témoins véridiques*

^g Dans son exposé au jury, le substitut du procureur général a affirmé que le ministère public ne cite que des témoins sur lesquels, de l'avis du substitut, on peut compter pour dire la vérité. Il a ajouté que si le ministère public ne peut citer que des témoins véridiques, il n'en va pas de même de ^h la défense.

ⁱ Cette malheureuse observation est à juste titre qualifiée dans les motifs de la majorité en Cour d'appel de [TRADUCTION] «déclaration sans fondement» et d'[TRADUCTION] «assertion dénuée de sens». Il ne fait aucun doute que le substitut du procureur général ne pouvait légitimement exprimer une opinion personnelle sur la véracité des ^j témoins. Il eût été préférable que le juge du procès en avise le jury. On ne doit cependant pas s'attendre à ce qu'un exposé au jury atteigne à la perfec-

province to make findings of fact and in the course of that function to assess the credibility of witnesses. This was sufficient to overcome the unfortunate statements of Crown counsel. This submission cannot be accepted.

(b) *Crown Counsel Indicated That He Did Not Believe the Testimony of the Appellant*

In cross-examination of the appellant, Crown counsel asked him whether his evidence was truthful. The appellant responded that it was. Crown counsel then said, "Let's move on. But don't think for a moment I accept that." This comment was clearly inappropriate and it was recognized as such by the Court of Appeal. Yet, it must be placed in context. The cross-examination continued for several days. The effect of this comment must have been diluted by the sheer volume of questions. Further, Crown counsel in his address advised the jury that his opinion should not be taken into account by them.

Nonetheless, the appellant argued that one remark of the trial judge stressed the significance of the opinions of counsel. At one point in his charge he stated:

Certainly I would think that you should give careful consideration to any opinions expressed by me or by counsel regarding the evidence, but you are quite entitled to disagree with our opinions or our recollections of the evidence.

The appellant's submission on this point places an unwarranted emphasis on one unfortunate comment by Crown counsel and a small portion of the charge taken out of context. There is nothing objectionable in these words of the trial judge. It cannot be forgotten that the trial judge carefully and properly instructed the jury that they were to make the findings of fact and in so doing to assess the credibility of the witnesses. The appellant's submission that these improprieties of the Crown counsel, coupled with the trial judge's failure to instruct the jury with regard to them, constitutes

tion ni exiger qu'il le fasse. De toute façon, le juge du procès a dit aux jurés qu'il leur appartenait exclusivement de tirer des conclusions de fait et, dans l'exercice de cette fonction, d'apprécier la ^a crédibilité des témoins. Voilà qui suffisait pour neutraliser l'effet des déclarations malheureuses du substitut du procureur général. Cet argument ne saurait en conséquence être retenu.

b) *Le substitut du procureur général a indiqué qu'il n'ajoutait pas foi au témoignage de l'appellant*

En contre-interrogeant l'appellant, le substitut du procureur général lui a demandé s'il disait la ^c vérité. L'appellant a répondu par l'affirmative. Le substitut du procureur général a alors dit [TRADUCTION] «Passons. Mais n'allez surtout pas croire que j'accepte cela.» Cette observation, nettement hors de propos, a été reconnue comme tel par ^d la Cour d'appel. On doit toutefois la situer dans son contexte. Le contre-interrogatoire a duré plusieurs jours. L'effet de l'observation a donc dû être dilué simplement en raison du grand nombre des ^e questions. De plus, le substitut du procureur général a indiqué aux jurés dans son exposé qu'ils ne devaient pas tenir compte de son opinion.

L'appellant a néanmoins fait valoir qu'une des ^f observations du juge du procès souligne l'importance des opinions des avocats. Le juge dit en effet à un moment donné dans son exposé:

[TRADUCTION] Je crois certainement que vous devriez prendre sérieusement en considération les opinions ^g exprimées par moi ou par les avocats relativement à la preuve, mais vous êtes parfaitement en droit de ne pas partager nos avis et de ne pas accepter notre souvenir de la preuve.

L'argument de l'appellant sur ce point insiste ^h indûment sur une déclaration malheureuse du substitut du procureur général et sur une petite partie de l'exposé du juge au jury prise hors de son contexte. Il n'y a rien à redire à ces propos tenus ⁱ par le juge du procès. On ne saurait oublier que ce dernier a pris soin, à juste titre, de dire aux jurés qu'il leur appartenait de tirer les conclusions de fait et, en ce faisant, d'apprécier la crédibilité des ^j témoins. L'argument de l'appellant selon lequel ces irrégularités commises par le substitut du procureur général, ajoutées à l'omission du juge du

irreversible error cannot be accepted. In the circumstances of this case, it cannot be said that they amounted to a miscarriage of justice and it is appropriate to apply s. 613(1)(b)(iii).

Evidence of Bad Character

The appellant takes the position that the trial judge erred in failing to direct the jury with regard to the limited use that it could make of evidence of bad character. Specifically, it is argued that the trial judge ought to have instructed the jury that evidence of bad character could only be used in assessing credibility and not as a basis for determining that, because of the evidence of bad character, the appellant was a person likely to have committed the offence with which he was charged.

The evidence called by the Crown consisted in large part of intercepted conversations between the appellant and the co-conspirators. Those conversations indicated that Chambers used drugs himself; that he committed adultery; that he was quite prepared to bribe the Attorney General of Panama in order to obtain the release of prisoners in Panama; and that if the bribery failed he would encourage his mistress Pocius to seduce the Attorney General to obtain the release of Barudin and Gonzalez. There was as well the cross-examination of Gonzalez and Chambers which suggested that the appellant had bribed Gonzalez to testify. The appellant concedes that this evidence was admissible as going to credibility. I would add that it may also have been properly admitted as evidence going to the background of the conspiracy itself as well as going to the association and relationships which existed among the co-conspirators. Nonetheless, the question remains whether the trial judge erred in failing to charge the jury as to the restricted use that they could make of that evidence.

There can be no doubt that if evidence of an accused's bad character is admitted, it should as a general rule only be considered on the issue of the

procès de donner au jury des directives s'y rapportant, constitue une erreur donnant lieu à réformation, ne peut être retenu. Dans les circonstances qui se présentent en l'espèce, on ne saurait affirmer qu'une erreur judiciaire en a résulté et il convient d'appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii).

La preuve de mauvaise moralité

L'appelant allègue que le juge du procès a commis une erreur en omettant de donner au jury des directives concernant l'usage limité qu'il pouvait faire de la preuve de mauvaise moralité. Il soutient plus précisément que le juge du procès aurait dû dire au jury que la preuve de mauvaise moralité ne pouvait être utilisée qu'aux fins d'apprécier la crédibilité et non pour fonder une conclusion que l'appelant était une personne susceptible d'avoir commis l'infraction dont il était inculpé.

La preuve produite par le ministère public se composait en grande partie des conversations interceptées qui avaient eu lieu entre l'appelant et les coconspirateurs. Il s'en dégageait que Chambers consommait lui-même des stupéfiants, qu'il était adultère, qu'il était tout à fait prêt à soudoyer le procureur général du Panama afin d'obtenir la mise en liberté de détenus dans ce pays, et que si cette tentative de corruption échouait il allait encourager sa maîtresse Pocius à séduire le procureur général pour obtenir la libération de Barudin et de Gonzalez. En outre, il semblait ressortir des contre-interrogatoires de Gonzalez et de Chambers que ce dernier avait eu recours à la subornation afin d'amener Gonzalez à témoigner. L'appelant convient que cette preuve était admissible quant à la question de la crédibilité. J'ajouterais qu'il se peut qu'elle ait été légitimement admise à titre de preuve se rapportant aux détails du complot lui-même ainsi qu'à l'association des coconspirateurs et aux rapports existant entre eux. Reste néanmoins à déterminer si c'est à tort que le juge du procès a omis de donner aux jurés des directives quant à l'usage limité qu'ils pouvaient faire de cette preuve.

Il ne fait aucun doute que si une preuve de la mauvaise moralité d'un accusé est admise, elle ne doit en règle générale être prise en considération

accused's general credibility and not as a basis for determining guilt or innocence. It follows that a jury should be instructed that they cannot use the evidence of bad character in order to conclude that the accused is a bad person and therefore more likely to have committed the offence charged. See, for example, *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193 (Ont. C.A.). In my view the trial judge ought to have given such instructions. However, in this case that failure does not constitute a reversible error.

It will be remembered that the appellant conceded that he appeared to be a member of the conspiracy. It would have appeared so to his co-conspirators or to a bystander listening to the conversations. Thus his position as an apparent conspirator was not in issue and the evidence of bad character could not go towards establishing his membership in the conspiracy. The evidence may have indicated that Chambers was not a pleasant person nor one likely to be put forward as an example of moral virtue. However, once Chambers conceded that he gave every outward appearance of entering into the conspiracy, then the evidence of bad character could not have been used to determine that issue.

The evidence thus could only have been used by the jury in considering the appellant's credibility. This was a permissible use of the evidence. It would certainly have been preferable if the jury had been instructed as to the limited use they could make of the evidence. However, in the particular circumstances of this case, namely that the appellant's credibility was the only issue at trial, no miscarriage of justice could have been occasioned by the failure to charge on this issue. Accordingly, this ground of appeal cannot be accepted.

The Right to Silence

As a result of the dissenting reasons given by Lambert J.A., this issue is raised by the appellant as of right.

The appellant submits that it was imperative in this case that the trial judge instruct the jury with

que relativement à la question de la crédibilité générale de l'accusé et non pas pour justifier une conclusion quant à la culpabilité ou à l'innocence. Il s'ensuit que le juge doit dire au jury qu'il ne peut se fonder sur la preuve de mauvaise moralité pour conclure que l'accusé est une mauvaise personne qui, en conséquence, est plus susceptible d'avoir commis l'infraction reprochée. Voir, par exemple, *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193 (C.A. Ont.). À mon avis, le juge du procès aurait dû donner de telles directives. L'omission de le faire ne constitue toutefois pas en l'espèce une erreur donnant lieu à réformation.

Rappelons que l'appellant a reconnu qu'il paraissait associé au complot. C'est ce qu'auraient cru ses coconspirateurs ou quelqu'un qui écoutait leurs conversations. Sa situation de conspirateur apparent n'était donc pas en cause et la preuve de mauvaise moralité ne pouvait servir à établir sa participation au complot. Il a pu se dégager de la preuve que Chambers n'était pas une personne agréable ni vraisemblablement une personne qu'on présenterait comme un modèle de vertu. Toutefois, du moment que Chambers reconnaissait qu'il avait fait en sorte que l'on croie qu'il s'associait au complot, la preuve de mauvaise moralité ne pouvait être utilisée pour trancher cette question.

Par conséquent, le jury n'aurait pu se servir de cette preuve qu'aux fins de l'appréciation de la crédibilité de l'appelant. C'était là une utilisation permise de la preuve en question. Il eût certes été préférable qu'on donne au jury des directives sur l'usage limité qu'il pouvait en faire. Cependant, dans les circonstances particulières de la présente affaire, à savoir que la crédibilité de l'appelant constituait l'unique question en litige au procès, l'omission de donner des directives sur cette question n'a pu entraîner d'erreur judiciaire. Ce moyen d'appel ne peut en conséquence être retenu.

Le droit de garder le silence

Par suite des motifs de dissidence du juge Lambert de la Cour d'appel, cette question est soulevée par l'appelant de plein droit.

Selon l'appelant, il fallait absolument en l'espèce que le juge du procès donne au jury des directives

regard to the appellant's right to silence. This is the crucial issue in this case, particularly in light of the manner in which it arose during the trial.

During the course of his testimony the appellant gave evidence as to his arrangement with Kuko to rob Gonzalez of the cocaine before he flew to Vancouver. In response to a question, Chambers volunteered that he had never discussed his Kuko arrangements with anyone until several months before his second trial was to commence. Since the appellant had himself raised this issue, Crown counsel attempted to demonstrate that the evidence regarding Kuko was a recent concoction. He began his attack in this way:

Q. Let me be plain, Mr. Chambers. I'm suggesting to you that your defence is a contrived one, it's a lie. This didn't happen the way you've described it, and you've been fine-tuning a defence for the last six years and you came up with this Kuko idea, this Kuko idea at the last moment?

A. That's not so, Mr. DeBou.

Later in the trial Crown counsel continued the attack and asked the appellant why he had not made a statement when he was arrested.

Q. Mr. Chambers, if that's the case, why did you not tell the authorities as soon as you were arrested that it may look bad, but you have an explanation for why it looks so bad. Why didn't you?

A. Mr. DeBou, as a lawyer I would never talk to the authorities under any condition where they've laid conspiracy charges and arrested a whole bunch of people.

Still later, Crown counsel asked the appellant as to why he had not made statements to persons in authority before the trial.

concernant le droit de l'appellant de garder le silence. Voilà la question cruciale qui se pose ici, particulièrement compte tenu de la manière dont elle a été soulevée au procès.

a

Au cours de sa déposition, l'appellant a témoigné concernant l'arrangement pris entre lui et Kuko en vue de voler la cocaïne à Gonzalez avant qu'il ne prenne l'avion pour Vancouver. En réponse à une question, Chambers a affirmé spontanément qu'il n'avait jamais discuté avec qui que ce soit de ses arrangements avec Kuko, si ce n'est quelques mois avant le début de son deuxième procès. Comme l'appellant avait lui-même soulevé ce point, le substitut du procureur général a tenté de démontrer que le preuve relative à Kuko était une invention récente. Il a lancé son attaque de la manière suivante:

d

[TRADUCTION]

Q. Je serai franc avec vous, M. Chambers. Je vous dis que votre défense a été forgée de toutes pièces; c'est un mensonge. Cela ne s'est pas passé de la façon dont vous l'avez décrit et vous avez mis au point une défense pendant les six dernières années et cette histoire de Kuko, cette histoire de Kuko vous est venue à l'esprit au dernier moment?

f R. Ce n'est pas vrai, M^e DeBou.

Plus tard au cours du procès, le substitut du procureur général est revenu à la charge et a demandé à l'appellant pourquoi il n'avait pas fait de déclaration lors de son arrestation.

g

[TRADUCTION]

Q. M. Chambers, si c'est le cas, pourquoi n'avez-vous pas dit aux autorités dès votre arrestation que les choses paraissaient mal, mais que vous pouviez en fournir une explication? Pourquoi ne l'avez-vous pas fait?

h

R. DeBou, en tant qu'avocat je ne parlerais jamais aux autorités dans une situation où elles ont porté des accusations de complot et où elles ont arrêté tout un groupe de gens.

i

Encore plus tard, le substitut du procureur général a demandé à l'appellant pourquoi il n'avait pas fait de déclaration à des personnes en autorité avant le procès.

j

Q. Isn't this the first time, sir, in court, in these proceedings that you've actually told someone in authority your story about what happened?

MR. RUBIN: I think that's totally inaccurate. My friend knows the history of it. If you want to go through it with the jury out, I will, but this has been canvassed before in court. There was a severance application in court and all sorts of matters.

MR. DEBOU: My friend is quite wrong. This is an improper objection, I think, my lord.

MR. RUBIN: Maybe it should be done in the absence of the jury.

MR. DEBOU: He's interfering with cross-examination now. He's not referring to a statement of Martin Chambers. I'm asking specifically is this the first time that Martin Chambers—

THE COURT: That was the question. Whether or not Mr. Chambers—this was the first time Mr. Chambers has.

MR. RUBIN: But that's not a question.

THE COURT: That's the question that was asked.

MR. RUBIN: All right.

MR. DEBOU: Isn't that correct?

THE COURT: And I don't know if that was in error. I thought you objected to that. Do you say that was wrong?

MR. RUBIN: I'm objecting to the inference that this is the first time the explanation has been offered, but I'll leave the witness to answer. I'm sorry, I apologize.

MR. DEBOU:

Q. Mr. Chambers, isn't it the first time that you have told someone in authority the true story of what happened from your standpoint?

A. Yes.

Later, the following transpired:

Q. . . . Mr. Chambers, when was it that you first raised this whole subject of Kuko with anyone? Maybe you don't understand that question? I'm referring to the subject of you arranging for Kuko to take down the drugs at the Atlanta airport. When was it that you first raised that topic with him?

[TRANUCTION]

Q. N'est-ce pas la première fois, Monsieur, ici devant la cour, dans le cadre de la présente instance, que vous racontez à quelqu'un en autorité votre version des événements?

a

M^e RUBIN: Je crois que cela est tout à fait inexact. Mon confrère connaît l'histoire. Si vous voulez la passer en revue en l'absence du jury, j'y consens, mais elle a déjà été discutée à fond en cour. La cour a entendu une demande de procès séparé et toutes sortes d'autres questions.

b

M^e DEBOU: Mon confrère a complètement tort. Je crois, votre seigneurie, qu'il s'agit d'une objection irrégulière.

c

M^e RUBIN: Peut-être que cela devrait se faire en l'absence du jury.

M^e DEBOU: Il s'immisce maintenant dans le contre-interrogatoire. Il ne se réfère pas à une déclaration de Martin Chambers. Je demande explicitement si c'est la première fois que Martin Chambers . . .

d

LA COUR: C'était là la question. Si M. Chambers—si c'est la première fois que M. Chambers a . . .

e

M^e RUBIN: Mais ce n'est pas une question.

LA COUR: C'est la question qui a été posée.

M^e RUBIN: Très bien.

f

M^e DEBOU: N'est-ce pas exact?

LA COUR: Et je ne sais pas si c'était là une erreur. Je croyais que c'était à cela que vous vous opposiez. Prétendez-vous que c'était erroné?

g

M^e RUBIN: Je conteste l'inférence que c'est la première fois que l'explication a été offerte, mais je laisse au témoin le soin de répondre. Je suis désolé, je m'excuse.

h

M^e DEBOU:

Q. M. Chambers, n'est-ce pas la première fois que vous avez raconté à une personne en autorité la vraie histoire de ce qui s'est passé d'après vous?

R. Oui.

i

Plus tard, les propos suivants ont été échangés:

Q. . . . M. Chambers, c'est quand la première fois que vous avez mentionné à quelqu'un cette histoire de Kuko? Vous ne comprenez peut-être pas la question? Je fais allusion au fait que vous vous seriez arrangé pour que Kuko s'empare des stupéfiants à l'aéroport d'Atlanta. Quand est-ce que vous lui avez mentionné cela pour la première fois?

j

A. With my counsel.

Q. When, was the question, sir?

A. Prior to 19—prior to my trial in 1983. Probably at about the—I can't tell you exactly, but it would have been somewhere in relationship to the severance application I guess.

MR. DEBOU: But, again, is it fair to say that you didn't raise it with anyone in authority, police, crown counsel, up until this trial started here?

MR. RUBIN: I have an objection to that question, my lord. It can be dealt with later in the absence of the jury or now; it's up to your lordship when you want to deal with it. I have an objection. In the past I've tried not to interrupt my friend.

THE COURT: Does it have something to do with a definition of a person in authority?

MR. RUBIN: Well it's—I have an objection to it that has to be dealt with in the absence of the jury. I'm at your leisure whether we do it now or later.

THE COURT: The jury will be excused.

What follows is of great importance. When the jury retired, defence counsel objected strenuously for two hours to the line of questioning. The trial judge reserved ruling on the issue. The issue was raised again as the time approached for the appellant's counsel to re-examine him, a matter of considerable significance. Documentary evidence was available which demonstrated that five years earlier, on his severance application, Chambers had indicated that he would put forward the defence that although he had pretended to participate, he never had any intention of becoming a party to the conspiracy. It is not clear from the portions of the transcript made available to us whether the evidence pertaining to Kuko was made known to the Crown at the time of the severance application. From the transcript of counsel's submission, it does appear that the Crown was at least aware of the Kuko story in January before the trial began on February 6. It may have become apparent from the transcript of the evidence of Gonzalez taken on commission before he was granted immunity and testified at the trial. In any event, it was made clear to the Crown years before the commencement of the trial that Chambers would

R. À mon avocat.

Q. Je vous demande «quand?», Monsieur.

R. Avant 19—avant mon procès en 1983. Probablement vers le—Je ne puis vous le dire exactement, mais c'était relativement à la demande de procès séparé, je crois.

M^e DEBOU: Mais, encore une fois, est-il exact de dire que vous n'en avez pas parlé avec une personne en autorité, un policier ou un avocat du ministère public, avant le début du présent procès?

M^e RUBIN: Je m'oppose à cette question, votre seigneurie. On pourra l'aborder ultérieurement en l'absence du jury ou maintenant. C'est à vous de décider quand vous voulez l'aborder. Je soulève une objection. Jusqu'ici j'ai essayé de ne pas interrompre mon confrère.

LA COUR: L'objection se rapporte-t-elle à la définition d'une personne en autorité?

M^e RUBIN: Bien, elle—Il s'agit d'une objection qui doit être débattue en l'absence du jury. Libre à vous de décider si cela doit se faire immédiatement ou plus tard.

LA COUR: Que le jury se retire.

Ce qui a suivi revêt une importance capitale. Quand le jury s'est retiré, l'avocat de la défense s'est opposé énergiquement pendant deux heures au genre de questions posées. Le juge du procès a mis ce point en délibéré. Fait très important, la question a été soulevée de nouveau au moment où l'appelant devait être réinterrogé par son avocat. On disposait d'une preuve documentaire qui démontrait que cinq ans auparavant, dans le cadre de sa demande de procès séparé, Chambers avait indiqué qu'il alléguerait pour sa défense qu'il avait certes fait semblant de participer au complot, mais qu'il n'avait jamais eu l'intention de s'y associer. Il n'est pas certain à la lecture des parties de la transcription qui nous ont été présentées si la preuve relative à Kuko avait été communiquée au ministère public lors de la demande de procès séparé. D'après la transcription des plaidoiries de l'avocat, le ministère public paraît à tout le moins avoir été au courant de l'histoire de Kuko en janvier, avant le procès qui a débuté le 6 février. Cela a pu ressortir de la transcription du témoignage de Gonzalez recueilli par voie de commission rogatoire avant que l'immunité ne lui soit accordée et qu'il ne vienne témoigner au procès.

be putting forward his defence of double intent. Thus the defence could not be considered to have been recently concocted.

Eventually Crown counsel appeared to agree with the position taken by counsel for the appellant. Both counsel requested the trial judge to direct the jury to ignore completely the questions and answers given pertaining to the appellant's silence not only on the issue of guilt or innocence, but also with respect to the issue of the appellant's credibility. The trial judge undertook to give these directions. It was on this basis that defence counsel advised that he would not re-examine the appellant with respect to the issues arising from his right to silence. Although the trial judge confirmed that it was his responsibility to give these instructions to the jury, he neglected to do so. Neither counsel reminded him of his undertaking at the completion of the charge. Counsel must share with the trial judge the responsibility for the omission of this important direction. The remaining question is whether the omission constitutes a reversible error.

It is now well recognized that there is a right to silence which can properly be exercised by an accused person in the investigative stages of the proceedings. The basis of the right was enunciated by Lamer J., as he then was, in his dissenting reasons in *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 683, in these words:

In Canada the right of a suspect not to say anything to the police is not the result of a right of no self-crimination but is merely the exercise by him of the general right enjoyed in this country by anyone to do whatever one pleases, saying what one pleases or choosing not to say certain things, unless obliged to do otherwise by law. It is because no law says that a suspect, save in certain circumstances, must say anything to the police that we say that he has the right to remain silent, which is a positive way of explaining that there is on his part no legal obligation to do otherwise.

Quoi qu'il en soit, on a fait clairement savoir au ministère public plusieurs années avant le début du procès que Chambers invoquerait son moyen de défense fondé sur la double intention. Il s'ensuit ^a que ce moyen de défense ne pouvait être considéré comme une invention récente.

Le substitut du procureur général a finalement ^b paru se rallier au point de vue de l'avocat de l'appellant. Les deux avocats ont demandé au juge du procès de dire au jury de faire complètement abstraction des questions et des réponses relatives au silence de l'appellant, non seulement sur la ^c question de la culpabilité ou de l'innocence mais également sur celle de la crédibilité de l'appellant. Le juge du procès s'est engagé à donner ces directives. C'est pour ce motif que l'avocat de la défense a dit qu'il ne réinterrogerait pas l'appellant sur les ^d questions touchant son droit de garder le silence. Quoique le juge du procès ait confirmé qu'il lui incombait de donner ces directives au jury, il a négligé de le faire. Ni l'un ni l'autre avocat ne lui a ^e rappelé son engagement à la fin de son exposé au jury. Les avocats doivent donc partager avec le juge du procès la responsabilité de l'omission de donner cette directive importante. Voilà qui nous amène à la question de savoir si cette omission ^f constitue une erreur donnant lieu à réformation.

Il est maintenant généralement reconnu qu'un inculpé jouit d'un droit de garder le silence qu'il ^g peut légitimement exercer aux stades d'enquête d'une instance. Le fondement de ce droit est énoncé par le juge Lamer (maintenant Juge en chef), dans les motifs de dissidence qu'il a rédigés dans l'affaire *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 ^h R.C.S. 640, à la p. 683:

Au Canada, le droit d'un suspect de ne rien dire à la police ne découle pas d'un droit de ne pas s'incriminer, mais n'est que l'exercice, de sa part, du droit général dont jouit toute personne de ce pays de faire ce qui lui ⁱ plaît, de dire ce qui lui plaît ou de choisir de ne pas dire certaines choses à moins que la loi ne l'y oblige. C'est parce qu'aucune loi ne dit qu'un suspect, sauf dans certaines circonstances, doit dire quelque chose à la ^j police que nous disons qu'il a le droit de garder le silence; c'est une façon positive d'expliquer que la loi ne l'oblige pas à agir autrement.

The importance of the principle was emphasized by Martin J.A. in *R. v. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225 (Ont. C.A.), at p. 227:

It is fundamental that a person charged with a criminal offence has the right to remain silent and a jury is not entitled to draw any inference against an accused because he chooses to exercise that right.

Further the right to silence has now been recognized as a basic tenet of our legal system and as such is a right protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As a basic tenet of our law it falls within the ambit of s. 7 of the *Charter*. See *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531 (Ont. C.A.), and particularly *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151. It follows that an accused person has the right to remain silent at the investigation stage as well as at the trial.

It has as well been recognized that since there is a right to silence, it would be a snare and a delusion to caution the accused that he need not say anything in response to a police officer's question but nonetheless put in evidence that the accused clearly exercised his right and remained silent in the face of a question which suggested his guilt. In *R. v. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385 (Ont. C.A.), this very issue arose and the Court considered whether a police officer's accusation and the subsequent silence of an accused could be admitted in evidence. Dubin J.A., as he then was, dissenting in part, stated at p. 395:

In my opinion the purported resumé of the facts as stated by Inspector Lyle, coupled with the response of "nothing", after being cautioned, was so highly prejudicial that I am not satisfied that the learned trial Judge's instructions to the jury could erase the prejudicial effect which that evidence would have on the jury. I cannot help but feel that most juries would assume that an innocent man would be prompted to deny any false accusations against him, and his failure to do so would tend to prove belief in the truth of the accusations.

He continued later at p. 400:

In the absence of any issue raised by the defence, the mere silence of an accused during police interrogation cannot be said to advance the case for the Crown. It

L'importance de ce principe a été soulignée par le juge Martin dans l'arrêt *R. v. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.), à la p. 227:

[TRADUCTION] Il est fondamental qu'une personne accusée d'une infraction criminelle ait le droit de garder le silence et un jury n'a pas le droit de tirer une conclusion défavorable à l'accusé parce qu'il a choisi d'exercer ce droit.

De plus, le droit de garder le silence est maintenant reconnu comme un principe fondamental de notre système juridique et il bénéficie à ce titre de la protection de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En tant que principe fondamental de notre droit, il relève de l'art. 7 de la *Charte*. Voir *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531 (C.A. Ont.), et particulièrement l'arrêt *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151. Il s'ensuit qu'un inculpé a le droit de garder le silence aussi bien au stade de l'enquête qu'au procès.

Il a été reconnu en outre que, comme il y a un droit de garder le silence, ce serait tendre un piège que de prévenir l'accusé qu'il n'est pas tenu de répondre aux questions du policier, pour ensuite soumettre en preuve que l'accusé s'est manifestement prévalu de son droit en gardant le silence face à une question tendant à établir sa culpabilité. Dans l'affaire *R. v. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385 (C.A. Ont.), on a soulevé précisément cette question et la cour a examiné si l'accusation portée par un policier et le silence subséquent de l'accusé pouvaient être admis en preuve. Le juge Dubin (alors juge de la Cour d'appel), dissident en partie, affirme, à la p. 395:

[TRADUCTION] À mon avis, le prétendu résumé des faits exposés par l'inspecteur Lyle, combiné avec la réponse «rien» donnée à la suite de la mise en garde, était à ce point préjudiciable que je ne suis pas convaincu que l'exposé du juge du procès au jury pouvait neutraliser l'effet préjudiciable de ces éléments de preuve sur le jury. Je ne puis m'empêcher de croire que la plupart des jurys supposeraient qu'un homme innocent serait porté à nier toute fausse accusation portée contre lui, et son omission de le faire tendrait à confirmer la croyance à la véracité des accusations.

Il poursuit, à la p. 400:

[TRADUCTION] En l'absence d'une question soulevée par la défense, le seul silence d'un accusé au cours d'un interrogatoire policier ne saurait être considéré comme

cannot be a step on the way to the proof of the accused's guilt. It, therefore, becomes, in my opinion, irrelevant to any issue at trial. To prove as part of the Crown's case the fact that the accused has exercised his common law right to remain silent would constitute silence a trap if his silence is placed in evidence against him at his trial.

Martin J.A., writing for the majority, agreed that such questions and answers could only be admitted if they were relevant to an issue in the case. However, he disagreed with Dubin J.A. as to whether the statements were relevant in that case. He wrote at p. 420:

Indeed, the learned trial Judge was disposed to rule out that evidence in this case as having no probative value, but for the fact that he ruled that the subsequent statements made by the accused after the caution were admissible as having been made voluntarily. He considered that in such circumstances it was relevant to show that the accused, prior to making those statements, had been cautioned. I agree with the conclusion which he reached.

It was also of great importance to Martin J.A. that the trial judge in that case had, immediately after he admitted the statement and again in his charge, instructed the jury in the clearest of terms that the fact that the accused had remained silent did not lend itself to any adverse inference and could not be used as an inference against him. It was because of the relevance of the statements and the clear warnings given on two occasions by the trial judge that Martin J.A. admitted the statement.

Martin J.A. restated his position in *R. v. Symonds, supra*. In that case the Crown led evidence that the accused had refused to say anything to the police after he had been cautioned. Later, during the cross-examination of the accused, the Crown repeatedly asked him why he had not offered his innocent explanation of the events to the police prior to the trial. The trial judge did not instruct the jury that they should not draw any adverse inference from this evidence. At issue was whether the admission of the evidence and the

favorisant la thèse du ministère public. Cela ne peut constituer un pas vers l'établissement de la culpabilité de l'accusé. Le silence n'a alors aucune pertinence, selon moi, relativement à une question en litige, quelle qu'elle soit. Si le ministère public prouvait notamment que l'accusé a exercé le droit de garder le silence que lui reconnaît la common law, le silence deviendrait un piège du moment qu'il serait produit en preuve contre lui à son procès.

Le juge Martin, s'exprimant au nom de la cour à la majorité, a convenu que de telles questions et réponses ne pourraient être admises en preuve que si elles se rapportaient à une question en litige. Il n'a toutefois pas partagé l'avis du juge Dubin quant à la pertinence des déclarations dans cette affaire. Il écrit, à la p. 420:

[TRADUCTION] En fait, le juge du procès était disposé à exclure ces éléments de preuve en l'espèce pour le motif qu'ils étaient sans valeur probante, sauf qu'il avait déjà conclu que les déclarations faites par l'accusé après la mise en garde étaient admissibles en raison de leur caractère volontaire. Dans ces circonstances, a-t-il estimé, les éléments de preuve en question étaient pertinents aux fins de démontrer que l'accusé avait reçu une mise en garde avant de faire ces déclarations. Je souscris à cette conclusion.

Le juge Martin a également tenu pour très important le fait que le juge du procès dans cette affaire avait, immédiatement après avoir admis la déclaration en preuve et de nouveau dans son exposé, indiqué on ne peut plus clairement au jury qu'aucune conclusion défavorable à l'accusé ne pouvait être tirée du fait qu'il avait gardé le silence. C'était en raison de la pertinence des déclarations et en raison des mises en garde non équivoques faites à deux reprises par le juge du procès que le juge Martin a admis la déclaration en preuve.

Le juge Martin énonce son point de vue encore une fois dans l'arrêt *R. v. Symonds*, précité. Il s'agit là d'une affaire dans laquelle le ministère public a produit des éléments de preuve établissant que l'accusé avait refusé de parler à la police après avoir reçu une mise en garde. Plus tard, en contre-interrogeant l'accusé, le substitut du procureur général lui a demandé à maintes reprises pourquoi il n'avait pas donné à la police avant le procès son explication des événements qui faisait ressortir son innocence. Le juge du procès n'a pas dit au jury

failure of the trial judge to properly instruct the jury constituted a reversible error. At page 227 Martin J.A. wrote:

It is fundamental that a person charged with a criminal offence has the right to remain silent and a jury is not entitled to draw any inference against an accused because he chooses to exercise that right. We think that in the absence of some issue arising in the case which makes the statement of an accused, following the giving of a caution, that he has nothing to say relevant to that issue, such evidence is inadmissible. In the present case there was no issue with respect to which the appellant's failure to reply was relevant and the evidence should not have been tendered: see *R. v. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385, 29 C.R.N.S. 141.

The court directed a new trial.

In my view, unless the Crown can establish a real relevance and a proper basis for their admission, neither the questions by the investigating officers nor evidence as to the ensuing silence of the accused should be admitted.

In the case at bar, the Crown agreed that the trial judge should have instructed the jury that they were to ignore both the questions and the answers. It can therefore be taken that there was no relevant basis for asking these questions. The questions were improper and the evidence inadmissible. The failure of the trial judge to so instruct the jury, pursuant to his undertaking, compounded the error and caused, I fear, irreparable damage to the defence.

Further, I am in agreement with the conclusion of Lambert J.A. that s. 613(1)(b)(iii) cannot be applied to rectify the situation. Without a direction from the trial judge, I would expect that the most reasonable and fair-minded juror might still draw an inference that the appellant should have said something regarding Kuko to persons in authority at the time of his arrest or at least well before trial. A juror could not be expected to understand that in the ordinary course of events neither the questions nor the answers pertaining to

qu'il ne devrait tirer de cet élément de preuve aucune conclusion défavorable. La question en litige était de savoir si l'admission de l'élément de preuve et l'omission du juge du procès de donner au jury des directives appropriées constituaient une erreur donnant lieu à réformation. À la page 227, le juge Martin écrit:

[TRADUCTION] Il est fondamental qu'une personne accusée d'une infraction criminelle ait le droit de garder le silence et un jury n'a pas le droit de tirer une conclusion défavorable à l'accusé parce qu'il a choisi d'exercer ce droit. Nous croyons que cette preuve est inadmissible en l'absence, dans l'affaire, d'une question qui rende pertinente à celle-ci la déclaration d'un accusé qu'il n'a rien à dire suite à la mise en garde. En l'espèce, il n'y avait pas de question à laquelle était pertinente l'omission de répondre de l'appelant et la preuve n'aurait pas dû être présentée: voir *R. v. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385, 29 C.R.N.S. 141.

La cour a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

À mon avis, ni les questions posées par les agents enquêteurs ni la preuve quant au silence de l'accusé face à ces questions ne doivent être admises, à moins que le ministère public ne puisse établir une pertinence réelle et une justification légitime de leur admission.

En l'espèce, le ministère public a convenu que le juge du procès aurait dû dire aux jurés qu'ils ne devaient tenir compte ni des questions ni des réponses. On peut donc considérer qu'il n'y avait aucun motif pertinent de poser ces questions. Les questions étaient déplacées et la preuve inadmissible. L'omission du juge du procès de donner au jury des directives en ce sens, conformément à son engagement, a aggravé l'erreur et, je le crains, a causé à la défense un préjudice irréparable.

En outre, je souscris à la conclusion du juge Lambert de la Cour d'appel qu'on ne saurait recourir au sous-al. 613(1)(b)(iii) pour corriger la situation. Je m'attendrais en effet à ce qu'en l'absence d'une directive du juge du procès, un juré, fût-il le plus raisonnable et le plus impartial, puisse quand même inférer que l'appelant aurait dû dire, lors de son arrestation ou du moins bien avant le procès, quelque chose au sujet de Kuko à des personnes en autorité. On ne pouvait s'attendre à ce qu'un juré comprenne que, dans le cours normal

situations where the right to silence applied should be admitted. In those circumstances it would be impossible for the Crown to establish, as it must, that despite the error the result must necessarily be the same. See *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739.

The circumstances of this trial aggravated the effect of the omission. Based upon the judge's undertaking to charge with regard to the subject, counsel for the defence did not re-examine. That re-examination in itself might have had a significant effect. It would have demonstrated that the appellant had disclosed his proposed defence some years before the trial. The absence of the re-examination, coupled with the failure to give the requisite instructions on the subject, could only have resulted in a significant injustice. The jury were deprived of the evidence that would establish that the so-called double intent defence to which the "Kuko" evidence related was not of recent concoction. As a result of the Crown's cross-examination, the jury could well have been left with the erroneous impression that Chambers was under a duty to disclose the Kuko story to a person in authority. The failure to disclose a defence of alibi in a timely manner may be considered in assessing the credibility of that defence but that is a unique situation. As a general rule there is no obligation resting upon an accused person to disclose either the defence which will be presented or the details of that defence before the Crown has completed its case. There was clearly no obligation resting upon the appellant to disclose either his defence of double intent or the Kuko story to the Crown or anyone in authority. The failure to correct such an impression by direction from the trial judge rendered the right to silence a snare of silence for the appellant. Without any direction to ignore these questions and answers, it is impossible to say that the verdict would necessarily have been the same.

Defence counsel failed to object to the omission. Such a failure to object can properly be taken into

des choses, ni les questions ni les réponses se rapportant à des situations dans lesquelles s'applique le droit de garder le silence ne devraient être admises en preuve. Dans ces circonstances, il serait impossible au ministère public de prouver, comme il doit le faire, qu'en dépit de l'erreur l'issue serait nécessairement la même. Voir *Colpitts v. The Queen*, [1965] R.C.S. 739.

^b L'effet de l'omission a été aggravé par les circonstances de ce procès. Compte tenu de l'engagement du juge de donner des directives à ce sujet, l'avocat de la défense n'a pas procédé à un réinterrogatoire. Ce réinterrogatoire lui-même aurait pu avoir un effet important. Il aurait démontré que l'appellant avait révélé quelques années avant le procès le moyen de défense qu'il entendait invoquer. L'absence de réinterrogatoire, conjuguée à l'omission de donner les directives qui s'imposaient à cet égard, n'a pu qu'entraîner une grave injustice. Le jury a été privé d'éléments de preuve qui auraient établi que le moyen de défense dit de la double intention auquel se rapportait la preuve relative à «Kuko» n'était pas une invention récente. Par suite du contre-interrogatoire mené par le ministère public, le jury aurait bien pu croire, à tort, que Chambers était tenu de relater l'histoire de Kuko à une personne en autorité. L'omission de révéler en temps utile un moyen de défense d'alibi peut être prise en considération en appréciant la crédibilité de ce moyen de défense, mais c'est là un cas exceptionnel. En règle générale, l'accusé n'est pas tenu de divulguer le moyen de défense qu'il invoquera ni les détails de ce moyen de défense, avant que le ministère public n'ait terminé la présentation de sa preuve. L'appellant n'était manifestement pas tenu de révéler au ministère public ou à une personne en autorité son moyen de défense fondé sur la double intention ni l'histoire de Kuko. L'omission du juge du procès de donner des directives écartant toute impression contraire a fait du droit de garder le silence un piège pour l'appellant. Il est impossible de dire qu'en l'absence d'une directive de ne pas tenir compte de ces questions et réponses le verdict rendu aurait nécessairement été le même.

^j L'avocat de la défense ne s'est pas opposé à l'omission. C'est là un facteur pouvant légitime-

account in assessing the gravity of the omission and the consequences that should be attached to it. However, such a failure can never be solely determinative of the issue, and should not be a bar to directing a new trial in a case such as this where a significant injustice has been occasioned. A new trial should be ordered in this case.

It is not without considerable regret that I reach this conclusion. The trial was lengthy. The conduct of the trial judge throughout the long case was exemplary. Much of the charge was beyond reproach. Nonetheless, the failure to charge on this issue in the circumstances of the case constituted a serious miscarriage of justice that requires the direction of a new trial.

Disposition

In the result, the appeal is allowed and a new trial ordered.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the reasons of my colleague Justice Cory and, with respect, I cannot agree with his disposition of this appeal. While I fully agree with his reasons on the first four issues which he thoroughly canvassed, I find myself unable to concur with my colleague's analysis and disposition of the last ground of appeal raised, which concerns the accused's allegation that his right to silence was violated and that such violation cannot be cured by the application of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, (now s. 686(1)(b)(iii)).

On that issue, I adopt the reasoning of Esson J.A. (now C.J.S.C.) in the Court of Appeal (1989), 47 C.C.C. (3d) 503. In the particular circumstances of this case, and in the context in which this matter arose, I agree that the accused was not unfairly prejudiced by the objectionable questioning and the absence of direction to the

ment être pris en considération aux fins d'apprécier la gravité de l'omission et de déterminer les conséquences qu'elle devrait entraîner. Cette seule omission ne peut toutefois jamais être déterminante et elle ne devrait pas venir empêcher que la tenue d'un nouveau procès soit ordonnée dans un cas comme celui-ci où une injustice grave a été causée. Il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès en l'espèce.

Ce n'est pas sans passablement de regret que j'arrive à cette conclusion. Le procès a été très long. Du début à la fin, la conduite du juge a été exemplaire. La majeure partie de son exposé au jury est irréprochable. Néanmoins, l'omission de donner des directives sur cette question constitue, dans les circonstances de la présente affaire, une erreur judiciaire grave qui nécessite une ordonnance de nouveau procès.

Dispositif

En définitive, le pourvoi est accueilli et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Cory et, en toute déférence, je ne saurais être d'accord avec la façon dont il propose de trancher ce pourvoi. Quoique je partage entièrement son opinion sur les quatre premières questions en litige qu'il a examinées à fond, je ne peux souscrire à l'analyse et à la conclusion de mon collègue relativement au dernier moyen d'appel qui a trait à l'allégation de l'accusé que son droit au silence a été violé et qu'il ne saurait être remédié à cette violation par application du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le sous-al. 686(1)(b)(iii)).

Sur cette question j'adopte les motifs du juge Esson (maintenant juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique) en Cour d'appel (1989), 47 C.C.C. (3d) 503. En raison des circonstances particulières de l'espèce et du contexte dans lequel cette affaire a pris naissance, je suis d'accord pour dire que l'accusé n'a pas subi de préjudice indu par suite de l'interrogatoire irrégulier et de l'absence de directive au jury sur ce point

jury on this particular point. As Esson J.A. stated at p. 560:

The objectionable question, that as to why Chambers did not tell the authorities of the explanation as soon as he was arrested, was neatly placed in its proper context by Chamber's [*sic*] answer to the effect that as a lawyer he knew that it would be futile to talk to authorities who had just laid conspiracy charges and arrested him under those charges.

There were, on the following day, one or two further questions touching on the failure to say anything after arrest but Crown counsel shortly desisted from that line of inquiry. When the jury came to deliberate more than a month later, it may have seen some significance in Chamber's [*sic*] own evidence in direct that he had not told anyone this strange story until shortly before the second trial. That was a proper matter for their consideration. But it was in my view beyond the bounds of reasonable possibility that the jury attached significance to the questions relating to silence after arrest. Given the great length of time, and the mounds of evidence and argument which had been piled up between the time of the offending question and the judge's charge, it may well have been an act of charity to the accused to say nothing. The fact that defence counsel made no objection to the judge's failure to give the promised direction is an indication that, by that stage, it had ceased to be anything like a live issue in the eyes of anyone.

I am in respectful agreement with this position. As a result, I cannot conclude that there has been a substantial wrong or miscarriage of justice in the circumstances. This is therefore an appropriate case to apply s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* on this issue, as did the Court of Appeal.

Accordingly I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Thomas R. Berger, Vancouver.

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

particulier. Comme l'a exprimé le juge Esson, à la p. 560:

[TRADUCTION] La question irrégulière, soit pourquoi Chambers n'a pas fourni d'explication aux autorités dès qu'il a été arrêté, a été bien située dans son contexte propre par la réponse de Chambers selon laquelle, en tant qu'avocat, il savait qu'il serait futile de parler aux autorités qui venaient tout juste de déposer des accusations de complot et de l'arrêter en vertu de ces accusations.

Il y a eu, le lendemain, une ou deux autres questions concernant son silence après l'arrestation, mais le substitut du procureur général a rapidement mis fin à ce genre de questions. Lorsqu'il a délibéré plus d'un mois plus tard, le jury a pu attacher une certaine importance au témoignage de Chambers au cours de l'interrogatoire principal, suivant lequel il n'avait raconté cette étrange histoire à personne si ce n'est peu avant le second procès. C'était un point que le jury était en droit d'apprécier. Mais, à mon avis, il n'est pas raisonnablement possible que le jury ait attaché de l'importance aux questions relatives au silence après l'arrestation. Étant donné le très long intervalle écoulé et la montagne d'éléments de preuve et d'arguments qui se sont accumulés entre le moment de la question irrégulière et l'exposé du juge, cela peut bien être par charité envers l'accusé qu'il n'a rien dit. Le fait que l'avocat de la défense n'ait formulé aucune objection à l'omission du juge de donner la directive promise montre qu'à ce stade elle avait cessé d'être une question brûlante pour qui que ce soit.

En toute déférence, je suis d'accord avec cette position. Tout bien considéré, je ne puis conclure qu'un tort important a été causé ou qu'une erreur judiciaire grave a été commise dans ces circonstances. Il s'agit donc d'un cas où il convient d'appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*, comme l'a fait la Cour d'appel.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.

Procureur de l'appelant: Thomas R. Berger, Vancouver.

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

Wally Fries Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: CANADA v. FRIES

File No.: 21570.

1990: November 1.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — Computation of income — Appellant receiving from his union strike pay equivalent to his normal net take-home pay during period he was on strike — Whether strike pay to be included in appellant's income — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 3(a).

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 3(a).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1989] 3 F.C. 362, 99 N.R. 208, 89 D.T.C. 5240, [1989] 1 C.T.C. 471, affirming a judgment of the Federal Court, Trial Division, [1985] 2 F.C. 378, 85 D.T.C. 5579, [1986] 1 C.T.C. 4, reversing the Tax Review Board's decision (1983), 83 D.T.C. 117, [1983] C.T.C. 2124, that strike pay was not to be included in appellant's income. Appeal allowed.

Brian Scherman and James Nugent, for the appellant.

Ian MacGregor and Max Weder, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J.—The judgment of the Court will be delivered by Justice Sopinka.

* Chief Justice at the time of judgment.

Wally Fries Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

a

RÉPERTORIÉ: CANADA c. FRIES

N° du greffe: 21570.

1990: 1^{er} novembre.

b

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

c

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

d

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — L'appellant a reçu de son syndicat une allocation de grève équivalant à son salaire net normal pendant qu'il était en grève — L'allocation de grève doit-elle être incluse dans le revenu de l'appellant? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 3a).

Lois et règlements cités

e

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 3a).

f

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1989] 3 C.F. 362, 99 N.R. 208, 89 D.T.C. 5240, [1989] 1 C.T.C. 471, qui a confirmé un jugement de la Cour fédérale, Section de première instance, [1985] 2 C.F. 378, 85 D.T.C. 5579, [1986] 1 C.T.C. 4, qui avait infirmé la décision de la Commission de révision de l'impôt (1983), 83 D.T.C. 117, [1983] C.T.C. 2124, selon laquelle il ne fallait pas inclure l'allocation de grève dans le revenu de l'appellant. Pourvoi accueilli.

h

Brian Scherman et James Nugent, pour l'appellant.

Ian MacGregor et Max Weder, pour l'intimée.

i

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

j

LE JUGE EN CHEF LAMER—Le jugement de la Cour sera rendu par le juge Sopinka.

* Juge en chef à la date du jugement.

SOPINKA J.—We are not satisfied that the payments by way of strike pay in this case come within the definition of “income . . . from a source” within the meaning of s. 3 of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63. In these circumstances the benefit of the doubt must go to the taxpayers. The appeal is therefore allowed and the decision of the Tax Review Board is restored. The appellant is to have his costs throughout.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Balfour, Moss, Milliken, Laschuk, Regina.

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

LE JUGE SOPINKA—Nous ne sommes pas convaincus que les paiements sous forme d'allocation de grève constituent en l'espèce un «revenu [. . .] dont la source» au sens de l'art. 3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63. Dans ces circonstances, ce doute doit profiter aux contribuables. Le pourvoi est donc accueilli et la décision de la Commission de révision de l'impôt est rétablie. L'appelant a droit à ses dépens dans toutes les cours.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Balfour, Moss, Milliken, Laschuk, Regina.

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

American Farm Bureau Federation *Appellant*

v.

Canadian Import Tribunal *Respondent*

and

**Ontario Corn Producers' Association,
Manitoba Corn Growers Association Inc. and
Fédération des producteurs de cultures
commerciales du Québec** *Interveniers*

and

**British Columbia Division, Canadian Feed
Industry Association, British Columbia
Turkey Association and B.C. Chicken
Growers Association** *Interveniers*

and between

**St. Lawrence Starch Company Limited,
Casco Company, Nacan Products Limited
and King Grain (1985) Limited** *Appellants*

v.

Canadian Import Tribunal *Respondent*

and

**Ontario Corn Producers' Association,
Manitoba Corn Growers Association Inc. and
Fédération des producteurs de cultures
commerciales du Québec** *Interveniers*

and

**British Columbia Division, Canadian Feed
Industry Association, British Columbia
Turkey Association and B.C. Chicken
Growers Association** *Interveniers*

INDEXED AS: NATIONAL CORN GROWERS ASSN. v.
CANADA (IMPORT TRIBUNAL)

File Nos.: 21366, 21368.

1990: March 29; 1990: November 8.

American Farm Bureau Federation
Appelante

c.

^a **Tribunal canadien des importations** *Intimé*

et

^b **Ontario Corn Producers' Association,
Manitoba Corn Growers Association Inc. et
Fédération des producteurs de cultures
commerciales du Québec** *Intervenantes*

et

^c **Division de la Colombie-Britannique de
l'Association canadienne des industries de
Palimentation animale, British Columbia
Turkey Association et B.C. Chicken Growers
Association** *Intervenantes*

^d

et entre

^e **St. Lawrence Starch Company Limited,
Casco Company, Nacan Products Limited et
King Grain (1985) Limited** *Appelantes*

c.

Tribunal canadien des importations *Intimé*

^f et

^g **Ontario Corn Producers' Association,
Manitoba Corn Growers Association Inc. et
Fédération des producteurs de cultures
commerciales du Québec** *Intervenantes*

et

^h **Division de la Colombie-Britannique de
l'Association canadienne des industries de
Palimentation animale, British Columbia
Turkey Association et B.C. Chicken Growers
Association** *Intervenantes*

ⁱ RÉPERTORIÉ: NATIONAL CORN GROWERS ASSN. c.
CANADA (TRIBUNAL DES IMPORTATIONS)

N^{os} du greffe: 21366, 21368.

1990: 29 mars; 1990: 8 novembre.

Present: Chief Justice Dickson* and Chief Justice Lamer** and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Administrative law — Judicial review — Canadian Import Tribunal — Subsidizing of grain corn in U.S. — Tribunal holding that subsidies causing or likely to cause material injury to Canadian production — Whether Tribunal's decision patently unreasonable — Interpretation of s. 42 of Special Import Measures Act, S.C. 1984, c. 25 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.

Statutes — Interpretation — Canadian legislation enacted to implement Canada's GATT obligations — Whether Canadian Import Tribunal may refer to GATT to interpret Canadian legislation — Special Import Measures Act, S.C. 1984, c. 25, s. 42.

Customs and excise — Subsidies and countervailing duties — Subsidization of grain corn in U.S. — Whether subsidies causing or likely to cause material injury to Canadian production — Interpretation of s. 42 of Special Import Measures Act, S.C. 1984, c. 25.

Pursuant to s. 42 of the *Special Import Measures Act* ("SIMA"), the Canadian Import Tribunal conducted an inquiry respecting the importation into Canada of grain corn originating in or exported from the U.S. From the evidence, the majority of the Tribunal was persuaded that the dramatic decline in the international price for grain corn, which corresponded to the American price, was in large measure a direct consequence of U.S. policies and programs. Because of the open nature of the Canadian market, the low prices of American subsidized corn were transferred to Canada, with substantial adverse effect on Canadian producers. The Tribunal concluded that the subsidizing of importations into Canada of U.S. grain corn has caused, is causing and is likely to cause material injury to the production in Canada of like goods, and that a countervailing duty could accordingly be imposed. In interpreting s. 42 of SIMA, the majority of the Tribunal consulted the terms of the GATT Subsidies Code and adopted a broad interpretation of the Canadian legislation, one which took into account in the determination of the material injury not only the actual imports but also the potential

* Chief Justice at the time of hearing.

** Chief Justice at the time of judgment.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

a

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Tribunal canadien des importations — Subventionnement du maïs-grain aux É.-U. — Le Tribunal a conclu que les subventions causaient ou étaient susceptibles de causer un préjudice sensible à la production canadienne — La décision du Tribunal est-elle manifestement déraisonnable? — Interprétation de l'art. 42 de la Loi sur les mesures spéciales d'importation, S.C. 1984, ch. 25 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10, art. 28.

b

Législation — Interprétation — Loi canadienne adoptée pour remplir les obligations du Canada découlant du GATT — Est-il loisible au Tribunal canadien des importations de se référer au GATT pour interpréter la loi canadienne? — Loi sur les mesures spéciales d'importation, S.C. 1984, ch. 25, art. 42.

c

Douanes et accise — Subventions et droits compensateurs — Subventionnement du maïs-grain aux É.-U. — Les subventions causaient-elles ou étaient-elles susceptibles de causer un préjudice sensible à la production canadienne? — Interprétation de l'art. 42 de la Loi sur les mesures spéciales d'importation, S.C. 1984, ch. 25.

d

Le Tribunal canadien des importations a mené, conformément à l'art. 42 de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation* («LMSI»), une enquête relative à l'importation au Canada de maïs-grain originaire ou exporté des États-Unis. Se fondant sur les témoignages reçus, la majorité des membres du Tribunal ont été persuadés que la baisse spectaculaire du prix international du maïs-grain, qui correspondait au prix américain, était dans une large mesure une conséquence directe des politiques et des programmes américains. Comme le marché canadien est ouvert, les faibles prix du maïs américain subventionné se sont répercutés au Canada et ont eu des conséquences fâcheuses d'envergure pour les producteurs canadiens. Le Tribunal a conclu que le subventionnement des importations au Canada de maïs-grain américain a causé, cause et est susceptible de causer un préjudice sensible à la production au Canada de marchandises similaires et que des droits compensateurs pouvaient donc être imposés. En interprétant l'art. 42 de la LMSI, les membres majoritaires du Tribunal se sont référés aux termes du Code des subventions du GATT et ont donné à la disposition canadienne une interprétation

e

f

g

h

i

j

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

** Juge en chef à la date du jugement.

imports that would certainly ensue absent a price response by Canadian producers. The Federal Court of Appeal dismissed appellants' applications, under s. 28 of the *Federal Court Act*, to review and set aside the Tribunal's decision. These appeals are to determine whether the decision of the Canadian Import Tribunal is patently unreasonable so as to warrant this Court's intervention pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*.

Held: The appeals should be dismissed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: Although s. 28 of the *Federal Court Act* is broad in scope, the courts, in the presence of a privative clause, will only interfere with the findings of a specialized tribunal where it is found that the decision of that tribunal cannot be sustained on any reasonable interpretation of the facts or of the law. Here, s. 76 of *SIMA* provides that the Tribunal's decision, with certain limited exceptions, is final and conclusive. Given this provision, this Court will only interfere with the Tribunal's ruling if it acted outside the scope of its mandate by reason of its conclusions being patently unreasonable.

The Tribunal acted within the scope of its mandate and made no error of law or of fact which would warrant this Court's intervention. First, it was not patently unreasonable for the Tribunal to give consideration to the terms of the *GATT* in interpreting s. 42 of *SIMA*. Since the Canadian legislation was designed to implement Canada's *GATT* obligations, it is reasonable for a tribunal to examine the domestic law in the context of the relevant agreement to clarify any uncertainty. Indeed, where the text of the domestic law lends itself to it, one should also strive to expound an interpretation which is consonant with the relevant international obligations. Further, it is reasonable to make reference to an international agreement at the very outset of the inquiry to determine if there is any ambiguity, even latent, in the domestic legislation.

Second, in applying s. 42 of *SIMA*, it was not patently unreasonable for the Tribunal to conclude that reliance could be placed on potential as well as actual imports. The goods to which s. 42 refers are "imported" subsidized goods. The section provides that the Tribunal must determine if the subsidization "is likely to cause material injury". Aside from the text of s. 42 itself, Rule 36 of the Tribunal's Rules of Procedure directs the Tri-

large qui tenait compte, aux fins de déterminer s'il y avait eu préjudice sensible, non seulement des importations réelles mais aussi des importations éventuelles qui s'ensuivraient certainement si les producteurs canadiens n'ajustaient pas leurs prix. La Cour d'appel fédérale a rejeté les requêtes que les appelantes ont présentées, conformément à l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, en vue d'obtenir l'examen et l'annulation de la décision du Tribunal. Les pourvois visent à déterminer si la décision du Tribunal canadien des importations est manifestement déraisonnable de manière à justifier l'intervention de notre Cour conformément à l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Arrêt: Les pourvois sont rejetés.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: Bien que la portée de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* soit large, lorsqu'il y a une clause privative les tribunaux judiciaires ne toucheront aux conclusions d'un tribunal spécialisé que s'il est jugé que la décision de celui-ci ne saurait être maintenue selon une interprétation raisonnable des faits ou du droit. En l'espèce, l'art. 76 de la *LMSI* prévoit que, sauf certaines exceptions limitées, la décision du Tribunal est définitive. Compte tenu de cette disposition, la Cour ne touchera à la décision du Tribunal que si ce dernier a outrepassé sa compétence en arrivant à des conclusions manifestement déraisonnables.

Le Tribunal a agi conformément à sa compétence et n'a commis aucune erreur de droit ou de fait pouvant justifier l'intervention de la Cour. En premier lieu, il n'était manifestement pas déraisonnable pour le Tribunal de tenir compte des termes du *GATT* en interprétant l'art. 42 de la *LMSI*. Comme la loi canadienne était destinée à faire en sorte que soient remplies les obligations du Canada découlant du *GATT*, il est raisonnable qu'un tribunal examine la loi nationale dans le contexte de la convention pertinente afin d'obtenir les éclaircissements voulus. En fait, lorsque le texte de la loi nationale s'y prête, on devrait en outre s'efforcer d'adopter une interprétation qui soit compatible avec les obligations internationales en question. De plus, il est raisonnable de se référer à une convention internationale dès l'ouverture de l'enquête pour déterminer si la loi nationale renferme une ambiguïté, fût-elle latente.

En deuxième lieu, il n'était pas manifestement déraisonnable que le Tribunal conclue qu'en appliquant l'art. 42 de la *LMSI* il pouvait prendre en considération aussi bien les importations éventuelles que les importations réelles. Les marchandises visées par l'art. 42 sont des marchandises subventionnées «importées». Cet article prévoit que le Tribunal doit déterminer si le subventionnement «est susceptible de causer un préjudice sensible».

bunal to “examine . . . the actual and potential volume of the . . . subsidized goods imported into Canada”. Given these requirements, it was reasonable for the Tribunal to consider that the potential for increased imports properly formed part of its inquiry. Further; the *GATT* Code, in particular Article 6, provides broad guidelines for assessing “material injury” and there is nothing in that Code to forbid that notice be taken of potential imports in a case such as this. Since, because of the potential for a great influx of relatively cheap imports the domestic price is determined by that of actual imports, it was not unreasonable for the Tribunal to conclude that the *GATT* Code allowed it to consider the potential for substantial loss of market share. Under Article 6, account may be taken of price undercutting and all relevant economic factors including actual as well as potential decline in profits, productivity, sales and market share. These criteria could reasonably be interpreted as encompassing, in a case such as this one, consideration of the strong potential for increased amounts of subsidized imports. Finally, having regard to the broad wording of the *GATT* Code provisions, it was not unreasonable and was therefore open to the Tribunal to make a finding of material injury even in the absence of an increase in the amount of imports.

Third, the Tribunal’s conclusion that American subsidization of imports had caused, was causing and was likely to cause material injury to Canadian producers was not patently unreasonable. There was evidence before the Tribunal which supports its finding of a causal link between the American price and the injury to the Canadian market. It was not unreasonable for the Tribunal to infer in this case, given the open nature of the Canadian market and given that the United States is the only viable source for imports, that American stocks not used for domestic consumption would have flowed into Canada in greater amounts. It could reasonably assume that Canadian buyers would purchase the products at issue at the lowest price available, and that, absent an appropriate price response by Canadian producers, a significant amount of American goods would penetrate the Canadian market.

Outre le texte de l’art. 42 lui-même, l’art. 36 des règles de procédure du Tribunal oblige celui-ci à «considérer [. . .] le volume réel et éventuel de marchandises [. . .] subventionnées qui ont été importées au Canada». Vu ces exigences, il était raisonnable que le Tribunal considère la possibilité d’accroissement des importations comme un facteur dont il convenait de tenir compte dans le cadre de son enquête. En outre, le Code du *GATT*, en particulier son article 6, établit des lignes directrices générales pour l’appréciation du «préjudice sensible» et le Code ne s’oppose nullement à ce que les importations éventuelles soient prises en considération dans un cas comme celui qui se présente en l’espèce. Puisqu’en raison de la possibilité d’une affluence importante d’importations relativement bon marché le prix sur le marché intérieur est déterminé par celui des importations réelles, il n’était pas déraisonnable pour le Tribunal de conclure que le Code du *GATT* lui permettait de prendre en considération la possibilité d’une perte importante de part du marché. Aux termes de l’article 6, on peut tenir compte de la sous-cotation du prix et de tous les éléments économiques pertinents, dont la diminution effective et aussi potentielle des profits, de la productivité, des ventes et de la part du marché. Ces critères pouvaient raisonnablement être interprétés comme permettant, dans une affaire comme celle-ci, de tenir compte de la forte possibilité d’un accroissement des importations subventionnées. Enfin, compte tenu de la formulation générale des dispositions du Code du *GATT*, il n’était pas déraisonnable pour le Tribunal de conclure à l’existence d’un préjudice sensible même en l’absence d’un accroissement des importations, et il lui était donc loisible de le faire.

En troisième lieu, la conclusion du Tribunal que le subventionnement des importations par les Américains avait causé, causait et était susceptible de causer un préjudice sensible aux producteurs canadiens n’était pas manifestement déraisonnable. On avait produit devant le Tribunal des éléments de preuve justifiant sa conclusion à l’existence d’un lien de causalité entre le prix américain et le préjudice causé au marché canadien. Il n’était pas déraisonnable que le Tribunal infère en l’espèce, compte tenu de la nature ouverte du marché canadien et étant donné que les États-Unis sont la seule source viable d’importations, que les stocks américains qui n’étaient pas consommés dans ce pays seraient entrés au Canada en plus grande quantité. Il pouvait raisonnablement supposer que les acheteurs canadiens se procureraient au plus bas prix possible les produits en cause et qu’en l’absence d’un ajustement approprié des prix par les producteurs canadiens, une quantité importante de marchandises américaines envahirait le marché canadien.

Per Dickson C.J. and Lamer C.J. and Wilson J.: In a long line of decisions on the question of judicial review, this Court made it clear that it should not interfere with a specialized tribunal's interpretation of its constitutive legislation where the interpretive exercise was one that was within the tribunal's area of expertise and where the impugned interpretation was not patently unreasonable. Where the matter at issue is one which falls within the administrative tribunal's jurisdiction, the "reasonableness" test still remains the appropriate standard of review. In applying the "reasonableness" test, however, one must begin not with the question whether the tribunal's conclusions are patently unreasonable, but rather with the question whether the tribunal's interpretation of the provisions in its constitutive legislation is patently unreasonable. If the tribunal has not interpreted its constitutive statute in a patently unreasonable fashion, the process of judicial review should come to an end. The courts must not then proceed to a wide ranging review of whether the tribunal's conclusions are unreasonable.

Here, this Court should not interfere with the Canadian Import Tribunal's interpretation of s. 42 of *SIMA*. The Tribunal concluded that s. 42 covered situations in which Canadian producers are forced to lower prices in order to keep subsidized goods out of the Canadian market. The interpretation of s. 42 is a matter that falls clearly within the Tribunal's jurisdiction and range of expertise and its interpretation is not "so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation". In *SIMA*, the terms "subsidy" and "subsidized goods" are defined in very broad terms and the definition of "material injury" cannot be said to preclude the "broader" interpretation of s. 42(1) that the Tribunal favoured. If the Tribunal's interpretation is one that the legislature concludes is not in Canada's interests or is not consistent with Canada's international obligations, then it is for the legislature to amend *SIMA* to provide narrower definitions of the terms used in the relevant provision. It was not open to this Court to consider any additional issues.

Cases Cited

By Gonthier J.

Applied: *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; **referred to:** *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commis-*

Le juge en chef Dickson, le juge en chef Lamer et le juge Wilson: Dans une longue série d'arrêts portant sur le contrôle judiciaire, notre Cour a indiqué clairement qu'elle ne devrait pas toucher à l'interprétation donnée par un tribunal spécialisé à sa loi constitutive lorsque l'acte d'interprétation relevait de la spécialité du tribunal et que l'interprétation attaquée n'était pas manifestement déraisonnable. Quand le point en litige ressortit au tribunal administratif, c'est le critère du «caractère raisonnable» qui demeure la norme à appliquer en matière de contrôle judiciaire. En appliquant le critère du «caractère raisonnable», toutefois, on doit commencer par se demander non pas si les conclusions du tribunal sont manifestement déraisonnables, mais bien si ce tribunal a interprété d'une manière manifestement déraisonnable les dispositions de sa loi constitutive. Si le tribunal n'a pas donné à sa loi constitutive une interprétation manifestement déraisonnable, cela devrait mettre fin au processus de contrôle judiciaire. Les cours ne doivent pas alors entreprendre une étude approfondie de la question de savoir si les conclusions du tribunal sont déraisonnables.

En l'espèce, notre Cour ne devrait pas toucher à l'interprétation qu'a donnée le Tribunal canadien des importations à l'art. 42 de la *LMSI*. Le Tribunal a conclu que l'art. 42 visait les situations où les producteurs canadiens se voient contraints de baisser leurs prix afin d'exclure du marché canadien les marchandises subventionnées. L'interprétation de l'art. 42 relève manifestement de la compétence et de la spécialité du Tribunal et son interprétation n'est pas «déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente». Dans la *LMSI*, les définitions des expressions «subvention» et «marchandises subventionnées» sont très générales et on ne peut prétendre que la définition de l'expression «préjudice sensible» exclut l'interprétation «large» du par. 42(1) qu'a préférée le Tribunal. Si le législateur conclut que l'interprétation du Tribunal ne sert pas les intérêts du Canada ou qu'elle est incompatible avec les obligations internationales du Canada, il lui appartient alors de modifier la *LMSI* pour donner aux termes employés dans la disposition pertinente des définitions moins générales. Il n'était pas loisible à la Cour d'examiner des questions supplémentaires.

Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

Arrêt appliqué: *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; **arrêts mentionnés:** *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodif-*

sion), [1989] 1 S.C.R. 1722; *Schavernoch v. Foreign Claims Commission*, [1982] 1 S.C.R. 1092; *Japan Electrical Manufacturers Association v. Anti-dumping Tribunal*, [1982] 2 F.C. 816; *British Steel Corp. v. U.S.*, 6 I.T.R.D. 1065 (1984).

By Wilson J.

Applied: *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; **referred to:** *Port Arthur Shipbuilding Co. v. Arthurs*, [1969] S.C.R. 85; *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] S.C.R. 425; *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 W.L.R. 163; *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382; *Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720*, [1980] 1 S.C.R. 178; *Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245; *Alberta Union of Provincial Employees, Branch 63 v. Board of Governors of Olds College*, [1982] 1 S.C.R. 923; *Teamsters Union, Local 938 v. Massicotte*, [1982] 1 S.C.R. 710; *Canada Labour Relations Board v. Halifax Longshoremen's Association*, [1983] 1 S.C.R. 245; *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722.

Statutes and Regulations Cited

Agreement on Interpretation and Application of Articles VI, XVI and XXIII of the General Agreement on Tariffs and Trade, Art. 6.
Canadian Import Tribunal Rules, SOR/85-1068, r. 36.
Federal Court Act, R.S.C. 1970, c. 10 (2nd Supp.), s. 28.
General Agreement on Tariffs and Trade, Art. 6(a).
Special Import Measures Act, S.C. 1984, c. 25, ss. 2(1) "material injury", "subsidized goods", "subsidy", 31(1), 38(1), 42, 76(1).

Authors Cited

Arthurs, H. W. "Protection against Judicial Review" (1983), 43 *R. du B.* 277.
 Arthurs, H. W. "Rethinking Administrative Law: A Slightly Dicey Business" (1979), 17 *Osgoode Hall L.J.* 1.

fusion et des télécommunications canadiennes), [1989] 1 R.C.S. 1722; *Schavernoch c. Commission des réclamations étrangères*, [1982] 1 R.C.S. 1092; *Japan Electrical Manufacturers Association c. Tribunal anti-dumping*, [1982] 2 C.F. 816; *British Steel Corp. v. U.S.*, 6 I.T.R.D. 1065 (1984).

Citée par le juge Wilson

Arrêt appliqué: *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; **arrêts mentionnés:** *Port Arthur Shipbuilding Co. v. Arthurs*, [1969] R.C.S. 85; *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] R.C.S. 425; *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 W.L.R. 163; *Union internationale des employés des services, local n° 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382; *Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., local 720*, [1980] 1 R.C.S. 178; *Douglas Aircraft Co. of Canada c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245; *Alberta Union of Provincial Employees, section 63 c. Conseil d'administration de Olds College*, [1982] 1 R.C.S. 923; *Syndicat des camionneurs, section locale 938 c. Massicotte*, [1982] 1 R.C.S. 710; *Conseil canadien des relations du travail c. Association des débardeurs d'Halifax*, [1983] 1 R.C.S. 245; *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722.

Lois et règlements cités

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, art. 6a).
Accord relatif à l'interprétation et à l'application des articles VI, XVI et XXIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, art. 6.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970, ch. 10 (2^e supp.), art. 28.
Loi sur les mesures spéciales d'importation, S.C. 1984, ch. 25, art. 2(1) «marchandises subventionnées», «pré-judice sensible», «subvention», 31(1), 38(1), 42, 76(1).
Règles du Tribunal canadien des importations, DORS/85-1068, art. 36.

Doctrine citée

Arthurs, H. W. «Protection against Judicial Review» (1983), 43 *R. du B.* 277.
 Arthurs, H. W. «Rethinking Administrative Law: A Slightly Dicey Business» (1979), 17 *Osgoode Hall L.J.* 1.

Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1979.

Cane, Peter. *An Introduction to Administrative Law*. Oxford: Clarendon Press, 1986.

Craig, P. P. *Administrative Law*. London: Sweet & Maxwell, 1983.

Craig, P. P. "Dicey: Unitary, Self-Correcting Democracy and Public Law" (1990), 106 *L.Q.R.* 105.

Dicey, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London: MacMillan, 1885.

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

Dussault, René and Louis Borgeat. *Administrative Law: A Treatise*, vol. 4, 2nd ed. Translated by Donald Breen. Toronto: Carswells, 1990.

Evans, J. M. "Developments in Administrative Law: The 1984-85 Term" (1986), 8 *Sup. Ct. L. Rev.* 1.

Evans, J. M. et al. *Administrative Law*, 3rd ed. Toronto: Emond Montgomery Publications Ltd., 1989.

Hewart of Bury, Lord. *The New Despotism*. London: E. Benn Ltd., 1945.

Jennings, Sir Ivor. *The Law and the Constitution*, 5th ed. London: University of London Press, 1959.

Langille, Brian. "Developments in Labour Law: The 1981-82 Term" (1983), 5 *Sup. Ct. L. Rev.* 225.

Langille, Brian. "Judicial Review, Judicial Revisionism and Judicial Responsibility" (1986), 17 *R.G.D.* 169.

Victor, A. Paul. "Injury Determinations by the United States International Trade Commission in Antidumping and Countervailing Duty Proceedings" (1984), 16 *N.Y.U.J. Int'l L. & Pol.* 749.

Wade, Sir William. *Administrative Law*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988.

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1989] 2 F.C. 517, 58 D.L.R. (4th) 642, 92 N.R. 264, 18 C.E.R. 268, dismissing appellants' applications to review and set aside a decision of the Canadian Import Tribunal (1987), 14 C.E.R. 1. Appeals dismissed.

John T. Morin, Q.C., and *Robert W. Staley*, for the appellant American Farm Bureau Federation.

J. L. McDougall, Q.C., *R. C. Heintzman* and *D. H. Pearson*, for the appellants St. Lawrence Starch Co. et al.

No one appeared for respondent.

Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1979.

Cane, Peter. *An Introduction to Administrative Law*. Oxford: Clarendon Press, 1986.

^a Craig, P. P. *Administrative Law*. London: Sweet & Maxwell, 1983.

Craig, P. P. «Dicey: Unitary, Self-Correcting Democracy and Public Law» (1990), 106 *L.Q.R.* 105.

Dicey, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London: MacMillan, 1885.

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

Dussault, René et Louis Borgeat. *Traité de droit administratif*, t. III, 2^e éd. Québec: Presses de l'Université Laval, 1989.

Evans, J. M. «Developments in Administrative Law: The 1984-85 Term» (1986), 8 *Sup. Ct. L. Rev.* 1.

Evans, J. M. et al. *Administrative Law*, 3rd ed. Toronto: Emond Montgomery Publications Ltd., 1989.

^d Hewart of Bury, Lord. *The New Despotism*. London: E. Benn Ltd., 1945.

Jennings, Sir Ivor. *The Law and the Constitution*, 5th ed. London: University of London Press, 1959.

^e Langille, Brian. «Developments in Labour Law: The 1981-82 Term» (1983), 5 *Sup. Ct. L. Rev.* 225.

Langille, Brian. «Judicial Review, Judicial Revisionism and Judicial Responsibility» (1986), 17 *R.G.D.* 169.

Victor, A. Paul. «Injury Determinations by the United States International Trade Commission in Antidumping and Countervailing Duty Proceedings» (1984), 16 *N.Y.U.J. Int'l L. & Pol.* 749.

^f Wade, Sir William. *Administrative Law*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988.

^g POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1989] 2 C.F. 517, 58 D.L.R. (4th) 642, 92 N.R. 264, 18 C.E.R. 268, qui a rejeté les requêtes des appelantes visant à obtenir l'examen et l'annulation d'une décision du Tribunal canadien des importations (1987), 14 C.E.R. 1. Pourvois rejetés.

John T. Morin, c.r., et *Robert W. Staley*, pour l'appelante American Farm Bureau Federation.

J. L. McDougall, c.r., *R. C. Heintzman* et *D. H. Pearson*, pour les appelantes St. Lawrence Starch Co. et autres.

^j

Personne n'a comparu pour l'intimé.

C. J. Michael Flavell and Geoffrey C. Kubrick,
for the interveners Ontario Corn Producers' Asso-
ciation et al.

C. J. Michael Flavell et Geoffrey C. Kubrick,
pour les intervenantes Ontario Corn Producers'
Association et autres.

Gordon B. Greenwood, for the interveners the
British Columbia Division, Canadian Feed Indus-
try Association et al.

^a *Gordon B. Greenwood*, pour les intervenantes la
Division de la Colombie-Britannique de l'Associa-
tion canadienne des industries de l'alimentation
animale et autres.

The reasons of Dickson C.J. and Lamer C.J.
and Wilson J. were delivered by

^b Version française des motifs du juge en chef
Dickson, du juge en chef Lamer et du juge Wilson
rendus par

WILSON J.—I have had the benefit of reading
the reasons of my colleague Justice Gonthier. I am
in agreement that this Court should not interfere
with the Canadian Import Tribunal's interpreta-
tion of s. 42 of the *Special Import Measures Act*,
S.C. 1984, c. 25 (the "Act"), specifically its inter-
pretation of the phrases "subsidizing of the goods"
and "material injury". But I have reached this
conclusion for somewhat different reasons from
those advanced by my colleague.

^c LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les
motifs de mon collègue le juge Gonthier. Comme
lui, j'estime que notre Cour ne devrait pas toucher
à l'interprétation qu'a donnée le Tribunal canadien
des importations à l'art. 42 de la *Loi sur les*
^d *mesures spéciales d'importation*, S.C. 1984, ch. 25
(la «Loi») et, en particulier, à son interprétation
des expressions «subventionnement» des marchan-
dises et «préjudice sensible». Les raisons qui
^e m'amènent à cette conclusion diffèrent quelque
peu cependant de celles exposées par mon collègue.

Like my colleague I take *Canadian Union of*
Public Employees, Local 963 v. New Brunswick
Liquor Corp., [1979] 2 S.C.R. 227 ("C.U.P.E."),
as the starting point for any contemporary discus-
sion of the appropriate standard of review of an
administrative tribunal's interpretation of provi-
sions in its constitutive legislation. In my view,
however, it is not enough simply to refer to that
decision and then proceed to analyze the soundness
of an administrative tribunal's reasoning. We must
understand the context within which *C.U.P.E.* was
decided and the reasons why it has been described
as "one of the most influential judgments in
modern Canadian administrative law": see J. M.
Evans et al., *Administrative Law* (3rd ed. 1989),
at p. 414. Only then will we be in a position to
discuss the appropriate approach to the review of
the decisions of an administrative body like the
Canadian Import Tribunal.

^f À l'instar de mon collègue, je crois que l'arrêt
*Syndicat canadien de la Fonction publique, sec-
tion locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-
Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 («S.C.F.P.»), doit
former le point de départ de toute étude contempo-
raine de la norme qu'il convient d'appliquer à
^g l'examen de l'interprétation donnée par un tribu-
nal administratif à des dispositions de sa loi consti-
tutive. À mon avis, toutefois, il ne suffit pas sim-
plement de se référer à cet arrêt et de procéder
ensuite à l'analyse du bien-fondé du raisonnement
du tribunal administratif. On doit saisir le contexte
dans lequel l'arrêt *S.C.F.P.* a été rendu et les
raisons pour lesquelles il a été décrit comme [TRA-
DUCTION] «l'un des jugements les plus marquants
du droit administratif canadien moderne»: voir J.
M. Evans et autres, *Administrative Law* (3^e éd.
1989), à la p. 414. Ce n'est qu'alors qu'on sera en
mesure d'examiner la façon appropriée d'aborder
ⁱ le contrôle des décisions d'un organisme adminis-
tratif comme le Tribunal canadien des importa-
^j tions.

1. What C.U.P.E. Sought to Leave Behind

It is by now almost universally acknowledged that the impact of A. V. Dicey's description of the "rule of law" on the early history of Anglo-Canadian administrative law was remarkably influential: see, for example, W. Wade, *Administrative Law* (6th ed. 1988), c. 2; P. P. Craig, *Administrative Law* (1983), at p. 29; Evans et al., *op. cit.*, at p. 13; R. Dussault and L. Borgeat, *Administrative Law: A Treatise* (2nd ed. 1990), vol. 4, at p. 29; and H. W. Arthurs, "Rethinking Administrative Law: A Slightly Dicey Business" (1979), 17 *Osgoode Hall L.J.* 1, at p. 7. Dicey's account of the "rule of law" was most succinctly stated in the *Law of the Constitution* (1885) in which he argued that the term had three meanings: see the *Law of the Constitution* (10th ed. 1959), at pp. 202-3. First, "regular law" was supreme and individuals should not be subject to "arbitrary power". Second, the state's officials were as much subject to the "ordinary" law of the land administered by "the ordinary law courts" as other citizens: "the "rule of law" in this sense excludes the idea of any exemption of officials or others from the duty of obedience to the law which governs other citizens or from the jurisdiction of the ordinary tribunals". Third, "the principles of private law have with us been by the action of the courts and Parliament so extended as to determine the position of the Crown and of its servants; thus the constitution is the result of the ordinary law of the land".

Of particular relevance to this appeal are the first two propositions: that "regular law" is supreme and that the state's officials are subject to the jurisdiction of the "ordinary" courts in the same way as any individual. In a particularly incisive article Craig has described the rationale that shaped these propositions and that led Dicey to contend that administrative tribunals should be subject to the jurisdiction of courts: see Craig, "Dicey: Unitary, Self-Correcting Democracy and

1. Ce que l'arrêt S.C.F.P. vise à écarter

Il est maintenant presque universellement reconnu que l'évolution initiale du droit administratif anglo-canadien a été fortement influencée par la description du principe de la [TRADUCTION] «primauté du droit» donnée par A. V. Dicey: voir, par exemple, W. Wade, *Administrative Law* (6^e éd. 1988), ch. 2; P. P. Craig, *Administrative Law* (1983), à la p. 29; Evans et autres, *op. cit.*, à la p. 13; R. Dussault et L. Borgeat, *Traité de droit administratif* (2^e éd. 1989), t. III, à la p. 42; et H. W. Arthurs, «Rethinking Administrative Law: A Slightly Dicey Business» (1979), 17 *Osgoode Hall L.J.* 1, à la p. 7. On trouve l'exposé le plus succinct de la façon dont Dicey concevait le principe de la «primauté du droit» dans *Law of the Constitution* (1885), où il prête à cette expression trois significations: voir *Law of the Constitution* (10^e éd. 1959), aux pp. 202 et 203. Premièrement, le [TRADUCTION] «droit ordinaire» est suprême et les particuliers ne doivent pas être soumis à un [TRADUCTION] «pouvoir arbitraire». Deuxièmement, les fonctionnaires de l'État sont assujettis au même titre que les autres citoyens au droit «ordinaire» du pays appliqué par [TRADUCTION] «des tribunaux ordinaires»; [TRADUCTION] «le principe de la «primauté du droit», ainsi compris, exclut la possibilité d'exempter des fonctionnaires ou d'autres personnes du devoir d'obéir au droit auquel sont assujettis les autres citoyens, ou de les soustraire à la compétence des tribunaux ordinaires». Troisièmement, [TRADUCTION] «les tribunaux et le Parlement ont élargi la portée des principes du droit privé chez nous de manière à déterminer la position de l'État et de ses préposés; la constitution procède donc du droit ordinaire du pays».

Les deux premières propositions selon lesquelles le «droit ordinaire» est suprême et les fonctionnaires de l'État sont assujettis au même titre que n'importe quel particulier à la compétence des tribunaux «ordinaires» sont spécialement pertinentes en l'espèce. Dans un article particulièrement incisif, Craig expose le raisonnement qui sous-tend ces propositions et qui a amené Dicey à prétendre que les tribunaux administratifs devraient être soumis à la compétence des cours de justice: voir

Public Law" (1990), 106 *L.Q.R.* 105. Mr. Craig observes at p. 113:

It is apparent that the execution of the legislative will may require the grant of power to a Minister or administrative agency. Herein lies the modern conceptual justification for non-constitutional review. It was designed to ensure that the sovereign will of Parliament was not transgressed by those to whom such grants of power were made. If authority had been delegated to a Minister to perform certain tasks upon certain conditions, the courts' function was, in the event of challenge, to check that only those tasks were performed and only where the conditions were present. If there were defects on either level, the challenged decision would be declared null. For the courts not to have intervened would have been to accord a "legislative" power to the Minister or agency by allowing them authority in areas not specified by the real legislature, Parliament. The less well-known face of sovereignty, that of parliamentary monopoly, thus demanded an institution to *police* the boundaries which Parliament had stipulated. It was this frontier which the courts patrolled through non-constitutional review.

As guardians of the rule of law it was incumbent on the courts to ensure that any person or body relying on power delegated by the legislature abide by the terms and conditions on which that power was granted. Thus, ministers, agencies and administrative tribunals would have to be able to justify their actions by pointing to specific legislative authority in the same way that any citizen would have to be prepared to show that his or her acts were lawful. Many a scholar and judge embraced this logic with open arms. No one more so than Lord Hewart of Bury who drew a contrast between the "rule of law" and administrative law principles in *The New Despotism* (1945), at p. 37:

Between the "Rule of Law" and what is called "administrative law" (happily there is no English name for it) there is the sharpest possible contrast. One is substantially the opposite of the other.

It is a system which is fundamentally opposed to the English conception of the "Rule of Law", especially as regards exemption from the jurisdiction of the ordinary

Craig, «Dicey: Unitary, Self-Correcting Democracy and Public Law» (1990), 106 *L.Q.R.* 105. Craig fait observer, à la p. 113:

[TRADUCTION] Il appert que l'exécution de la volonté du législateur peut nécessiter l'attribution de pouvoirs à un ministre ou à un organisme administratif. C'est là la justification conceptuelle moderne du contrôle non constitutionnel. Il s'agit d'un contrôle destiné à faire en sorte que la volonté souveraine du Parlement ne soit pas contrariée par les détenteurs de ces pouvoirs. Si on avait délégué à un ministre le pouvoir d'accomplir certaines tâches à certaines conditions, il appartenait aux tribunaux, en cas de contestation, de vérifier si seulement ces tâches avaient été accomplies et seulement en présence des conditions requises. Si la décision contestée était viciée à l'un ou l'autre égard, elle était déclarée nulle. La non-intervention des tribunaux aurait équivalu à accorder au ministre ou à l'organisme administratif un pouvoir «législatif» du fait qu'il leur aurait été permis d'exercer ce pouvoir dans des domaines non précisés par le véritable législateur qu'était le Parlement. L'aspect moins connu de la souveraineté, celui du monopole parlementaire, exigeait en conséquence qu'il y ait une institution chargée de *surveiller* les limites fixées par le législateur. C'est cette frontière que les tribunaux patrouillaient au moyen du contrôle non constitutionnel.

Il incombait aux tribunaux, en leur qualité de gardiens du principe de la primauté du droit, de s'assurer que toute personne ou tout organisme exerçant un pouvoir délégué par le législateur respecte les modalités de cette délégation. Les ministres ainsi que les organismes et tribunaux administratifs devaient donc être en mesure de justifier leurs actes en invoquant une autorisation législative précise, de la même façon que n'importe quel citoyen devait être prêt à démontrer la légalité de ses actes. Cette logique a été adoptée avec enthousiasme par un bon nombre d'auteurs de doctrine et de juges et spécialement par lord Hewart of Bury, qui met en contraste le principe de la «primauté du droit» et les préceptes de droit administratif dans *The New Despotism* (1945), à la p. 37:

[TRADUCTION] Il y a la plus grande différence possible entre le principe de la «primauté du droit» et ce qu'on appelle «le droit administratif» (il n'existe heureusement pas de nom anglais pour le désigner). Ils sont essentiellement à l'opposé l'un de l'autre.

Il s'agit d'un système qui s'oppose fondamentalement à la conception anglaise du principe de la «primauté du droit», particulièrement en ce qui a trait au non-assujet-

legal tribunals, in the case of public officials acting in performance or purported performance of their official duties.

Not surprisingly, the notion that emanations of the state which had received delegated power might be subject to a different standard of review from that imposed on lower courts initially found little favour in the courts. However, as time passed this changed. It came to be recognized that the process of running a modern administrative state required (1) that officials be allowed a certain degree of discretion; and (2) that the countless decisions administrative tribunals are called upon to make should not be subject to the same extensive form of review as the decisions of courts: see, for example, Sir I. Jennings, *The Law and the Constitution* (5th ed. 1959), at pp. 42-62.

Mr. Craig explains that the flaws in classic "rule of law" thinking became more evident as the administrative state evolved:

The philosophy implicit within this traditional model is suspect and only partially evident. Underlying the model is an implicit dislike or distrust of the role adopted by the state which was producing this plethora of administrative institutions and agencies. The vigorous assertion of the supremacy of the ordinary law, and the protection of traditional private rights must be seen against this setting. Control or containment of the bureaucratic organs of the state was at the centre of this philosophy. The emphasis is upon the preservation of administrative power within its proper boundaries. In this endeavour external control through the courts was viewed as the main vehicle for the vindication of private autonomy. The idea that there is an interest in securing the efficacious discharge of regulatory legislation was no part of this model, except in so far as it was viewed as a natural correlative of the proper maintenance of external judicial supervision delimiting the boundaries of the legislative will. [Emphasis added.]

(Craig, "Dicey: Unitary, Self-Correcting Democracy and Public Law", op. cit., at pp. 118-19.)

tissement à la compétence des tribunaux ordinaires dans le cas de fonctionnaires publics qui exercent ou prétendent exercer leurs fonctions officielles.

^a Il n'est pas étonnant que la notion voulant que les émanations de l'État investies d'un pouvoir délégué puissent être soumises à une norme de contrôle différente de celle imposée aux cours inférieures ait été au début plutôt mal accueillie par les tribunaux judiciaires. Cette attitude a cependant changé avec le temps. On a fini par reconnaître que le bon fonctionnement de l'État administratif moderne exigeait (1) que les fonctionnaires jouissent d'un certain pouvoir discrétionnaire et (2) que les innombrables décisions que sont appelés à rendre les tribunaux administratifs ne fassent pas l'objet d'un contrôle aussi poussé que celui auquel sont soumises les décisions judiciaires: voir, ^d par exemple, sir I. Jennings, *The Law and the Constitution* (5^e éd. 1959), aux pp. 42 à 62.

^e Craig explique que les failles de la conception classique du principe de la «primauté du droit» sont devenues plus évidentes au fur et à mesure qu'évo-
luait l'État administratif:

[TRADUCTION] La philosophie que traduit implicitement ce modèle traditionnel est suspecte et n'est que partiellement évidente. Ce qui sous-tend ce modèle est un sentiment implicite de répugnance ou de méfiance à l'égard du rôle que s'était attribué l'État en créant cette pléthore d'institutions et d'organismes administratifs. C'est dans ce contexte que doivent être envisagées l'affirmation énergique de la suprématie du droit ordinaire et la protection des droits privés traditionnels. Au cœur de cette philosophie se trouve le désir de contrôler ou de contenir les organes bureaucratiques de l'État. L'accent est mis sur le maintien du pouvoir administratif dans les limites qui lui sont propres. À cette fin, un contrôle externe, exercé par les tribunaux judiciaires, était considéré comme le principal moyen de protéger l'autonomie des particuliers. L'idée qu'on ait intérêt à assurer l'application efficace d'une mesure de réglementation était étrangère à ce modèle, sauf dans la mesure où cela était perçu comme découlant naturellement du maintien légitime d'une surveillance judiciaire externe servant à définir les limites de la volonté du législateur. [Je souligne.]

^j (Craig, «Dicey: Unitary, Self-Correcting Democracy and Public Law», *loc. cit.*, aux pp. 118 et 119.)

Evidence of a continuing judicial reluctance to accept the proposition that tribunals should not be subject to the same standard of review as courts is seen in some of the judgments of this Court in the late 1960's and early 1970's: see, for example, *Port Arthur Shipbuilding Co. v. Arthurs*, [1969] S.C.R. 85, where this Court overturned an arbitration board's findings without suggesting that the standard of review governing this kind of body was any different from that governing a lower court; and *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] S.C.R. 425 (described as the "high water mark of activist" review in Canada in Evans et al., *op. cit.*, at p. 565), where this Court quashed a labour relations board's decision to grant certification despite the presence of a privative clause. A similar reluctance may be seen in decisions of the House of Lords: see, for example, Lord Reid's reasons in *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 W.L.R. 163, where the House of Lords concluded that a compensation commission's order was a nullity despite the presence of a privative clause because the commission had misinterpreted a provision in its constitutive legislation, a conclusion that led commentators to note that the House of Lords had thereby significantly expanded the limits of judicial review in England: see P. Cane, *An Introduction to Administrative Law* (1986), at p. 52. It seems to me that these decisions reflect a lack of sympathy for the proposition that if administrative tribunals are to function effectively and efficiently, then we must recognize (1) that their decisions are crafted by those with specialized knowledge of the subject matter before them; and (2) that there is value in limiting the extent to which their decisions may be frustrated through an expansive judicial review.

Il se dégage de certains arrêts rendus par notre Cour à la fin des années 60 et au début des années 70 que les cours de justice ont continué à se montrer réticentes à admettre la proposition selon laquelle les tribunaux administratifs ne devraient pas être soumis à la même norme qu'elles en matière de contrôle: voir, par exemple, *Port Arthur Shipbuilding Co. v. Arthurs*, [1969] R.C.S. 85, où notre Cour a écarté la décision d'un conseil d'arbitrage sans indiquer que la norme de contrôle applicable à ce genre d'organisme différait de quelque manière de celle à laquelle était assujettie une cour d'instance inférieure, et *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] R.C.S. 425 (arrêt décrit par Evans et autres, *op. cit.*, à la p. 565, comme le [TRADUCTION] «point culminant» du contrôle «activiste» au Canada), où notre Cour a annulé la décision d'une commission des relations de travail d'accorder l'accréditation en dépit d'une clause privative. On peut constater le même genre de réticence dans les arrêts de la Chambre des lords: voir, par exemple, les motifs de lord Reid dans l'affaire *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 W.L.R. 163, où la Chambre des lords a conclu qu'une ordonnance d'une commission d'indemnisation était nulle malgré l'existence d'une clause privative parce que la commission avait mal interprété une disposition de sa loi constitutive, conclusion qui a amené les commentateurs à souligner que la Chambre des lords avait par là étendu considérablement les limites du contrôle judiciaire en Angleterre: voir P. Cane, *An Introduction to Administrative Law* (1986), à la p. 52. Il me semble que ces arrêts reflètent une certaine antipathie à l'égard de la proposition voulant que si les tribunaux administratifs doivent fonctionner de manière efficace et efficiente, nous devons reconnaître (1) que leurs décisions sont rendues par des spécialistes du domaine dans lequel ils sont appelés à statuer et (2) qu'il est utile de limiter la mesure dans laquelle leurs décisions peuvent être contre-carrées par un contrôle judiciaire de grande envergure.

2. What C.U.P.E. Set Out to Achieve

Canadian courts have struggled over time to move away from the picture that Dicey painted toward a more sophisticated understanding of the role of administrative tribunals in the modern Canadian state. Part of this process has involved a growing recognition on the part of courts that they may simply not be as well equipped as administrative tribunals or agencies to deal with issues which Parliament has chosen to regulate through bodies exercising delegated power, e.g., labour relations, telecommunications, financial markets and international economic relations. Careful management of these sectors often requires the use of experts who have accumulated years of experience and a specialized understanding of the activities they supervise.

Courts have also come to accept that they may not be as well qualified as a given agency to provide interpretations of that agency's constitutive statute that make sense given the broad policy context within which that agency must work. Evans et al. point out, for example, that "[o]ne of the most important developments in contemporary public law in Canada has been a growing acceptance by the courts of the idea that statutory provisions often do not yield a single, uniquely correct interpretation, but can be ambiguous or silent on a particular question, or couched in language that obviously invites the exercise of discretion": see Evans et al., *op. cit.*, at p. 414. They then note:

In administrative law, judges have also been increasingly willing to concede that the specialist tribunal to which the legislature entrusted primary responsibility for the administration of a particular programme is often better equipped than a reviewing court to resolve the ambiguities and fill the voids in the statutory language. Interpreting a statute in a way that promotes effective public policy and administration may depend more upon the understanding and insights of the front-line agency than the limited knowledge, detachment,

2. L'objectif de l'arrêt S.C.F.P.

Les tribunaux judiciaires canadiens se sont efforcés au fil des ans de se détacher du point de vue de Dicey pour en arriver à une compréhension plus subtile du rôle des tribunaux administratifs dans l'État canadien moderne. C'est là un processus qui s'est traduit notamment par une reconnaissance accrue de la part des cours de justice qu'il se peut qu'elles soient simplement moins en mesure que les tribunaux ou organismes administratifs de statuer dans des domaines que le Parlement a choisi de réglementer par l'intermédiaire d'organismes exerçant un pouvoir délégué, comme, par exemple, les relations de travail, les télécommunications, les marchés financiers et les relations économiques internationales. Une gestion prudente de ces secteurs nécessite souvent le recours à des experts ayant à leur actif des années d'expérience et une connaissance spécialisée des activités qu'ils sont chargés de surveiller.

Les cours de justice ont également fini par se faire à l'idée qu'elles ne sont peut-être pas aussi bien qualifiées qu'un organisme administratif déterminé pour donner à la loi constitutive de cet organisme des interprétations qui ont du sens compte tenu du contexte des politiques générales dans lequel doit fonctionner cet organisme. Evans et autres soulignent, par exemple, que [TRADUCTION] «[l']un des plus importants progrès du droit public contemporain au Canada est l'acceptation croissante par les tribunaux judiciaires de l'idée que, souvent, les dispositions législatives ne se prêtent pas à une seule interprétation qui soit particulièrement juste, mais qu'elles peuvent être ambiguës ou muettes sur une question donnée ou rédigées dans des termes qui invitent manifestement à exercer un pouvoir discrétionnaire»: voir Evans et autres, *op. cit.*, à la p. 414. Ils ajoutent:

[TRADUCTION] En droit administratif, les juges se sont montrés de plus en plus disposés à reconnaître que le tribunal spécialisé auquel le législateur a confié la responsabilité principale de l'administration d'un programme particulier est souvent mieux en mesure que la cour chargée du contrôle de dissiper les ambiguïtés dans le texte d'une loi et d'en combler les lacunes. Interpréter une loi d'une manière qui favorise l'efficacité des politiques et de l'administration publiques tient peut-être davantage à la compréhension éclairée de l'organisme

and modes of reasoning typically associated with courts of law. Administration and interpretation go hand in glove. [Emphasis added.]

In a detailed review of the forces that led up to this Court's decision in *C.U.P.E.* Professor Evans suggests that the decision was the result of pressure that emanated from three sources: see "Developments in Administrative Law: The 1984-85 Term" (1986), 8 *Sup. Ct. L. Rev.* 1, at pp. 27-28. First, courts engaged in overt reappraisal of the decision-making roles assigned by the legislature to courts and agencies in the administration of regulatory programs:

The composition and institutional structure of the agencies, together with the expertise and the wide range of procedural tools available to them, apparently persuaded the courts that these bodies had indeed been given the primary statutory responsibility for implementing and elaborating the legislative mandate within their area of regulation.

Second, courts recognized the "failure of previous judicial efforts to construct logically coherent doctrine for distinguishing those questions conclusively committed to the agency from those which the courts could decide for themselves". Third, "judges have recognized that the interpretation of statutory language requires more than the kind of linguistic and textual analysis that they had previously appeared to believe would, with the aid of the presumptions of statutory interpretation developed by the courts, inevitably provide the uniquely "correct" meaning of legislation". Thus, when a provision of an agency's enabling legislation did not admit of only one "correct" meaning, interpretation was increasingly regarded as a matter for the exercise of the agency's discretion informed by its specialist perspective.

This process of rethinking the relationship between courts and administrative tribunals and its implications for statutory interpretation was fore-

directement concerné qu'aux connaissances limitées, au détachement et aux modes de raisonnement qui caractérisent normalement les cours de justice. Administration et interprétation vont de pair. [Je souligne.]

^a Dans une étude approfondie des circonstances qui ont abouti à l'arrêt *S.C.F.P.* de notre Cour, le professeur Evans laisse entendre que celui-ci résultait d'une pression émanant de trois sources: voir ^b «Developments in Administrative Law: The 1984-85 Term» (1986), 8 *Sup. Ct. L. Rev.* 1, aux pp. 27 et 28. En premier lieu, les tribunaux judiciaires ont procédé ouvertement au réexamen des rôles décisionnels attribués par le législateur aux ^c cours de justice et à d'autres organismes dans l'administration de programmes de réglementation:

[TRADUCTION] La composition et la structure institutionnelle des organismes en question, ainsi que l'expertise et la large gamme d'outils procéduraux dont ils disposent, ont apparemment convaincu les cours de justice que la responsabilité principale en matière d'exécution et d'élaboration du mandat conféré par la loi dans leurs domaines de réglementation avait bel et bien été ^d confiée à ceux-ci.

En deuxième lieu, les tribunaux judiciaires ont constaté [TRADUCTION] «l'échec des précédentes tentatives de la part des cours de justice de concevoir une théorie logique et cohérente permettant de distinguer entre les questions relevant péremptoirement de la compétence de l'organisme administratif et celles que les cours de justice pouvaient trancher elles-mêmes». En troisième lieu, [TRADUCTION] «les juges ont reconnu que pour interpréter les termes d'une loi, il faut davantage que le genre d'analyse linguistique et textuelle dont ils semblaient croire auparavant qu'elle mènerait inévitablement au sens particulièrement «juste» de cette loi, avec l'aide des présomptions en matière d'interprétation législative élaborées par les tribunaux». Ainsi, quand une disposition de la loi habilitante d'un organisme administratif n'admettait pas ^e qu'un seul sens «exact», l'interprétation était considérée de plus en plus comme une question relevant de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'organisme dans son champ de spécialité.

^f Ce processus par lequel on repensait la relation entre les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs et les répercussions que cette rela-

shadowed in Dickson J.'s (as he then was) decision in *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382, at pp. 388-89, where he observed:

There can be no doubt that a statutory tribunal cannot, with impunity, ignore the requisites of its constituent statute and decide questions any way it sees fit. If it does so, it acts beyond the ambit of its powers, fails to discharge its public duty and departs from legally permissible conduct. Judicial intervention is then not only permissible but requisite in the public interest. But if the Board acts in good faith and its decision can be rationally supported on a construction which the relevant legislation may reasonably be considered to bear, then the Court will not intervene. [Emphasis added.]

But it is in *C.U.P.E.* that this line of reasoning was most fully developed. The case involved a controversy surrounding the correct interpretation of s. 102(3)(a) of the *Public Service Labour Relations Act*, a provision that dealt with whether an employer could replace striking employees with "other employee[s]". In the process of discussing the Public Service Labour Relations Board of New Brunswick's interpretation of the term "other employee[s]", specifically its conclusion that the term included management personnel, Dickson J. observed at p. 230 that "[o]n one point there can be little doubt—section 102(3)(a) is very badly drafted. It bristles with ambiguities".

In one of the most important passages in the decision Dickson J. set out the general approach the Court should adopt when reviewing an administrative tribunal's interpretation of a provision like s. 102(3)(a). After pointing out that the Public Service Labour Relations Board of New Brunswick's constitutive legislation contained a privative clause designed to protect the decisions of the Board made within jurisdiction, Dickson J. noted at pp. 235-36 that the rationale for protect-

tion pouvait avoir sur l'interprétation des lois est présagé dans les motifs rédigés par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'affaire *Union internationale des employés des services, local n° 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382, aux pp. 388 et 389, où il fait remarquer:

Il ne peut y avoir de doute qu'un tribunal «statutaire» ne peut pas, impunément, faire abstraction des conditions requises par la loi qui l'a créé, et trancher les questions à sa guise. S'il le fait, il déborde le cadre de ses pouvoirs, manque de remplir son devoir envers le public et s'écarte d'une façon d'agir légalement permise. Une intervention judiciaire est alors non seulement admissible, mais l'intérêt public l'exige. Mais si la Commission agit de bonne foi et si sa décision peut rationnellement s'appuyer sur une interprétation qu'on peut raisonnablement considérer comme étayée par la législation pertinente, alors la Cour n'interviendra pas. [Je souligne.]

C'est dans l'arrêt *S.C.F.P.* toutefois que cette forme de raisonnement a pris sa pleine ampleur. Il s'agissait là d'un litige concernant la façon dont il convenait d'interpréter l'al. 102(3)a) de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, laquelle disposition portait sur la question de savoir si un employeur pouvait remplacer des grévistes par «d'autres employés». Parlant de l'interprétation que la Commission des relations de travail dans les services publics du Nouveau-Brunswick avait donnée à l'expression «d'autres employés», et particulièrement de sa conclusion que cette expression comprenait les cadres, le juge Dickson affirme, à la p. 230 qu'«[a]u départ, le moins que l'on puisse dire est que l'al. 102(3)a) est très mal rédigé. Il est hérissé d'ambiguïtés.»

Dans l'un des passages les plus importants de l'arrêt, le juge Dickson expose la méthode générale que la Cour devrait adopter en examinant l'interprétation donnée par un tribunal administratif à une disposition comme l'al. 102(3)a). Après avoir souligné que la loi constitutive de la Commission des relations de travail dans les services publics du Nouveau-Brunswick contenait une clause privative destinée à protéger les décisions rendues par la Commission dans les limites de sa compétence, le juge Dickson a fait observer, aux pp. 235 et 236, que les raisons pour lesquelles on voulait protéger les décisions de la Commission, lorsqu'elles rele-

ing the Board's decisions within jurisdiction was "straightforward and compelling". It was that:

The labour board is a specialized tribunal which administers a comprehensive statute regulating labour relations. In the administration of that regime, a board is called upon not only to find facts and decide questions of law, but also to exercise its understanding of the body of jurisprudence that has developed around the collective bargaining system, as understood in Canada, and its labour relations sense acquired from accumulated experience in the area.

The usual reasons for judicial restraint upon review of labour board decisions are only reinforced in a case such as the one at bar. Not only has the Legislature confided certain decisions to an administrative board, but to a separate and distinct Public Service Labour Relations Board. That Board is given broad powers—broader than those typically vested in a labour board—to supervise and administer the novel system of collective bargaining created by the *Public Service Labour Relations Act*. The Act calls for a delicate balance between the need to maintain public services, and the need to maintain collective bargaining. Considerable sensitivity and unique expertise on the part of Board members is all the more required if the twin purposes of the legislation are to be met.

As a result there was a strong case for judicial restraint in reviewing the Board's interpretation of s. 102(3)(a), particularly since interpreting the provision in question was a function that "would seem to lie logically at the heart of the specialized jurisdiction confided to the Board. In that case, not only would the Board not be required to be "correct" in its interpretation, but one would think that the Board was entitled to err and any such error would be protected from review by the private clause" (p. 236). The question that the Court should ask was therefore (at p. 237):

Did the Board here so misinterpret the provisions of the Act as to embark on an inquiry or answer a question not remitted to it? Put another way, was the Board's interpretation so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legisla-

vaient de sa compétence, étaient «simples et impérieuses», savoir:

La commission est un tribunal spécialisé chargé d'appliquer une loi régissant l'ensemble des relations de travail.

a Aux fins de l'administration de ce régime, une commission n'est pas seulement appelée à constater des faits et à trancher des questions de droit, mais également à recourir à sa compréhension du corps jurisprudentiel qui s'est développé à partir du système de négociation collective, tel qu'il est envisagé au Canada, et à sa perception des relations de travail acquise par une longue expérience dans ce domaine.

Les raisons habituelles pour lesquelles les tribunaux évitent de réviser les décisions des commissions des relations de travail prennent encore plus de poids dans un cas comme celui-ci. Ce n'est pas simplement à un organisme administratif que le législateur a donné un pouvoir de décision, mais à un organisme spécial et distinct, une Commission des relations de travail dans les services publics. Elle a de larges pouvoirs—plus étendus que ceux normalement conférés à pareil organisme—afin de surveiller et d'administrer le tout nouveau système de négociation collective créé par la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*. Cette loi établit un équilibre délicat entre le besoin de maintenir des services publics et le besoin de préserver la négociation collective. Pour atteindre ce double but, les membres de la Commission doivent donc faire preuve d'une grande sensibilité à ces questions et d'une habileté unique.

Il y avait donc de solides raisons qui militaient en faveur de la retenue judiciaire dans l'examen de l'interprétation donnée par la Commission à l'al. 102(3)(a), d'autant plus que «logiquement, il faut supposer» que l'interprétation de cette disposition était une fonction qui se trouvait «au cœur de la compétence spécialisée conférée à la Commission. Dans ce cas, non seulement la Commission n'est-elle pas tenue de faire une interprétation «juste», mais encore a-t-elle le droit d'errer et pareille erreur ne sera pas susceptible de révision étant donné la protection offerte par la clause privée» (p. 236). La Cour devait en conséquence se poser la question suivante (à la p. 237):

La Commission a-t-elle interprété erronément les dispositions législatives de façon à entreprendre une enquête ou à répondre à une question dont elle n'était pas saisie? Autrement dit, l'interprétation de la Commission est-elle déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement

tion and demands intervention by the court upon review? [Emphasis added.]

Dickson J. concluded that the ambiguity in the wording of s. 102(3)(a) was acknowledged and undoubted. No one interpretation could be said to be "right". The Board's decision should therefore be allowed to stand.

The adoption of a "reasonableness" test marked an important shift away from Dicey's conviction that tribunals should be subject to the same standard of review as courts. This new approach was quickly adopted and applied in a series of cases which one commentator has suggested amount to a "restrictive and unified theory of judicial review": see B. Langille, "Developments in Labour Law: The 1981-82 Term" (1983), 5 *Sup. Ct. L. Rev.* 225, at p. 246. More precisely, whereas *C.U.P.E.* involved a labour relations board protected by a privative clause, the test was soon applied in a case involving a consensual arbitrator. In *Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720*, [1980] 1 S.C.R. 178. Pigeon J. stressed that "arbitration is not meant to be an additional step before the matter goes before the courts, the decision is meant to be final". Pointing to the decision in *C.U.P.E.* Pigeon J. observed at p. 214:

It is therefore imperative that decisions on the construction of a collective agreement not be approached by asking how the Court would decide the point but by asking whether it is a "patently unreasonable" interpretation of the agreement.

The same point was made with respect to statutory arbitrators in *Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245. In a passage with which the rest of the Court concurred, Estey J. noted that "the law of review has evolved, even in the absence of a privative clause, to a point of recognition of the purpose of contractually-rooted statutory arbitration: namely, the speedy, inexpensive and certain settlement of differences without

s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire? [Je souligne.]

Le juge Dickson a conclu que l'ambiguïté du texte de l'al. 102(3)a) était reconnue et incontestable. Il n'y avait pas une interprétation unique dont on pouvait dire qu'elle était la «bonne», de sorte que la décision de la Commission devait être maintenue.

b Avec l'adoption d'un critère du «caractère raisonnable», on s'est écarté considérablement de la conviction de Dicey que les tribunaux administratifs devraient être soumis à la même norme de contrôle que celle à laquelle sont assujetties les cours de justice. Ce nouveau point de vue n'a pas tardé à s'imposer et a été appliqué dans une série de décisions qui, d'après un commentateur, forment une [TRADUCTION] «théorie restreinte et unifiée du contrôle judiciaire»: voir B. Langille, «Developments in Labour Law: The 1981-82 Term» (1983), 5 *Sup. Ct. L. Rev.* 225, à la p. 246. Plus précisément, quoiqu'il se soit agi dans l'affaire *S.C.F.P.* d'une commission des relations de travail qui bénéficiait de la protection d'une clause privative, on n'a pas attendu bien longtemps pour appliquer le critère dans une affaire où il était question d'un arbitre choisi par les parties. En effet, dans l'affaire *Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., local 720*, [1980] 1 R.C.S. 178, le juge Pigeon souligne que «l'arbitrage n'est pas prescrit comme une étape préalable à la présentation de la question aux tribunaux, on veut que la décision soit finale». Se référant à l'arrêt *S.C.F.P.*, le juge Pigeon fait remarquer, à la p. 214:

Il est donc impératif de ne pas aborder les décisions sur l'interprétation des conventions collectives en se demandant comment la Cour trancherait la question, mais en se demandant s'il s'agit d'une interprétation [TRADUCTION] «manifestement déraisonnable» de la convention.

Dans l'arrêt *Douglas Aircraft Co. of Canada c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245, on a affirmé la même chose au sujet des arbitres nommés en vertu d'une loi. Dans un passage auquel ont souscrit chacun de ses collègues, le juge Estey fait remarquer que «le droit relatif au contrôle judiciaire a évolué, même en l'absence de clause privative, au point où l'on reconnaît l'objectif de l'arbitrage prévu par la loi mais d'origine contractuelle, soit le

interruption of the work of the parties” (p. 275). He went on to state at p. 276:

In the modern era of administrative law, such reviewable error as regards a contract must amount to an error relating to the construction of the constituting contract of such magnitude that the interpretation so adopted by the board may not be reasonably borne by the wording of the document in question, and hence such determination is beyond the contemplation of [*sic*] amount to an amendment of the constituting agreement. [Emphasis added.]

Professor Langille observes that “[a]fter *CUPE, Volvo*, and *Douglas Aircraft*, three of the four necessary parts of the theory were in place. Labour boards protected by a privative clause, consensual arbitrators, and statutory arbitrators were all to be dealt with in accordance with the new restrictive version of judicial review. The missing part of the puzzle was a labour relations board not protected by a privative clause”: see B. Langille, “Judicial Review, Judicial Revisionism and Judicial Responsibility” (1986), 17 *R.G.D.* 169, at p. 195. He suggests that the final element was put in place in *Alberta Union of Provincial Employees, Branch 63 v. Board of Governors of Olds College*, [1982] 1 S.C.R. 923. In that case, Laskin C.J. dealt with a board that was not protected by a privative clause and observed that given the extensive powers which *The Public Service Employee Relations Act*, S.A. 1977, c. 40, conferred on the Alberta Public Service Employee Relations Board, *certiorari* “is a long way from an appeal and is subject to restriction in accordance with a line of decisions of this Court which, to assess them generally, preclude judicial interference with interpretations made by the Board which are not plainly unreasonable” (p. 927).

While one may question whether the Court deliberately set out to construct a “restrictive and unified” theory of judicial review through its decisions in *C.U.P.E., Volvo, Douglas* and *Olds College*, in my view there can be no doubt that this

règlement rapide, sûr et peu coûteux des différends sans interruption du travail des parties» (pp. 275 et 276). Il poursuit, à la p. 276:

En droit administratif moderne, une erreur susceptible de révision en matière de contrat doit être une erreur d’interprétation d’une gravité telle que le texte du document en question ne peut pas raisonnablement justifier l’interprétation adoptée par le conseil et que cette interprétation équivaut à une modification ou à une transgression de la convention. [Je souligne.]

Le professeur Langille fait observer que [TRANSDUCTION] «[à] la suite des arrêts *S.C.F.P., Volvo* et *Douglas Aircraft*, trois des quatre éléments nécessaires de la théorie existaient. Les commissions des relations de travail protégées par une clause privative, les arbitres choisis par les parties et les arbitres nommés en vertu d’une loi devaient tous être traités en conformité avec la nouvelle notion restrictive du contrôle judiciaire. Seul n’était pas encore réglé le cas de la commission des relations de travail qui ne bénéficiait pas de la protection d’une clause privative»: voir B. Langille, «Judicial Review, Judicial Revisionism and Judicial Responsibility» (1986), 17 *R.G.D.* 169, à la p. 195. Selon Langille, le dernier élément a été mis en place dans l’arrêt *Alberta Union of Provincial Employees, section 63 c. Conseil d’administration de Olds College*, [1982] 1 R.C.S. 923. Dans cette affaire, le juge en chef Laskin s’est penché sur le cas d’une commission qui n’était pas protégée par une clause privative et a fait observer que, compte tenu des pouvoirs étendus que *The Public Service Employee Relations Act*, S.A. 1977, ch. 40, attribuait à l’Alberta Public Service Employee Relations Board, le *certiorari* «est loin de constituer un appel et est assujéti à des restrictions conformément à une série d’arrêts de cette Cour qui, de façon générale, empêchent les cours de modifier les interprétations données par la Commission qui ne sont pas manifestement déraisonnables» (p. 927).

Bien qu’on puisse douter que notre Cour ait délibérément entrepris de concevoir une théorie «restreinte et unifiée» du contrôle judiciaire dans ses arrêts *S.C.F.P., Volvo, Douglas* et *Olds College*, il ne fait selon moi aucun doute qu’elle a

Court made clear that it was not prepared to interfere with a specialized tribunal's interpretation of its constitutive legislation where the interpretative exercise was one that was within the tribunal's area of expertise and where the impugned interpretation was not patently unreasonable. This proposition has not been confined to the cases that Professor Langille suggests are of a piece; it has been endorsed on many other occasions. I note, for example, that in *Teamsters Union, Local 938 v. Massicotte*, [1982] 1 S.C.R. 710, at p. 724, Laskin C.J. embraced the decision in *C.U.P.E.* and observed that "mere doubt as to correctness of a labour board interpretation of its statutory power is no ground for finding jurisdictional error, especially when the labour board is exercising powers confided to it in wide terms to resolve competing contentions". And speaking in more general terms in *Canada Labour Relations Board v. Halifax Longshoremen's Association*, [1983] 1 S.C.R. 245, at p. 256, Laskin C.J. stated:

It is rarely a simple matter to draw a line between a lawful and unlawful exercise of power by a statutory tribunal, however ample its authority, when there are conflicting considerations addressed to the exercise of power. This Court has, over quite a number of years, thought it more consonant with the legislative objectives involved in a case such as this to be more rather than less deferential to the discharge of difficult tasks by statutory tribunals like the Board.

More recent cases that have affirmed that the test remains the appropriate one include *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476, at p. 493, where Lamer J. stated that it was "a very severe test and signals a strict approach to the question of judicial review", and *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, at p. 1003, where La Forest J. observed that this "restricted scope of review requires the courts to adopt a posture of deference to the decisions of the tribunal".

indiqué clairement qu'elle n'était pas prête à toucher à l'interprétation donnée par un tribunal spécialisé à sa loi constitutive lorsque l'acte d'interprétation relevait de la spécialité du tribunal et que l'interprétation attaquée n'était pas manifestement déraisonnable. L'application de cette proposition ne se limite pas aux affaires qui, d'après le professeur Langille, forment un ensemble; c'est une proposition qui a été approuvée à maintes autres occasions. Je signale, par exemple, que dans l'arrêt *Syndicat des camionneurs, section locale 938 c. Massicotte*, [1982] 1 R.C.S. 710, à la p. 724, le juge en chef Laskin fait sien l'arrêt *S.C.F.P.* et souligne qu'un «simple doute quant à l'exactitude d'une interprétation donnée par un conseil des relations du travail au sujet des pouvoirs que la loi lui attribue ne constitue pas un motif suffisant pour conclure à une erreur de compétence, spécialement si ce conseil exerce les pouvoirs qui lui sont conférés, en termes généraux, de résoudre des prétentions contradictoires». Et s'exprimant en termes plus généraux dans l'arrêt *Conseil canadien des relations du travail c. Association des débardeurs d'Halifax*, [1983] 1 R.C.S. 245, à la p. 256, le juge en chef Laskin affirme:

Il est très souvent difficile de distinguer entre un exercice légitime et un exercice illégitime d'un pouvoir par un tribunal administratif, quelque étendue que soit sa compétence, lorsque l'exercice du pouvoir comporte des considérations contradictoires. Depuis plusieurs années, cette Cour estime qu'il est plus conforme aux objectifs du législateur dans un cas comme celui-ci d'avoir plutôt plus que moins d'égards pour les tribunaux administratifs qui s'acquittent de tâches difficiles, comme c'est le cas du Conseil.

Parmi les arrêts plus récents qui viennent confirmer que c'est toujours ce critère qu'il convient d'appliquer, il y a *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, à la p. 493, où le juge Lamer dit que c'est là «un test très sévère et qui marque une approche restrictive en ce qui concerne le contrôle judiciaire», et *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, à la p. 1003, où le juge La Forest fait observer que cette «portée restreinte du contrôle oblige les cours de justice à adopter une attitude de retenue à l'égard des décisions du tribunal administratif».

Evans et al. point out that as a result of this extensive string of decisions courts have increased agency autonomy in recent years. They emphasize that “judicial decisions have recognized that it is a distortion of our system of government to regard the courts as sitting at the apex of a hierarchy of bodies that are performing essentially the same tasks for which courts’ procedures, personnel, knowledge, and approaches are perfectly apt”: see Evans et al., *op. cit.*, at p. 530.

It is my view, then, that courts in this country have come to accept that there is a significant measure of truth to the comment of Professor Arthurs in “Protection against Judicial Review” (1983), 43 *R. du B.* 277, at p. 289:

There is no reason to believe that a judge who reads a particular regulatory statute once in his life, perhaps in worst-case circumstances, can read it with greater fidelity to legislative purpose than an administrator who is sworn to uphold that purpose, who strives to do so daily, and is well-aware of the effect upon the purpose of the various alternate interpretations. There is no reason to believe that a legally-trained judge is better qualified to determine the existence or sufficiency or appropriateness of evidence on a given point than a trained economist or engineer, an arbitrator selected by the parties, or simply an experienced tribunal member who decides such cases day in and day out. There is no reason to believe that a judge whose entire professional life has been spent dealing with disputes one by one should possess an aptitude for issues which arise often because an administrative system dealing with cases in volume has been designed to strike an appropriate balance between efficiency and effective rights of participation.

In recent years, however, some commentators have expressed concern that this Court has shown signs of hesitation about its commitment to the position set out in *C.U.P.E.* In particular, critics point to this Court’s decision in *Syndicat des employés de production du Québec et de l’Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2

Evans et autres font remarquer que, par suite de cette longue série d’arrêts, les tribunaux judiciaires ont accordé au cours des dernières années une autonomie accrue aux organismes administratifs. Ils soulignent que [TRADUCTION] «la jurisprudence reconnaît que c’est dénaturer notre système de gouvernement que de considérer les cours de justice comme chapeautant une hiérarchie d’organismes qui accomplissent essentiellement les mêmes tâches, auxquelles conviennent parfaitement la procédure, le personnel, les connaissances et les méthodes qui sont propres aux cours de justice: voir Evans et autres, *op. cit.*, à la p. 530.

J’estime donc que les tribunaux judiciaires canadiens en sont venus à admettre qu’il y a une grande mesure de véracité dans l’observation que fait le professeur Arthurs dans «Protection against Judicial Review» (1983), 43 *R. du B.* 277, à la p. 289:

[TRADUCTION] Il n’y a aucune raison de croire qu’un juge qui lit une seule fois dans sa vie une certaine loi réglementante, peut-être dans des circonstances d’application limites, soit en mesure de l’interpréter en respectant davantage l’intention du législateur que ne le ferait un administrateur qui s’est engagé à faire respecter cette intention, qui s’efforce chaque jour de le faire et qui est bien conscient de l’effet qu’auront sur la réalisation de l’intention du législateur les différentes interprétations possibles. Il n’y a aucune raison de croire qu’un juge ayant une formation juridique est mieux qualifié pour décider de l’existence d’éléments de preuve se rapportant à un point donné ou de leur caractère suffisant ou approprié que ne l’est un économiste ou un ingénieur diplômé, un arbitre choisi par les parties ou simplement un membre expérimenté d’un tribunal qui est appelé à trancher quotidiennement de tels cas. Il n’y a aucune raison de croire qu’un juge ayant consacré toute sa carrière au règlement d’un seul litige à la fois possède une aptitude à trancher des questions qui, souvent, naissent du fait qu’un système administratif qui règle des affaires en grand nombre a été conçu pour établir un équilibre approprié entre l’efficacité et des droits effectifs de participation.

Au cours des dernières années, cependant, des commentateurs se sont inquiétés du fait que notre Cour a montré une certaine hésitation à suivre la ligne établie dans l’arrêt *S.C.F.P.* En particulier, les critiques renvoient à notre arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et de l’Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*,

S.C.R. 412. At issue in that case was the question whether, on the correct interpretation of the relevant collective agreement, overtime was compulsory or voluntary and, therefore, whether a concerted refusal to work overtime constituted a strike. The Canada Labour Relations Board found that a refusal to work overtime constituted an unlawful strike and ordered the union and the Canadian Broadcasting Corporation to submit the problem of overtime to arbitration. This Court held that the Board had had no jurisdiction to refer that unlawful strike to arbitration.

In the process of coming to this conclusion, Beetz J. stated that the test of patent unreasonableness set out in *C.U.P.E.* was only intended to apply to statutory material that was ambiguous when the ambiguity to be resolved was clearly within an agency's jurisdiction. He found that in the case before him the error was one that went to jurisdiction and the patently unreasonable test was therefore inapplicable. The Board simply did not have the power to refer an unlawful strike to arbitration. He observed at pp. 441-42:

Once a question is classified as one of jurisdiction, and has been the subject of a decision by an administrative tribunal, the superior court exercising the superintending and reforming power over that tribunal cannot, without itself refusing to exercise its own jurisdiction, refrain from ruling on the correctness of that decision, or rule on it by means of an approximate criterion.

This is why the superior courts which exercise the power of judicial review do not and may not use the rule of the patently unreasonable error once they have classified an error as jurisdictional.

And later at p. 444 he said:

When the courts of law have to rule on the validity of a statute, so far as I know they do not ask whether Parliament or the legislature has expressly or by implication given ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* an interpretation which is not patently unreasonable. Why would they act differently in the case of judicial review of the jurisdiction of administrative tri-

[1984] 2 R.C.S. 412. Il s'agissait dans cette affaire de déterminer si, selon une interprétation juste de la convention collective applicable, le travail supplémentaire était obligatoire ou volontaire et, en conséquence, si le refus concerté de faire du travail supplémentaire constituait une grève. Le Conseil canadien des relations du travail a conclu que le refus de faire du travail supplémentaire constituait une grève illégale et a ordonné au syndicat et à la Société Radio-Canada de soumettre à l'arbitrage le problème du travail supplémentaire. Notre Cour a statué que le Conseil n'avait pas compétence pour renvoyer à l'arbitrage cette grève illégale.

Au cours de l'analyse qui l'a mené à cette conclusion, le juge Beetz a affirmé que le critère du caractère manifestement déraisonnable énoncé dans l'arrêt *S.C.F.P.* ne devait s'appliquer qu'aux dispositions législatives ambiguës lorsque l'ambiguïté à dissiper relevait nettement de la compétence d'un organisme administratif. Il a conclu que, dans l'affaire dont il était saisi, il s'agissait d'une erreur de compétence qui entraînait en conséquence l'inapplicabilité du critère du caractère manifestement déraisonnable. Le Conseil ne détenait simplement pas le pouvoir de renvoyer à l'arbitrage une grève illégale. Le juge Beetz fait remarquer, aux pp. 441 et 442:

Or une fois qu'une question est qualifiée de question de compétence et a fait l'objet d'une décision par un tribunal administratif, la cour supérieure chargée d'exercer le pouvoir de contrôle et de surveillance sur ce tribunal ne peut, sans refuser elle-même d'exercer sa propre compétence, s'abstenir de statuer sur l'exactitude de cette décision ou statuer sur elle au moyen d'un critère approximatif.

C'est pourquoi les cours supérieures qui exercent le pouvoir de révision judiciaire n'utilisent pas et ne peuvent utiliser le critère de l'erreur manifestement déraisonnable une fois qu'elles ont qualifié une erreur d'erreur juridictionnelle.

Il ajoute, à la p. 444:

Quand les cours de justice ont à statuer sur la validité d'une loi, elles ne se demandent pas, que je sache, si le Parlement ou la législature a implicitement ou explicitement donné aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* une interprétation qui n'est pas manifestement déraisonnable. Pourquoi procéderaient-elles autrement quand il s'agit du contrôle judiciaire de la compétence

bunals? The power of review of the courts of law has the same historic basis in both cases, and in both cases it relates to the same principles, the supremacy of the Constitution or of the law, of which the courts are the guardians. [Emphasis added.]

These observations have been severely criticized. Professor Evans says that the decision threatens much of the progress made by Canadian courts in this area of law. He points out that it will not always be easy to know when a given statutory provision deals with matters that are within jurisdiction and when it confers jurisdiction, Evans (op. cit., at pp. 33-34). The risk, of course, is that all a court need do to avoid the deferential standard of review set out in *C.U.P.E.* is to classify a provision as one that goes to jurisdiction. Finally, Professor Evans points to the final passage from Beetz J.'s decision cited above and observes at p. 35:

This wave of the banner of the Rule of Law hardly does justice to Canadian developments in thinking about the proper roles of courts and agencies: indeed, in holding that "mere" errors of law are virtually unreviewable, Beetz J. has himself indicated that the courts' function as "guardians of the law" is susceptible of more than the simple meaning suggested by the passage quoted above. Nor is the Court's analogy between review for constitutional and statutory *ultra vires* particularly compelling. Administrative agencies are, after all, expressly charged by the legislature with the very task of administering a statute in a context for which they are especially equipped: boards' decisions are generally made after hearing argument from the parties to the dispute, and are accompanied by reasons.

For a similar detailed critique of the decision see Langille, "Judicial Review, Judicial Revisionism and Judicial Responsibility", op. cit., at pp. 197-214.

Beetz J. subsequently acknowledged that ascertaining a tribunal's jurisdiction would not always

des tribunaux administratifs? Le pouvoir de contrôle des cours de justice a dans les deux cas le même fondement historique, et dans les deux cas il se rattache aux mêmes principes, la suprématie de la Constitution ou de la loi dont les cours de justice sont les gardiennes. [Je souligne.]

Ces observations ont été vertement critiquées. Le professeur Evans dit que c'est un arrêt qui compromet une grande partie des progrès réalisés par les cours de justice canadiennes dans ce domaine du droit. Il souligne qu'il ne sera pas toujours facile de savoir quand une disposition législative donnée traite de questions relevant de la compétence du tribunal visé et quand elle est attributive de compétence, Evans (*loc. cit.*, aux pp. 33 et 34). Il y a risque évidemment que, pour se soustraire à la norme de retenue en matière de contrôle judiciaire énoncée dans l'arrêt *S.C.F.P.*, une cour n'ait qu'à situer une disposition dans la catégorie de celles qui concernent la compétence. Enfin, le professeur Evans se réfère au dernier passage du juge Beetz reproduit ci-dessus et fait remarquer, à la p. 35:

[TRADUCTION] Ce déploiement de la bannière de la primauté du droit ne rend guère justice à l'évolution qu'a suivie la façon canadienne de percevoir les rôles qui sont propres aux cours de justice et aux organismes administratifs: de fait, en statuant que de «simples» erreurs de droit échappent presque totalement au contrôle judiciaire, le juge Beetz a lui-même indiqué que la fonction de «gardiennes de la loi» exercée par les cours de justice peut avoir un sens plus subtil que celui qui se dégage du passage précité. Quant à l'analogie que fait la Cour entre le contrôle judiciaire pour excès de compétence en matière constitutionnelle et celui pour excès de compétence en matière légale, elle n'est pas particulièrement convaincante non plus. Les organismes administratifs, après tout, sont expressément chargés par le législateur d'appliquer une loi dans un contexte qui relève de leur spécialité; les commissions rendent généralement leurs décisions après avoir entendu les arguments des parties au litige et ces décisions sont motivées.

Pour une critique détaillée similaire de l'arrêt en question, voir Langille, «Judicial Review, Judicial Revisionism and Judicial Responsibility», *loc. cit.*, aux pp. 197 à 214.

Le juge Beetz a par la suite reconnu qu'il ne serait pas toujours facile de déterminer la compé-

be easy. In *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, he observed at p. 1087:

I doubt whether it is possible to state a simple and precise rule for identifying a question of jurisdiction, given the fluidity of the concept of jurisdiction and the many ways in which jurisdiction is conferred on administrative tribunals.

He then set about developing a “pragmatic and functional” approach to dealing with questions of jurisdiction, one that would be sensitive to “the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise of its members and the nature of the problem before the tribunal” (p. 1088). This Court has since had occasion to confirm that this is the approach to take to questions of jurisdiction: see *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, *supra*, at p. 1000.

In my view, this is not an appropriate appeal in which to discuss the strengths and weaknesses of *Acadie* and the approach taken in *Bibeault* to the process of ascertaining a tribunal’s jurisdiction. My colleague Gonthier J. does not appear to have any doubt about the fact that interpreting s. 42 of the Act is a matter that falls within the Canadian Import Tribunal’s jurisdiction. I can see no reason to take issue with such a conclusion. The Tribunal has, after all, been established with a view to reaching decisions about what are and what are not subsidies for the purposes of the Act, as well as the circumstances in which the Deputy Minister of Revenue may respond to a foreign country’s use of subsidies. Given that the appeal does not require us to explore the jurisdiction test set out in *Acadie* and *Bibeault*, I will refrain from doing so. Nevertheless, it seems to me that the reaction to *Acadie* serves to remind us that it is important to be sensitive to the suggestion that the Court may be wavering in its commitment to *C.U.P.E.* and to make it clear that in a case like the one before us the “reasonableness” test remains the appropriate standard of review.

3. The Case at Bar

This brings me to the question how best to approach this appeal. My colleague Gonthier J.

tence d’un tribunal administratif. Dans l’arrêt *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, il dit, à la p. 1087:

Je doute qu’il soit possible d’énoncer une règle simple et précise pour l’identification d’une question de compétence, étant donné la nature fluide du concept de compétence et les multiples façons dont la compétence est conférée aux tribunaux administratifs.

Il s’est appliqué ensuite à concevoir une façon «pragmatique et fonctionnelle» d’aborder les questions de compétence, une méthode qui prendrait en considération «l’objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d’être de ce tribunal, le domaine d’expertise de ses membres, et la nature du problème soumis au tribunal» (p. 1088). Notre Cour a, depuis lors, confirmé que c’est là la façon dont il convient d’aborder les questions de compétence: voir *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, précité, à la p. 1000.

À mon avis, il ne convient pas en l’espèce d’examiner les points forts et les points faibles de l’arrêt *Acadie* ni la méthode adoptée dans l’arrêt *Bibeault* pour déterminer la compétence d’un tribunal. Mon collègue le juge Gonthier ne paraît pas le moins doucement douter que l’interprétation de l’art. 42 de la Loi ressortit au Tribunal canadien des importations. Je ne vois aucune raison de rejeter cette conclusion. Après tout, le Tribunal a été établi pour décider ce qui constitue et ce qui ne constitue pas des subventions aux fins de la Loi ainsi que pour déterminer les circonstances dans lesquelles il est loisible au sous-ministre du Revenu de riposter aux subventions auxquelles peut avoir recours un pays étranger. Comme le présent pourvoi ne nous oblige pas à analyser le critère de compétence énoncé dans les arrêts *Acadie* et *Bibeault*, je m’abstiens de le faire. Il me semble néanmoins que la réaction suscitée par l’arrêt *Acadie* nous rappelle l’importance d’être réceptifs à l’assertion que notre Cour se montre peut-être hésitante à suivre l’arrêt *S.C.F.P.* et de bien préciser que dans une affaire comme celle qui nous occupe c’est le critère du «caractère raisonnable» qui demeure la norme à appliquer en matière de contrôle judiciaire.

3. La présente affaire

Voilà qui m’amène à examiner la meilleure façon d’aborder le présent pourvoi. Mon collègue

begins his analysis by pointing to *C.U.P.E.*, as well as to this Court's decision in *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722. He states that "it is to be remembered that courts, in the presence of a privative clause, will only interfere with the findings of a specialized tribunal where it is found that the decision of that tribunal cannot be sustained on any reasonable interpretation of the facts or of the law" (pp. 1369-70). He adds that this Court will only interfere with the Tribunal's ruling "if it acted outside the scope of its mandate by reason of its conclusions being patently unreasonable" (p. 1370).

In my view, this is not an entirely accurate rendering of the test set out in *C.U.P.E.* I think it important to remember that Dickson J. stated, at p. 237, that the proper question was:

Did the Board here so misinterpret the provisions of the Act as to embark on an inquiry or answer a question not remitted to it? Put another way, was the Board's interpretation so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review? [Emphasis added.]

It seems to me that Dickson J. was not suggesting that a tribunal's decision should be reviewed if the conclusions reached in that decision could not be sustained on any reasonable interpretation of the facts or the law. Instead, he was stating that if it was evident that the Board's interpretation of provisions in its constitutive legislation was not "patently unreasonable", then the process of judicial review should come to an end.

The distinction is a subtle one. But it is not without importance. One must, in my view, not begin with the question whether the tribunal's conclusions are patently unreasonable; rather, one must begin with the question whether the tribunal's interpretation of the provisions in its constitutive legislation that define the way it is to set about answering particular questions is patently unreasonable. If the tribunal has not interpreted its

le juge Gonthier commence son analyse en évoquant l'arrêt *S.C.F.P.* ainsi que l'arrêt rendu par notre Cour dans l'affaire *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722. Il dit qu'«il faut se rappeler que lorsqu'il y a une clause privative les tribunaux judiciaires ne toucheront aux conclusions d'un tribunal spécialisé que s'il est jugé que la décision de celui-ci ne saurait être maintenue selon une interprétation raisonnable des faits ou du droit» (p. 1369). Il ajoute que notre Cour ne touchera à la décision du Tribunal que «si ce dernier a outrepassé sa compétence en arrivant à des conclusions manifestement déraisonnables» (p. 1370).

À mon avis, cette formulation du critère énoncé dans l'arrêt *S.C.F.P.* n'est pas tout à fait exacte. Je crois qu'il importe de se souvenir que, selon le juge Dickson, à la p. 237, la bonne question à se poser est la suivante:

La Commission a-t-elle interprété erronément les dispositions législatives de façon à entreprendre une enquête ou à répondre à une question dont elle n'était pas saisie? Autrement dit, l'interprétation de la Commission est-elle déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire? [Je souligne.]

À ce qu'il me semble, le juge Dickson ne laissait pas entendre que la décision d'un tribunal administratif doit être soumise à un contrôle si les conclusions qu'elle renferme ne sauraient être maintenues selon une interprétation raisonnable des faits ou du droit. Au contraire, il disait que s'il était évident que l'interprétation donnée par la Commission à certaines dispositions de sa loi constitutive n'était pas «manifestement déraisonnable», cela devait mettre fin au processus de contrôle judiciaire.

C'est là une distinction subtile. Elle n'est toutefois pas sans importance. On doit, à mon avis, commencer par se demander non pas si les conclusions du tribunal sont manifestement déraisonnables, mais bien si ce tribunal a interprété d'une manière manifestement déraisonnable les dispositions de sa loi constitutive qui précisent la façon dont il doit procéder pour répondre à des questions particulières. Si le tribunal n'a pas donné à sa loi

constitutive statute in a patently unreasonable fashion, the courts must not then proceed to a wide ranging review of whether the tribunal's conclusions are unreasonable. It seems to me, however, that this is what my colleague has done. And in the process he has engaged in the kind of detailed review of a tribunal's findings that this Court's jurisprudence makes clear is inappropriate.

I note that my colleague has not simply considered whether the Tribunal's interpretation of s. 42 of the Act is patently unreasonable. He has also considered whether the Tribunal may refer to the text of the *General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)* when interpreting its constitutive legislation, whether there is anything in Canada's international obligations that should have prevented the Tribunal from finding as it did (including the question whether the Tribunal could take notice of potential imports), and whether there was evidence to support a finding of material injury. With respect, it seems to me that it is not open to this Court to consider these additional issues.

More precisely, it seems to me that it is for the Tribunal, staffed by experts familiar with the intricacies of international trade relations who are in the business of dealing with a large volume of trade related cases, to decide what documents may or may not be of assistance in interpreting the Act. While my colleague's discussion of the documents that a court may refer to in interpreting legislation may well be sound, we are not faced with an appeal from an ordinary court's decision. Instead, we are dealing with a statutory tribunal's interpretation of its own constitutive legislation. If the legislature wishes to place limits on the range of documents that the Tribunal may refer to, then it is for the legislature to do so. In the meantime, courts should not get into the business of assessing what documents a statutory tribunal may consult.

constitutive une interprétation manifestement déraisonnable, les cours de justice ne doivent pas alors entreprendre une étude approfondie de la question de savoir si les conclusions du tribunal sont déraisonnables. Il me semble toutefois que c'est ce qu'a fait mon collègue. En même temps, il s'est lancé dans le genre d'examen détaillé des conclusions d'un tribunal administratif qui, d'après ce qui se dégage nettement de la jurisprudence de notre Cour, n'est pas approprié.

Je fais remarquer que mon collègue ne s'est pas simplement borné à examiner si la façon dont le Tribunal interprète l'art. 42 de la Loi est manifestement déraisonnable. Il s'est penché en outre sur la question de savoir s'il est permis au Tribunal de se référer au texte de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT)* en interprétant sa loi constitutive, si les obligations internationales du Canada auraient dû empêcher le Tribunal de rendre la décision qu'il a rendue (notamment, si le Tribunal pouvait tenir compte d'importations éventuelles) et s'il existait des éléments de preuve justifiant une conclusion à l'existence d'un préjudice sensible. En toute déférence, il me semble qu'il n'est pas loisible à notre Cour d'examiner ces questions supplémentaires.

Plus précisément, il me semble que c'est au Tribunal, composé d'experts qui sont versés dans les complexités des relations commerciales internationales et dont les fonctions consistent à entendre un nombre considérable de causes en matière commerciale, qu'il appartient de décider quels documents peuvent ou non l'aider à interpréter la Loi. Il se peut bien qu'il n'y ait rien à reprocher à ce que dit mon collègue concernant les documents auxquels une cour de justice peut se référer aux fins de l'interprétation d'un texte législatif, mais il ne s'agit pas en l'espèce d'un pourvoi contre la décision d'une cour ordinaire. Il s'agit plutôt de l'interprétation que donne à sa propre loi constitutive un tribunal administratif. Si le législateur veut fixer des limites quant au type de documents auxquels le Tribunal peut se référer, alors il appartient au législateur lui-même de le faire. En attendant, les cours de justice ne doivent pas prendre sur elles de déterminer quels documents peuvent être consultés par un tribunal administratif.

Similarly, I do not think that it is this Court's role on an application for judicial review to look beyond the Tribunal's statute to determine whether the Tribunal's interpretation of that statute is consistent with Canada's international obligations. If the interpretation is not consistent with Canada's obligations under the *GATT*, then it is for the legislature to address this matter. Until such time as the courts in this country are given the responsibility of enforcing the *GATT*, I do not think that they should begin to analyze the merits of a tribunal's interpretation of the Act in light of the *GATT*. Courts have no particular expertise in the interpretation of international trade agreements and, in my view, they should not get into the business of trying to explain the significance of the Kennedy and Tokyo Rounds of negotiations (or the ongoing Uruguay Round of talks) for the *GATT*, let alone for the "proper" interpretation of the Act.

Finally, it seems to me that to embark upon a detailed analysis of the extent to which the evidence will support the Tribunal's finding in the face of a privative clause is to engage in the very kind of meticulous analysis of the Tribunal's reasoning that *C.U.P.E.* made clear courts should not conduct. The legislature has created the Canadian Import Tribunal in part so that it may review the Deputy Minister of Revenue's determinations. In the process, the legislature has made clear that neither this Court nor the Federal Court of Appeal is to act as a normal appellate court in connection with the Canadian Import Tribunal's findings. In my view, this means that it is not open to us to evaluate the correctness of the Tribunal's assessment of the Deputy Minister's conclusions concerning whether particular trade practices have given rise to a "material injury". Faced with the highly charged world of international trade and a clear legislative decision to create a tribunal to dispose of disputes that arise in that context, it is highly inappropriate for courts to take it upon themselves to assess the merits of the Tribunal's conclusions about when the government may respond to another country's use of subsidies. If

De même, je ne crois pas que ce soit le rôle de notre Cour, dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, de chercher ailleurs que dans la loi constitutive du Tribunal la réponse à la question de savoir si l'interprétation donnée à cette loi par le Tribunal concorde avec les obligations internationales du Canada. Si l'interprétation n'est pas compatible avec les obligations imposées au Canada par le *GATT*, c'est au législateur qu'il incombe de redresser cette situation. Tant que les cours de justice canadiennes n'auront pas été chargées de l'application du *GATT*, je ne pense pas qu'elles devraient s'engager dans une analyse du bien-fondé d'une interprétation de la Loi donnée par un tribunal à la lumière du *GATT*. Les cours de justice n'ont pas d'expertise particulière en matière d'interprétation de conventions commerciales internationales et, à mon avis, il ne leur appartient pas de tenter d'expliquer l'importance que peuvent revêtir pour le *GATT*, et encore moins pour la «bonne» interprétation de la Loi, les négociations du Kennedy Round et du Tokyo Round (ou de l'Uruguay Round actuellement en cours).

En dernier lieu, il me semble qu'entreprendre une analyse approfondie de la mesure dans laquelle la preuve appuiera la décision du Tribunal lorsqu'il existe une clause privative, c'est se livrer précisément au genre d'analyse minutieuse du raisonnement du Tribunal que, d'après ce qui se dégage nettement de l'arrêt *S.C.F.P.*, les cours de justice doivent éviter d'effectuer. Le législateur a créé le Tribunal canadien des importations pour qu'il puisse notamment contrôler les décisions du sous-ministre du Revenu. Le législateur précise en même temps que ni notre Cour ni la Cour d'appel fédérale ne doit agir en tant que cour d'appel ordinaire à l'égard des conclusions du Tribunal canadien des importations. D'où il s'ensuit, selon moi, qu'il ne nous est pas permis d'examiner la justesse de l'appréciation qu'a faite le Tribunal des conclusions du Sous-ministre sur la question de savoir si certaines pratiques commerciales ont occasionné un «préjudice sensible». Compte tenu de l'extrême complexité du commerce international et étant donné la décision non équivoque du législateur de constituer un tribunal chargé de régler les différends surgissant dans ce contexte, il sied fort mal que les cours de justice s'avisent d'apprécier le

courts were to take it upon themselves to conduct detailed reviews of these decisions on a regular basis, the Tribunal's effectiveness and authority would soon be effectively undermined.

What then are the implications of these points for the case at bar? In my view, they prescribe that the only issue which this Court may consider, once it accepts that the interpretation of a given provision is a matter that falls within a tribunal's jurisdiction, is whether the Tribunal's interpretation of the provision is "so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation". Thus, if one determines that the Canadian Import Tribunal's interpretation of s. 42 of the Act is not "so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation", then the inquiry must come to an end.

I note that ss. 2(1), 42(1) and 76(1) of the Act state:

2. (1) ...

"material injury" means, in respect of the dumping or subsidizing of any goods, material injury to the production in Canada of like goods, and includes, in respect only of the subsidizing of an agricultural product, an increase in the financial burden on a federal or provincial government agricultural support program in Canada;

"subsidized goods" means

(a) goods in respect of the production, manufacture, growth, processing, purchase, distribution, transportation, sale, export or import of which a subsidy has been or will be paid, granted, authorized or otherwise provided, directly or indirectly, by the government of a country other than Canada, and

(b) goods that are disposed of at a loss by the government of a country other than Canada, and includes any goods in which, or in the production, manufacture, growth, processing or the like of which, goods described in paragraph (a) or (b) are incorporated, consumed, used or otherwise employed;

"subsidy" includes any financial or other commercial benefit that has accrued or will accrue, directly or indirectly, to persons engaged in the production, manufacture, growth, processing, purchase, distribution, transportation, sale, export or import of goods, as

bien-fondé des conclusions du Tribunal quant aux circonstances dans lesquelles le gouvernement peut riposter aux subventions auxquelles a recours un autre pays. Si les cours de justice devaient prendre sur elles de procéder régulièrement à des examens détaillés de ces décisions, l'efficacité et l'autorité du Tribunal seraient en fait bien vite minées.

Qu'implique donc tout cela en l'espèce? À mon avis, il en ressort que l'unique question pouvant être examinée par notre Cour, du moment qu'elle admet que l'interprétation d'une disposition donnée relève de la compétence d'un tribunal administratif, est de savoir si l'interprétation donnée à cette disposition par le Tribunal est «déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente». Si l'on décide donc que l'interprétation donnée par le Tribunal canadien des importations à l'art. 42 de la Loi n'est pas «déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente», cela met fin à l'examen.

Je souligne que les par. 2(1), 42(1) et 76(1) de la Loi portent:

2. (1) ...

«marchandises subventionnées» Les marchandises suivantes:

a) celles qui, à un stade quelconque de leur production ou de leur commercialisation, ou lors de leur transport, de leur exportation ou de leur importation, ont bénéficié ou bénéficieront, directement ou indirectement, d'une subvention de la part du gouvernement d'un pays étranger;

b) celles qui sont écoulées à perte par un gouvernement d'un pays étranger,

en outre, celles dans la production ou la fabrication desquelles entrent, se consomment ou sont autrement utilisées les marchandises visées à l'alinéa a) ou b).

«préjudice sensible» Le préjudice sensible causé par le dumping ou le subventionnement de marchandises à la production au Canada de marchandises similaires, y compris l'accroissement de la charge financière d'un programme fédéral ou provincial de soutien de l'agriculture au Canada entraîné par le subventionnement d'un produit agricole.

«subvention» Sont compris dans la subvention, les avantages commerciaux, notamment financiers, qui ont été ou seront consentis, directement ou indirectement, aux personnes se livrant à la production ou à la commercialisation, à un stade quelconque, ou au

a result of any scheme, program, practice or thing done, provided or implemented by the government of a country other than Canada, but does not include the amount of any duty or internal tax imposed on goods by the government of the country of origin or country of export from which the goods, because of their exportation from the country of export or country of origin, have been exempted or have been or will be relieved by means of refund or drawback;

42. (1) The Tribunal, forthwith after receipt by the Secretary pursuant to subsection 38(2) of a notice of a preliminary determination of dumping or subsidizing in respect of goods, shall make inquiry with respect to such of the following matters as is appropriate in the circumstances, namely,

(a) in the case of any goods to which the preliminary determination applies, as to whether the dumping or subsidizing of the goods

(i) has caused, is causing or is likely to cause material injury or has caused or is causing retardation, or

(ii) would have caused material injury or retardation except for the fact that provisional duty was imposed in respect of the goods;

(c) in the case of any subsidized goods to which the preliminary determination applies where a subsidy on the goods is an export subsidy, as to whether

(i) material injury has been caused by reason of the fact that the subsidized goods

(A) constitute a massive importation into Canada, or

(B) form part of a series of importations into Canada, which importations in the aggregate are massive and have occurred within a relatively short period of time, and

(ii) a countervailing duty should be imposed on the subsidized goods in order to prevent the recurrence of such material injury.

76. (1) Subject to this section and paragraph 91(1)(g), every order or finding of the Tribunal is final and conclusive.

A majority of the Canadian Import Tribunal stated:

transport de marchandises données, ou à leur exportation ou importation, et consécutifs à une action quelconque menée par le gouvernement d'un pays étranger. La présente définition exclut le montant des droits ou des taxes internes imposés par le gouvernement du pays d'origine ou d'exportation sur des marchandises qui, en raison de leur exportation du pays d'exportation ou d'origine, en ont été exonérées ou en ont été ou en seront libérées par remboursement ou drawback.

42. (1) Dès réception par le secrétaire de l'avis de décision provisoire de dumping ou de subventionnement prévu au paragraphe 38(2), le Tribunal fait enquête sur celles parmi les questions suivantes qui sont indiquées dans les circonstances, à savoir:

a) si le dumping des marchandises en cause ou leur subventionnement:

(i) soit cause, a causé ou est susceptible de causer un préjudice sensible, soit cause ou a causé un retard sensible,

(ii) soit aurait causé un préjudice sensible ou un retard sensible sans l'application de droits provisoires aux marchandises;

c) si, dans le cas de marchandises subventionnées objet de la décision provisoire pour lesquelles marchandises une subvention à l'exportation a été octroyée:

(i) d'une part, un préjudice sensible a été causé du fait que les marchandises subventionnées:

(A) soit représentent une importation massive,

(B) soit appartiennent à une série d'importations, massives dans l'ensemble et échelonnées sur une période relativement courte,

(ii) d'autre part, des droits compensateurs devraient être imposés sur les marchandises subventionnées afin de prévenir la réapparition du préjudice.

76. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article et de l'alinéa 91(1)(g), les ordonnances ou conclusions du Tribunal sont définitives.

Le Tribunal canadien des importations, à la majorité, a dit:

Both the *Special Import Measures Act* and the GATT Subsidies Code exist for the express purpose of dealing with unfairly traded goods which cause or threaten injury. Necessarily, their provisions must be interpreted, not in the abstract, but within the context of the environment within which they apply, namely, international trade. Since the economic and commercial realities of international trade dictate that price be met or market share lost, the majority of the panel is persuaded to adopt the broader interpretation of "subsidized imports", that is, that cognizance be taken of potential or likely imports in the determination of material injury. To do otherwise, in the view of the majority of the panel, would be to frustrate the purpose of the system.

In the case of grain corn, imports into Canada have existed in recent years, albeit at modest levels. The issue, therefore, is not whether imports have taken place, but whether they would have increased substantially in the absence of a price response by the domestic producers to the subsidized U.S. corn. Given the openness of the Canadian market, much higher levels of imports would have been a certainty. [Emphasis added.]

((1987), 14 C.E.R. 1, at p. 22.)

Thus, the majority concluded that s. 42 covered situations in which Canadian producers are forced to lower prices in order to keep subsidized goods out of the Canadian market.

In my view, it is clear that the Tribunal was dealing with the kind of issue that it was set up to deal with. It cannot be said to have been acting outside its jurisdiction. Indeed, none of the parties to this appeal raised questions concerning the Tribunal's jurisdiction to deal with the dispute at the root of the case before it. Moreover, while the Tribunal's interpretation of s. 42 might well be unsatisfactory to those concerned to secure a more liberal international trade policy, in my view it can hardly be described as an interpretation that is "so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation". The terms "subsidy" and "subsidized goods" are defined in very broad terms indeed and the definition of "material injury" certainly cannot be said to preclude the "broader" interpretation of s. 42(1) that the Tribunal favoured. If the Tribunal's interpretation is one that the legislature con-

La Loi sur les mesures spéciales d'importation et le Code des subventions du GATT visent tous deux explicitement le problème des marchandises qui font l'objet d'un commerce déloyal et causent ou menacent de causer un préjudice. Leurs dispositions doivent forcément être interprétées, non pas dans l'abstrait, mais en tenant compte de l'environnement dans lequel elles s'appliquent, à savoir le commerce international. Vu que les réalités économiques et commerciales des échanges internationaux imposent d'offrir des prix concurrentiels ou de perdre sa part du marché, la majorité du jury croit qu'il faut interpréter largement le terme «importations subventionnées», c'est-à-dire qu'il faut tenir compte des importations éventuelles et probables pour déterminer s'il y a un préjudice sensible. Faire autrement, estime-t-elle, serait contrecarrer le système.

Dans le cas du maïs-grain, les importations au Canada, bien que modestes, se font depuis quelques années. Par conséquent, il ne s'agit pas de déterminer si des importations ont eu lieu, mais si elles auraient augmenté de façon notable si les producteurs canadiens n'avaient pas aligné leurs prix sur ceux du maïs américain subventionné. Étant donné que le marché canadien est ouvert, les importations auraient certainement été beaucoup plus considérables. [Je souligne.]

(L'affaire du maïs-grain, CIT-7-86, à la p. 18.)

La majorité a donc conclu que l'art. 42 visait les situations où les producteurs canadiens se voient contraints de baisser leurs prix afin d'exclure du marché canadien les marchandises subventionnées.

À mon avis, il est évident que le Tribunal se penchait sur le genre de question qu'il a été constitué pour examiner. On ne saurait prétendre qu'il excédait sa compétence. De fait, aucune partie au présent pourvoi n'a soulevé de question concernant la compétence du Tribunal pour régler le différend à l'origine de l'affaire dont il était saisi. En outre, quoique l'interprétation donnée par le Tribunal à l'art. 42 puisse bien ne pas satisfaire les partisans de la libéralisation du commerce international, cette interprétation ne peut guère, selon moi, être qualifiée de «déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente». Les définitions des expressions «subvention» et «marchandises subventionnées» sont vraiment très générales et on ne peut certainement pas prétendre que la définition de l'expression «préjudice sensible» exclut l'interprétation «large» du par. 42(1) qu'a préférée le Tribunal. Si le législateur

cludes is not in Canada's interests or is not consistent with Canada's international obligations, then it is for the legislature to amend the Act to provide narrower definitions of the terms used in the relevant provision. In my view, the Tribunal's interpretation of s. 42(1) must therefore stand.

4. Disposition

I would dismiss the appeals with the costs in this Court and in the court below.

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

GONTHIER J.—These are two appeals from a judgment of the Federal Court of Appeal dismissing applications by the appellants pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970, c. 10 (2nd Supp.), for judicial review of a decision of the Canadian Import Tribunal finding that the subsidizing of importations into Canada of grain corn originating in and exported from the United States of America has caused, is causing and is likely to cause material injury to the production in Canada of like goods. At issue is the reasonableness of the interpretation and application made by the Tribunal of s. 42 of the *Special Import Measures Act*, S.C. 1984, c. 25 (“SIMA”), providing for such a determination involving more particularly its consideration of the *General Agreement on Tariffs and Trade* (“GATT”), the taking into account of potential as well as actual importations and the finding as to causation of injury.

I. The Facts

The facts giving rise to these appeals may be summarized as follows.

On July 2, 1986, the Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise initiated an investigation pursuant to s. 31(1) of *SIMA* in relation to American subsidization of grain corn. The investigation was launched as a result of a complaint made by the intervener, the Ontario Corn Producers' Association (“OCPA”), that subsidies paid to American producers substantially

conclut que l'interprétation du Tribunal ne sert pas les intérêts du Canada ou qu'elle est incompatible avec les obligations internationales du Canada, il lui appartient alors de modifier la Loi pour donner aux termes employés dans la disposition pertinente des définitions moins générales. À mon avis, l'interprétation que le Tribunal a donnée au par. 42(1) doit donc être maintenue.

b 4. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter les pourvois avec dépens en notre Cour et en Cour d'appel.

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

LE JUGE GONTHIER—Il s'agit de deux pourvois contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale qui a rejeté les requêtes que les appelantes ont présentées, conformément à l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, ch. 10 (2^e supp.), en vue d'obtenir le contrôle judiciaire d'une décision dans laquelle le Tribunal canadien des importations conclut que le subventionnement des importations au Canada de maïs-grain originaire et exporté des États-Unis d'Amérique a causé, cause et est susceptible de causer un préjudice sensible à la production au Canada de marchandises similaires. Ce qui est en cause c'est le caractère raisonnable de l'interprétation et de l'application par le Tribunal de l'art. 42 de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, S.C. 1984, ch. 25 («*LMSI*»), qui régit les décisions à cet égard impliquant notamment la portée donnée par le Tribunal à l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* («*GATT*»), sa prise en considération des importations aussi bien éventuelles que réelles et sa conclusion quant à la cause du préjudice.

h I. Les faits

Les faits à l'origine des présents pourvois peuvent se résumer ainsi.

Le 2 juillet 1986, le sous-ministre du Revenu national, Douanes et Accise, a ouvert, conformément au par. 31(1) de la *LMSI*, une enquête sur le subventionnement du maïs-grain par les Américains. L'enquête a été ouverte à la suite d'une plainte de l'intervenante l'Ontario Corn Producers' Association («*OCPA*»), alléguant que les subventions versées aux producteurs américains entraî-

lowered Canadian corn prices causing material injury to the domestic industry. The specific complaint, to the effect that the lower American prices were transferred to Canada because of the ready access of Canadian buyers to U.S. supplies, was succinctly expressed by the Tribunal as follows:

... the corn producers of Ontario, Quebec and Manitoba contended that subsidized U.S. grain corn has caused and would likely continue to cause material injury to the producers of like goods in Canada, in the absence of the protection provided by the countervailing duty. In support of their position, the growers demonstrated a significant linkage between the prices of corn in U.S. markets and the prices of corn in Canadian markets. In day-to-day business, Canadian farmers, processors and dealers routinely and consciously look to the U.S. markets for pricing signals, movements, and levels. Major purchasers and users of grain corn in Canada may not want to physically import U.S. corn but they do use its availability on open and continuous offer ... as a bargaining lever opposite their Canadian suppliers. ((1987), 14 C.E.R. 1, at p. 10.)

On November 7, 1986, the Deputy Minister, pursuant to s. 38(1), made a preliminary determination as regards the complaint and decided to impose a provisional duty on American corn. Following this preliminary determination, the Canadian Import Tribunal conducted an inquiry, under s. 42 of *SIMA*, and concluded that the "subsidizing of importations into Canada of grain corn ... originating in or exported from the U.S. ... has caused, is causing and is likely to cause material injury to the production in Canada of like goods" (p. 26). Under the relevant *SIMA* provisions, a countervailing duty could accordingly be imposed.

II. Relevant Statutory Provisions

For ease of reference, I reproduce below the statutory provisions relevant to these appeals.

naient une baisse importante des prix du maïs au Canada, causant ainsi un préjudice sensible aux producteurs nationaux. La plainte précise, selon laquelle les prix inférieurs pratiqués aux États-Unis se sont répercutés au Canada en raison de l'accès facile qu'avaient les acheteurs canadiens aux produits américains, est exposée succinctement par le Tribunal dans le passage suivant:

Les [...] producteurs de maïs de l'Ontario, du Québec et du Manitoba ont soutenu que le maïs-grain subventionné en provenance des États-Unis a causé et continuerait probablement de causer un préjudice sensible aux producteurs de marchandises similaires au Canada, si des droits compensateurs n'étaient pas imposés comme mesure de protection. À l'appui de leur position, les producteurs ont démontré qu'il existe un lien important entre les prix du maïs sur les marchés américains et ceux sur les marchés canadiens. Dans leurs activités quotidiennes, les agriculteurs, les transformateurs et les vendeurs canadiens scrutent les marchés américains pour recueillir des indices concernant les prix, pour évaluer les fluctuations et les niveaux de ces prix. Les principaux acheteurs et utilisateurs du maïs-grain au Canada ne désirent peut-être pas réellement importer du maïs des États-Unis mais ils se servent de sa disponibilité dans le cadre d'une offre ouverte et permanente [...] pour négocier avec leurs fournisseurs canadiens.

(L'affaire du *maïs-grain*, CIT-7-86, aux pp. 5 et 6.)

Le 7 novembre 1986, le Sous-ministre a rendu, conformément au par. 38(1), une décision provisoire sur la plainte et a décidé d'imposer des droits provisoires sur le maïs américain. À la suite de cette décision provisoire, le Tribunal canadien des importations a mené, en vertu de l'art. 42 de la *LMSI*, une enquête au terme de laquelle il a conclu que le «subventionnement des importations au Canada de maïs-grain [...] originaire ou exporté des États-Unis d'Amérique [...] a causé, cause et est susceptible de causer un préjudice sensible à la production au Canada de marchandises similaires» (p. 22). Les dispositions pertinentes de la *LMSI* autorisaient en conséquence l'imposition de droits compensateurs.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Pour en faciliter la consultation, je reproduis ci-dessous les dispositions législatives qui se rapportent aux présents pourvois.

Special Import Measures Act

38. (1) Subject to sections 39 and 40, within ninety days after the initiation of an investigation respecting the dumping or subsidizing of goods, the Deputy Minister shall make a preliminary determination of dumping or subsidizing with respect to the goods in respect of which the investigation has not been terminated pursuant to section 35 or 36 after estimating and specifying, in relation to each importer of goods in respect of which the investigation is made, as follows, namely,

(a) in the case of dumped goods,

(i) estimating the margin of dumping of the goods to which the preliminary determination applies, using the information available to him at the time the estimate is made, and

(ii) specifying the goods to which the preliminary determination applies;

(b) in the case of subsidized goods,

(i) estimating the amount of the subsidy on the goods to which the preliminary determination applies, using the information available to him at the time the estimate is made,

(ii) specifying the goods to which the preliminary determination applies, and

(iii) where the whole or any part of the subsidy on the goods to which the preliminary determination applies is an export subsidy, specifying that there is an export subsidy on the goods and estimating the amount of the export subsidy thereon . . . ; and

(c) in the case of dumped or subsidized goods, specifying the name of the person he believes, on the information available to him at the time he makes the estimate referred to in paragraph (a)(i) or (b)(i), as the case may be, is the importer in Canada of the goods.

(2) Where the Deputy Minister makes a preliminary determination of dumping or subsidizing in respect of goods, he shall

(a) cause notice of the determination to be given and published as provided in paragraph 34(a); and

(b) cause to be filed with the Secretary written notice of the determination, stating the reasons therefor, together with such other material relating to the determination as may be required under the rules of the Tribunal.

42. (1) The Tribunal, forthwith after receipt by the Secretary pursuant to subsection 38(2) of a notice of a preliminary determination of dumping or subsidizing in respect of goods, shall make inquiry with respect to such

Loi sur les mesures spéciales d'importation

38. (1) Sous réserve des articles 39 et 40, dans les quatre-vingt-dix jours suivant l'ouverture d'une enquête de dumping ou de subventionnement, le sous-ministre rend une décision provisoire de dumping ou de subventionnement concernant les marchandises au sujet desquelles n'a pas eu lieu la clôture d'enquête prévue aux articles 35 ou 36 après avoir, pour chacun des importateurs des marchandises pour lesquelles l'enquête est menée:

a) dans le cas de marchandises sous-évaluées:

(i) fait l'estimation de la marge de dumping des marchandises, compte tenu des renseignements dont il dispose,

(ii) précise les marchandises visées par la décision;

b) dans le cas de marchandises subventionnées:

(i) fait l'estimation du montant de la subvention concernant les marchandises, compte tenu des renseignements dont il dispose,

(ii) précise, les marchandises visées par la décision,

(iii) précise, s'il y a lieu, que les marchandises font l'objet d'une subvention à l'exportation et le montant estimatif de la subvention . . . ;

c) dans le cas de marchandises sous-évaluées ou subventionnées, précise le nom de la personne qu'il croit être l'importateur, compte tenu des renseignements dont il dispose à la date de l'estimation visée au sous-alinéa a)(i) ou b)(i), selon le cas.

(2) Dès qu'il rend une décision provisoire de dumping ou de subventionnement, le sous-ministre:

a) en fait donner et publier avis selon les modalités prévues à l'alinéa 34a);

b) en fait déposer auprès du secrétaire un avis motivé accompagné des pièces requises en l'espèce par les règles du Tribunal.

42. (1) Dès réception par le secrétaire de l'avis de décision provisoire de dumping ou de subventionnement prévu au paragraphe 38(2), le Tribunal fait enquête sur

of the following matters as is appropriate in the circumstances, namely,

(a) in the case of any goods to which the preliminary determination applies, as to whether the dumping or subsidizing of the goods

(i) has caused, is causing or is likely to cause material injury or has caused or is causing retardation, or

(ii) would have caused material injury or retardation except for the fact that provisional duty was imposed in respect of the goods;

(b) in the case of any dumped goods to which the preliminary determination applies, as to whether,

(i) either

(A) there has occurred a considerable importation of like goods that were dumped, which dumping has caused material injury or would have caused material injury except for the application of anti-dumping measures, or

(B) the importer of the goods was or should have been aware that the exporter was practising dumping and that such dumping would cause material injury, and

(ii) material injury has been caused by reason of the fact that the dumped goods

(A) constitute a massive importation into Canada, or

(B) form part of a series of importations into Canada, which importations in the aggregate are massive and have occurred within a relatively short period of time,

and it appears necessary to the Tribunal that duty be assessed on the imported goods in order to prevent the recurrence of such material injury; and

(c) in the case of any subsidized goods to which the preliminary determination applies where a subsidy on the goods is an export subsidy, as to whether

(i) material injury has been caused by reason of the fact that the subsidized goods

(A) constitute a massive importation into Canada, or

(B) form part of a series of importations into Canada, which importations in the aggregate are massive and have occurred within a relatively short period of time, and

(ii) a countervailing duty should be imposed on the subsidized goods in order to prevent the recurrence of such material injury.

celles parmi les questions suivantes qui sont indiquées dans les circonstances, à savoir:

a) si le dumping des marchandises en cause ou leur subventionnement:

(i) soit cause, a causé ou est susceptible de causer un préjudice sensible, soit cause ou a causé un retard sensible,

(ii) soit aurait causé un préjudice sensible ou un retard sensible sans l'application de droits provisoires aux marchandises;

b) si, dans le cas de marchandises sous-évaluées objet de la décision provisoire:

(i) d'une part:

(A) ou bien a eu lieu une importation considérable de marchandises similaires sous-évaluées dont le dumping a causé un préjudice sensible ou en aurait causé si des mesures antidumping n'avaient pas été prises,

(B) ou bien l'importateur des marchandises était ou aurait dû être au courant du dumping que pratiquait l'exportateur et du fait que ce dumping causerait un préjudice sensible,

(ii) d'autre part, un préjudice sensible a été causé du fait que les marchandises sous-évaluées:

(A) soit représentent une importation massive,

(B) soit appartiennent à une série d'importations, massives dans l'ensemble et échelonnées sur une période relativement courte,

et le Tribunal estime nécessaire que soient imposés des droits sur les marchandises importées afin de prévenir la réapparition du préjudice;

c) si, dans le cas de marchandises subventionnées objet de la décision provisoire pour lesquelles marchandises une subvention à l'exportation a été octroyée:

(i) d'une part, un préjudice sensible a été causé du fait que les marchandises subventionnées:

(A) soit représentent une importation massive,

(B) soit appartiennent à une série d'importations, massives dans l'ensemble et échelonnées sur une période relativement courte,

(ii) d'autre part, des droits compensateurs devraient être imposés sur les marchandises subventionnées afin de prévenir la réapparition du préjudice.

76. (1) Subject to this section and paragraph 91(1)(g), every order or finding of the Tribunal is final and conclusive.

Canadian Import Tribunal Rules, SOR/85-1068

36. Parties to an inquiry respecting the dumping or subsidizing of goods should, in the submissions and evidence that they present to the Tribunal, take into account that, in considering any issue of material injury or retardation, the Tribunal

(a) will wish to be informed about and will examine

- (i) the actual and potential volume of the dumped or subsidized goods imported into Canada,
- (ii) the effect of the dumped or subsidized goods on the prices of like goods in the domestic market, and
- (iii) the impact of the dumped or subsidized goods on the production of like goods in Canada;

(b) will, in relation to the factors mentioned in subparagraphs (a)(i) and (ii), consider

(i) whether there has been a significant increase in the importation into Canada of the dumped or subsidized goods, either absolutely or relative to the production or consumption in Canada of like goods,

(ii) whether the prices of the dumped or subsidized goods imported into Canada have significantly undercut the prices of like goods produced and sold in Canada, and

(iii) whether the effect of the importation into Canada of the dumped or subsidized goods has been

(A) to depress significantly the prices of like goods produced and sold in Canada, or

(B) to limit to a significant degree increases in the prices of like goods produced and sold in Canada;

(c) will, in relation to the factor mentioned in subparagraph (a)(iii), consider all relevant economic factors and indices that have a bearing on the industry that comprises or includes the like goods, including, without limiting the generality of the foregoing,

76. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article et de l'alinéa 91(1)g), les ordonnances ou conclusions du Tribunal sont définitives.

a Règles du Tribunal canadien des importations, DORS/85-1068

36. Les parties à une enquête sur le dumping ou le subventionnement de marchandises doivent, lorsqu'elles présentent des exposés ou des éléments de preuve au Tribunal, tenir compte du fait que le Tribunal, pour déterminer s'il y a eu ou non préjudice sensible ou retard sensible:

a) voudra connaître et considérer les facteurs suivants:

- (i) le volume réel et éventuel de marchandises sous-évaluées ou subventionnées qui ont été importées au Canada,
- (ii) l'effet du dumping ou du subventionnement de marchandises sur les prix de marchandises similaires sur le marché intérieur,
- (iii) l'effet du dumping ou du subventionnement de marchandises sur la production de marchandises similaires au Canada;

b) déterminera, en ce qui concerne les facteurs mentionnés aux sous-alinéas a)(i) et (ii):

(i) si le volume des marchandises sous-évaluées ou subventionnées qui sont importées au Canada a connu une forte augmentation, soit en termes absolus, soit en fonction de la production ou de la consommation au Canada de marchandises similaires,

(ii) si le prix des marchandises sous-évaluées ou subventionnées qui sont importées au Canada est de beaucoup inférieur au prix des marchandises similaires produites et vendues au Canada,

(iii) si l'importation au Canada des marchandises sous-évaluées ou subventionnées a eu pour effet:

(A) soit de faire baisser sensiblement le prix des marchandises similaires produites et vendues au Canada,

(B) soit de limiter, de façon sensible, les augmentations de prix des marchandises similaires produites et vendues au Canada;

c) tiendra compte, en ce qui concerne le facteur mentionné au sous-alinéa a)(iii), de tous les facteurs et indices économiques influant sur l'industrie qui englobe les marchandises similaires, notamment:

(i) actual and potential decline in output, sales, market share, profits, productivity, return on investments or utilization of capacity,

(ii) factors affecting domestic prices,

(iii) actual and potential negative effects on cash flow, inventories, employment, wages, growth, ability to raise capital or investments and, in the case of subsidizing of an agricultural product, whether there has been an increase in the financial burden on a federal or provincial government agricultural support program in Canada; and

d) will consider such other matters as may be relevant to the inquiry.

(i) la réduction réelle ou éventuelle de la production, des ventes, de la part du marché, des bénéfices, de la productivité, du rendement du capital investi et de l'utilisation de la capacité de production,

(ii) les facteurs qui influent sur les prix canadiens, (iii) les effets négatifs, réels ou éventuels, sur les liquidités, les stocks, l'emploi, les salaires, la croissance de l'industrie, la capacité de recueillir des capitaux ou des investissements et, dans le cas du subventionnement d'un produit agricole, l'accroissement, s'il y a lieu, de la charge financière d'un programme fédéral ou provincial de soutien de l'agriculture au Canada;

d) tiendra compte de toute autre question qui peut être liée à l'enquête.

Federal Court Act

28. (1) Notwithstanding section 18 or the provisions of any other Act, the Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine an application to review and set aside a decision or order, other than a decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis, made by or in the course of proceedings before a federal board, commission or other tribunal, upon the ground that the board, commission or tribunal

(*a*) failed to observe a principle of natural justice or otherwise acted beyond or refused to exercise its jurisdiction;

(*b*) erred in law in making its decision or order, whether or not the error appears on the face of the record; or

(*c*) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it.

Loi sur la Cour fédérale

28. (1) Nonobstant l'article 18 ou les dispositions de toute autre loi, la Cour d'appel a compétence pour entendre et juger une demande d'examen et d'annulation d'une décision ou ordonnance, autre qu'une décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire, rendue par un office, une commission ou un autre tribunal fédéral ou à l'occasion de procédures devant un office, une commission ou un autre tribunal fédéral, au motif que l'office, la commission ou le tribunal

a) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou a autrement excédé ou refusé d'exercer sa compétence;

b) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que l'erreur ressorte ou non à la lecture du dossier; ou

c) a fondé sa décision ou son ordonnance sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance.

General Agreement on Tariffs and Trade

Article VI

6. (*a*) No contracting party shall levy any anti-dumping or countervailing duty on the importation of any product of the territory of another contracting party unless it determines that the effect of the dumping or subsidization, as the case may be, is such as to cause or threaten material injury to an established domestic

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce

Article VI

6. *a*) Aucune partie contractante ne percevra de droits anti-dumping ou compensateurs à l'importation d'un produit du territoire d'une autre partie contractante, à moins qu'elle ne constate que l'effet du dumping ou de la subvention, selon le cas, est tel qu'il cause ou menace de causer un préjudice important à une produc-

industry, or is such as to retard materially the establishment of a domestic industry.

Agreement on Interpretation and Application of Articles VI, XVI and XXIII of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT Code on Subsidies and Countervailing Duties)

Article 6

Determination of Injury

1. A determination of injury for purposes of Article VI of the General Agreement shall involve an objective examination of both (a) the volume of subsidized imports and their effect on prices in the domestic market for like products and (b) the consequent impact of these imports on domestic producers of such products.

2. With regard to volume of subsidized imports the investigating authorities shall consider whether there has been a significant increase in subsidized imports, either in absolute terms or relative to production or consumption in the importing signatory. With regard to the effect of the subsidized imports on prices, the investigating authorities shall consider whether there has been a significant price undercutting by the subsidized imports as compared with the price of a like product of the importing signatory, or whether the effect of such imports is otherwise to depress prices to a significant degree or prevent price increases, which otherwise would have occurred, to a significant degree. No one or several of these factors can necessarily give decisive guidance.

3. The examination of the impact on the domestic industry concerned shall include an evaluation of all relevant economic factors and indices having a bearing on the state of the industry such as actual and potential decline in output, sales, market share, profits, productivity, return on investments, or utilization of capacity; factors affecting domestic prices; actual and potential negative effects on cash flow, inventories, employment, wages, growth, ability to raise capital or investment and, in the case of agriculture, whether there has been an increased burden on Government support programmes. This list is not exhaustive, nor can one or several of these factors necessarily give decisive guidance.

4. It must be demonstrated that the subsidized imports are, through the effects of the subsidy, causing injury

tion nationale établie ou qu'il retarde sensiblement la création d'une production nationale.

Accord relatif à l'interprétation et à l'application des articles VI, XVI et XXIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (Code des subventions et des droits compensateurs du GATT)

Article 6

b Détermination de l'existence d'un préjudice

1. La détermination de l'existence d'un préjudice aux fins de l'article VI de l'Accord général comportera un examen objectif a) du volume des importations subventionnées et de leur effet sur les prix des produits similaires sur le marché intérieur, et b) de l'incidence de ces importations sur les producteurs nationaux de ces produits.

2. Pour ce qui concerne le volume des importations subventionnées, les autorités chargées de l'enquête examineront s'il y a eu augmentation importante des importations subventionnées, soit en quantité absolue, soit par rapport à la production ou à la consommation du signataire importateur. Pour ce qui concerne l'effet des importations subventionnées sur les prix, les autorités chargées de l'enquête examineront s'il y a eu, dans les importations subventionnées, sous-cotation importante du prix par rapport au prix d'un produit similaire du signataire importateur, ou si ces importations ont d'autre manière pour effet de déprimer les prix de façon importante ou d'empêcher de façon importante des hausses de prix qui, sans cela, se seraient produites. Un seul ni même plusieurs de ces éléments ne constitueront pas nécessairement une base de jugement déterminante.

3. L'examen de l'incidence sur la branche de production nationale concernée comportera une évaluation de tous les éléments et indices économiques pertinents qui influent sur la situation de cette branche, tels que: diminution effective ou potentielle de la production, des ventes, de la part de marchés, des bénéfices, de la productivité, du rendement des investissements ou de l'utilisation des capacités; éléments qui influent sur les prix intérieurs; effets négatifs, effectifs ou potentiels, sur le flux de liquidités, les stocks, l'emploi, les salaires, la croissance, la possibilité de se procurer des capitaux ou l'investissement et, s'agissant de l'agriculture, point de savoir s'il y a eu accroissement de la charge qui pèse sur les programmes gouvernementaux de soutien. Cette liste n'est pas exhaustive, et un seul ni même plusieurs de ces éléments ne constitueront pas nécessairement une base de jugement déterminante.

4. Il doit être démontré que les importations subventionnées causent, par les effets de la subvention, un préju-

within the meaning of this Agreement. There may be other factors which at the same time are injuring the domestic industry, and the injuries caused by other factors must not be attributed to the subsidized imports.

III. The Decisions of the Courts Below

As I stated earlier, the majority of the Tribunal concluded that the subsidization of U.S. corn had caused, was causing and was likely to cause material injury to Canadian producers. I turn now to the reasons of the majority for reaching that conclusion, as well as to the decision of the Federal Court of Appeal.

Canadian Import Tribunal

Majority Decision

The majority first outlined the position of Canadian corn growers. It remarked that the latter basically argued that, in the face of American subsidies, they had two choices: they could either maintain their prices and risk losing a share of the market, or they could lower their prices in an effort to remain competitive with their American counterparts. The Tribunal observed that the Canadian producers had, for the most part, chosen the latter alternative.

The majority then dealt with the appellants' main argument, namely that there was no causal linkage between the financial predicament of Canadian producers and the importation of American grain in Canada. In this respect, the majority noted (at p. 15):

Other indicia of injury normally considered, such as increased imports and loss of sales and employment, are not present in this case because Canadian corn producers have accepted lower prices in order to maintain sales in the face of the potential inflow of low-priced U.S. corn.

The majority next went on to find that the American subsidies adversely affected the price of corn in Canada. It concluded (at p. 20):

dice au sens où l'entend le présent accord. Il pourra y avoir d'autres éléments qui, au même moment, causent un préjudice à la branche de production nationale, et les préjudices causés par ces autres éléments ne doivent pas être imputés aux importations subventionnées.

III. Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Comme je l'ai dit précédemment, le Tribunal a décidé à la majorité que le subventionnement du maïs américain avait causé, causait et était susceptible de causer un préjudice sensible aux producteurs canadiens. J'entreprends maintenant un examen des motifs qui ont amené la majorité à tirer cette conclusion ainsi que de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale.

Tribunal canadien des importations

d Décision de la majorité

La majorité a commencé par exposer la position des producteurs de maïs canadiens. Ces derniers, a-t-elle fait remarquer, ont soutenu en substance que, devant les subventions américaines, ils n'avaient que deux possibilités: soit maintenir leurs prix et courir le risque de perdre une part du marché, soit les baisser afin de pouvoir continuer à concurrencer leurs homologues américains. Le Tribunal a souligné que les producteurs canadiens avaient pour la plupart choisi la seconde possibilité.

La majorité a abordé ensuite l'argument principal des appelantes, savoir celle de l'inexistence d'un lien de causalité entre les difficultés financières des producteurs canadiens et l'importation de grain américain au Canada. La majorité dit à ce propos (à la p. 10):

Les autres indices de préjudice qui sont normalement pris en considération, notamment une augmentation des importations et une diminution des ventes et du nombre d'emplois, ne sont pas présents dans le cas qui nous intéresse parce que les producteurs canadiens de maïs ont accepté de baisser leurs prix de façon à préserver leurs ventes face à l'invasion éventuelle de maïs américain vendu à bas prix.

La majorité a ensuite conclu que les subventions américaines avaient eu un effet préjudiciable sur le prix du maïs au Canada (à la p. 16):

From the evidence, the majority of the panel is persuaded that the dramatic decline in the international price for grain corn is, in very large measure, a direct consequence of the provisions of the 1985 Farm Bill Because of the open nature of the Canadian market, these lower prices were transferred to Canada, with substantial adverse effect on Canadian producers For these reasons, the majority of the panel therefore concludes that the subsidization of U.S. grain corn has caused and is causing material injury to Canadian corn producers.

After having determined that American subsidies caused Canadian prices to fall and that the Canadian industry had suffered and was suffering as a result, the Tribunal considered more closely s. 42 of *SIMA*. The appellants' argument was that the goods which are targeted by s. 42, given the scheme of *SIMA* and Canada's obligations under the *GATT*, are imported subsidized goods. It was contended that the *OCPA* could not benefit from the protection of a countervailing duty as its case was based on potential as opposed to actual imports. Rejecting that argument, the majority gave a broader interpretation to the Canadian legislation. Accepting the *OCPA*'s argument that consideration could be given not only to actual imports but also to the inflow of imports that would certainly ensue absent a price response by Canadian producers, the majority, after noting that it felt entitled to look at the *GATT* for guidance, stated (at p. 22):

Both the *Special Import Measures Act* and the *GATT Subsidies Code* exist for the express purpose of dealing with unfairly traded goods which cause or threaten injury. Necessarily, their provisions must be interpreted, not in the abstract, but within the context of the environment within which they apply, namely, international trade. Since the economic and commercial realities of international trade dictate that price be met or market share lost, the majority of the panel is persuaded to adopt the broader interpretation of "subsidized imports", that is, that cognizance be taken of potential or likely imports in the determination of material injury. To do otherwise, in the view of the majority of the panel, would be to frustrate the purpose of the system.

Se fondant sur les témoignages reçus, la majorité du jury est persuadé que la baisse spectaculaire du prix international du maïs-grain est, dans une très large mesure, une conséquence directe des dispositions du Farm Bill de 1985 [. . .] Comme le marché canadien est ouvert, ces prix plus faibles se sont répercutés au Canada et ont eu des conséquences fâcheuses d'envergure pour nos producteurs [. . .] Pour ces raisons, la majorité du jury conclut donc que le subventionnement du maïs-grain américain a causé et cause un préjudice sensible aux producteurs canadiens de maïs.

Ayant décidé que les subventions américaines avaient provoqué la chute des prix canadiens et que les producteurs canadiens en avaient souffert et en souffraient encore, le Tribunal a examiné de plus près l'art. 42 de la *LMSI*. Les appelantes ont allégué que, compte tenu du régime établi par la *LMSI* et des obligations incombant au Canada aux termes du *GATT*, l'art. 42 vise les marchandises subventionnées importées. Elles ont soutenu que l'*OCPA* ne pouvait bénéficier de la protection de droits compensateurs puisque sa thèse reposait sur des importations éventuelles plutôt que sur des importations réelles. La majorité a rejeté cet argument en donnant à la loi canadienne une interprétation plus large. Retenant le moyen de l'*OCPA*, selon lequel pouvaient être prises en considération non seulement les importations réelles mais aussi l'affluence d'importations qui s'ensuivrait certainement si les producteurs canadiens n'ajustaient pas leurs prix, et ayant indiqué qu'elle se croyait autorisée à se servir du *GATT* comme guide, la majorité dit (à la p. 18):

La Loi sur les mesures spéciales d'importation et le Code des subventions du *GATT* visent tous deux explicitement le problème des marchandises qui font l'objet d'un commerce déloyal et causent ou menacent de causer un préjudice. Leurs dispositions doivent forcément être interprétées, non pas dans l'abstrait, mais en tenant compte de l'environnement dans lequel elles s'appliquent, à savoir le commerce international. Vu que les réalités économiques et commerciales des échanges internationaux imposent d'offrir des prix concurrentiels ou de perdre sa part du marché, la majorité du jury croit qu'il faut interpréter largement le terme «importations subventionnées», c'est-à-dire qu'il faut tenir compte des importations éventuelles et probables pour déterminer s'il y a un préjudice sensible. Faire autrement, estime-t-elle, serait contrecarrer le système.

After observing that there have been, in recent years, imports of American grain into Canada, the majority stated that the real issue was whether imports would increase in the absence of a price response by Canadian producers to American subsidies. The majority concluded that, given the openness of the Canadian market, higher levels of imports would have been a certainty.

Dissent

The dissenting member of the panel, while accepting that American policy had contributed to the world glut in the grain corn industry, rejected the claim that the Canadian producers were entitled to the relief afforded by the imposition of a countervailing duty. In his opinion, the OCPA, in order to succeed, had to show that the injury related to subsidized imports and not merely "to the availability of trans-border stocks at depressed world prices" (p. 36). The OCPA, in his view, had failed in making its case.

First, the dissenting member pointed out that there were other factors besides American policy which were responsible for the Canadian producers' difficulties. He stated (at pp. 35-36):

... there is equally little doubt that other adverse factors were present to depress world prices. There were many references to the trade war between the U.S. and the European Economic Community and the distortions it creates in the supply of agricultural commodities generally. There is the effect of the technological advance in the development of corn hybrids, fertilizers and insecticides which has revolutionized the concepts of yield per acre. Such knowledge is available worldwide, particularly to developing countries which seek to attain self-sufficiency in agricultural products. The high value of the American dollar in recent years made the cost of imports more expensive. In the aftermath of the recent deep depression which affected all nations, debt-burdened countries restricted their purchases. Erstwhile importing nations have become exporters. There is more intensive competition for the available export business as import demand shrinks. And with the advantage of hindsight we can attach blame to poor forecasting.

Après avoir constaté qu'il y avait eu des importations de grain américain au Canada au cours des dernières années, la majorité a ajouté que la véritable question était de savoir si ces importations augmenteraient si les producteurs canadiens ne réagissaient pas en modifiant leurs prix en fonction des subventions américaines. Selon la majorité, la nature ouverte du marché canadien rendait inévitable l'accroissement des importations.

La dissidence

Le membre dissident du Tribunal, tout en convenant que la politique américaine avait contribué à causer l'engorgement mondial dans le secteur du maïs-grain, a rejeté le point de vue selon lequel les producteurs canadiens avaient droit à la réparation que représente l'imposition de droits compensateurs. D'après lui, l'OCPA ne pouvait obtenir gain de cause que si elle démontrait que le préjudice était relié aux importations subventionnées et non pas simplement «à la disponibilité de stocks transfrontaliers à des prix mondiaux à la baisse» (p. 31). L'OCPA, à son avis, n'avait pas réussi à justifier sa demande.

Le membre dissident a d'abord souligné que d'autres facteurs que la politique américaine étaient à l'origine des difficultés des producteurs canadiens. Il a affirmé (à la p. 30):

... il y a également peu de doutes que d'autres facteurs défavorables jouaient un rôle dans la baisse des prix mondiaux. Il y a eu de nombreuses allusions à la guerre commerciale entre les États-Unis et la Communauté économique européenne et aux distorsions qu'elle crée dans la fourniture des denrées agricoles en général. Il y a aussi l'effet des progrès technologiques dans la mise au point du maïs hybride, des engrais et des insecticides qui ont révolutionné les notions du rendement à l'acre. Ces connaissances sont accessibles à l'échelle mondiale, en particulier aux pays en voie de développement qui cherchent à atteindre l'autosuffisance en matière de produits agricoles. La valeur élevée du dollar américain, ces dernières années, a rendu les importations plus coûteuses. À la suite de la profonde dépression récente qui a touché tous les pays, les pays endettés ont réduit leurs achats. Des pays antérieurement importateurs sont devenus exportateurs. La concurrence s'intensifie pour les marchés d'exportation disponibles au fur et à mesure que la demande diminue. En rétrospective, on peut en imputer la faute à une mauvaise prévision.

The dissenting member of the panel then turned to s. 42 of *SIMA*. Like the majority, he considered the appellants' argument that there could be no material injury unless there was a causal link between the prejudice said to have been suffered and subsidized imports. After suggesting that the relevant provisions of the *GATT* provided protection against subsidized imports only and after having observed that there was only a slight amount of Canadian importations of U.S. corn in the relevant time frame, he stated, reaching a conclusion different from that of his colleagues, that (at pp. 42-43):

A number of factors have been identified as having contributed to this situation of distress, and no doubt the U.S. subsidization programme, by encouraging production, contributed to the world glut, but the injury being suffered is not the kind for which *SIMA* and the *GATT* have provided a remedy: namely, injury caused by reason of subsidized imports.

Given all of the above, I determine that imports of U.S. subsidized grain corn have not caused material injury to Canadian production.

Nor can I make a finding of likelihood of material injury. The admonition of the *GATT* Code is that such findings should not be based on speculation or conjecture, but that the circumstances required to justify such a conclusion must be real and imminent.

I cannot make a likelihood finding essentially for the same reason that I have determined that there was no past injury: injury must relate to the presence in Canada of subsidized imports. It would be sheer speculation and conjecture to hold that, in the absence of a countervailing duty, subsidized imports would enter Canada in such volume as to cause material injury.

Federal Court of Appeal

The Federal Court of Appeal dismissed the appellants' applications for judicial review made pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*: [1989] 2 F.C. 517. In a majority decision, the Court held

Le membre dissident du Tribunal s'est penché ensuite sur l'art. 42 de la *LMSI*. À l'instar de la majorité, il a examiné l'argument des appelantes voulant qu'il ne puisse y avoir de préjudice sensible en l'absence d'un lien de causalité entre le préjudice qu'on prétend avoir subi et les importations subventionnées. Après avoir affirmé que les dispositions pertinentes du *GATT* n'offraient une protection que contre les importations subventionnées et après avoir fait remarquer qu'au cours de la période en cause les importations au Canada de maïs américain avaient été faibles, il a tiré une conclusion différente de celle de ses collègues (aux pp. 39 et 40):

On a constaté qu'un certain nombre de facteurs avait contribué à créer cette situation affligeante, et il ne fait aucun doute que le programme de subventionnement américain, en encourageant la production, a contribué à créer l'engorgement mondial, mais le préjudice subi n'est pas celui du genre auquel la Loi sur les mesures spéciales d'importation et le *GATT* ont remédié. À savoir, le préjudice causé par les importations subventionnées.

Compte tenu de toutes les explications ci-dessus, je juge que les importations de maïs-grain américain subventionné n'ont pas causé de préjudice sensible à la production canadienne.

Je ne peux pas non plus conclure qu'il y a probabilité de préjudice sensible. Le code du *GATT* donne l'avertissement que ces conclusions ne doivent pas être fondées sur des suppositions ou des conjectures, mais que les circonstances requises pour justifier une telle conclusion doivent être réelles et imminentes.

Je ne peux pas conclure qu'il y a probabilité de préjudice, essentiellement pour la même raison que j'ai jugé qu'il n'y avait pas eu de préjudice dans le passé: le préjudice doit être relié à la présence au Canada d'importations subventionnées. Ce serait pure spéculation et conjecture que de décréter que, en l'absence de droits compensateurs, des importations subventionnées entreraient au Canada si massivement que cela causerait un préjudice sensible.

Cour d'appel fédérale

La Cour d'appel fédérale a rejeté les demandes de contrôle judiciaire présentées par les appelantes conformément à l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*: [1989] 2 C.F. 517. La cour à la majorité

at pp. 538-39 that the approach of the Tribunal was “sensible and reasonable as it relates to deciding whether material injury is likely to be caused to Canadian domestic producers”. In a s. 28 application, the Court noted that it is sufficient, in order for the Tribunal’s decision to be maintained, that there is some basis for its findings and conclusion. In this case, the Court was of the view that such a basis had been established.

Majority

The majority of the Court of Appeal remarked that the main issue before it concerned the interpretation of s. 42 of *SIMA*.

After addressing itself to the scheme of *SIMA* and to the appropriate *GATT* provisions, the majority found that s. 42 was unambiguous in that it referred only to subsidizing and not to “subsidized imports”. While acknowledging that a court should generally interpret statutes so as to be in conformity with international obligations, the majority held that, as the terms of s. 42 were clear, effect had to be given to the Canadian legislation in preference to other words used in the *GATT*. For all intents and purposes, the majority found that one could not use the *GATT* as a basis for reading the terms “subsidized imports” into s. 42 of *SIMA*. However, the majority observed, at p. 533, that:

Moreover, the words used in section 42 do not lead to a perverse or absurd conclusion by the clear meaning that the majority of the Tribunal gave them. The majority characterized their reading of the section as a wider and, in effect, more liberal construction saying this was appropriate for the Act and *GATT* generally.

The majority noted that the decision of the Tribunal could be read as saying that there was, in fact, a causal relationship between imported corn and injury to Canadian producers. The majority remarked that the Tribunal had found that there were imports into Canada and that these imports would have taken on greater importance had Canadian producers not lowered their prices.

a statué, à la p. 539, que le critère adopté par le Tribunal était «sensé et raisonnable en ce qui a trait à l’appréciation de la question de savoir si un préjudice sensible est susceptible d’être causé aux producteurs nationaux du Canada». La cour a souligné que, dans le cas d’une demande fondée sur l’art. 28, il suffit pour que la décision du Tribunal soit maintenue que ses constatations et sa conclusion aient un fondement quelconque. La cour a estimé qu’en l’espèce ce fondement avait été établi.

La majorité

La Cour d’appel à la majorité a fait remarquer que la principale question en litige concernait l’interprétation de l’art. 42 de la *LMSI*.

Après avoir examiné l’économie de la *LMSI* et les dispositions pertinentes du *GATT*, la cour à la majorité a conclu que l’art. 42 ne comporte aucune ambiguïté puisqu’il ne parle que du subventionnement et non pas d’importations subventionnées. Tout en reconnaissant qu’une cour devrait en règle générale donner aux lois une interprétation qui soit conforme aux obligations internationales, la cour à la majorité a conclu que, vu la clarté du texte de l’art. 42, la loi canadienne devait être appliquée de préférence à d’autres termes employés dans le *GATT*. La cour à la majorité a conclu en somme qu’on ne pouvait se fonder sur le *GATT* pour interpréter l’art. 42 de la *LMSI* comme s’il contenait l’expression «importations subventionnées». La cour à la majorité fait cependant remarquer, à la p. 533:

De plus, les termes de l’article 42 ne conduisent pas à une conclusion absurde si on leur prête le sens clair que leur a trouvé la majorité du Tribunal. La majorité a dit de son interprétation de cet article qu’elle était plus large et effectivement plus libérale que les autres, et elle a déclaré que ce type d’interprétation convenait au *GATT* et à la Loi de façon générale.

D’après la cour à la majorité, la décision du Tribunal pouvait s’interpréter comme signifiant qu’il existait en fait un lien de causalité entre le maïs importé et le préjudice subi par les producteurs canadiens. Le Tribunal, a fait observer la cour à la majorité, avait constaté l’existence d’importations au Canada et que celles-ci auraient connu un accroissement important si les produc-

While suggesting that the Tribunal's reasons were not as clear as they could have been, the majority held that its ruling was not unreasonable. The majority therefore declined to interfere with its findings.

Dissent

MacGuigan J., in dissent, observed that the most fundamental issue was whether there could be material injury in the absence of a causal link between that injury and subsidized imports. The answer to that question, he noted, depended on s. 42 of *SIMA* and the importance to be given, in interpreting the legislation, to Canada's obligations under the *GATT*.

MacGuigan J. remarked that, to the extent that the Canadian legislation would have to be read in light of the *GATT*, there could be no material injury unless that injury was caused by subsidized imports. With respect to the Code on Subsidies and Countervailing Duties he concluded, at p. 547:

In sum, I find the interpretation of the Code crystal-clear as to national action against the subsidies of other countries: countervailing duties can be imposed only where there is "a causal link between the subsidized imports and the alleged injury". All signatories are bound to this standard.

After reviewing the scheme of *SIMA* and observing that it refers to the *GATT* in "several key areas", MacGuigan J. concluded, at p. 550, that *SIMA* "would appear to involve an acceptance of the whole scheme of the Code, which requires a causal connection between subsidized imports and domestic injury". Noting that the Federal Court of Appeal has held that the words of a statute must be interpreted in accordance with their total context and quoting from the statement of the Minister who introduced *SIMA*, MacGuigan J. held that the legislation was indeed enacted to implement Canada's international obligations under the *GATT*.

teurs canadiens n'avaient pas baissé leurs prix. Tout en indiquant que les motifs du Tribunal n'avaient pas la clarté qu'on aurait pu souhaiter, la cour à la majorité a jugé que sa décision n'était pas a déraisonnable et a refusé en conséquence d'y toucher.

La dissidence

b Le juge MacGuigan, dissident, a dit que la question la plus fondamentale était de savoir s'il pouvait y avoir un préjudice sensible en l'absence d'un lien de causalité entre le préjudice et les importations subventionnées. La réponse à cette c question, a-t-il souligné, tenait à l'art. 42 de la *LMSI* et à l'importance à attacher, dans l'interprétation de cette loi, aux obligations imposées au Canada par le *GATT*.

d Le juge MacGuigan a fait remarquer que dans la mesure où la loi canadienne devait être interprétée en fonction du *GATT*, il ne pouvait y avoir de préjudice sensible à moins qu'il ne s'agisse d'un e préjudice causé par des importations subventionnées. En ce qui concerne le Code des subventions et des droits compensateurs, il conclut, à la p. 547:

f En résumé, je considère que le Code est parfaitement clair en ce qui concerne les contre-mesures nationales visant les subventions d'autres pays: des droits compensateurs ne peuvent être imposés que lorsqu'il existe «un lien de causalité entre les importations subventionnées et le préjudice prétendu». Tous les signataires sont liés par ce critère.

g Après avoir terminé son examen de l'économie de la *LMSI* et après avoir fait observer que celle-ci renvoie au *GATT* dans «plusieurs domaines clés», le juge MacGuigan a conclu, à la p. 550, qu'elle h «semblerait impliquer une acceptation de l'ensemble de l'économie du Code, qui exige un lien de causalité entre les importations subventionnées et le préjudice national subi». Soulignant que la Cour d'appel fédérale a statué que les termes d'une loi i doivent être interprétés en fonction de l'ensemble du contexte dans lequel ils s'inscrivent et citant la déclaration du Ministre qui avait déposé la *LMSI*, le juge MacGuigan a conclu que cette loi est j effectivement destinée à faire en sorte que soient remplies les obligations internationales du Canada découlant du *GATT*.

Turning his attention to s. 42 of *SIMA*, MacGuigan J. disagreed with his colleagues that the words in the section were clear and unambiguous. Recourse could be had, in his view, to the international treaty as an aid to interpretation. He stated, at p. 554:

In sum, [*SIMA*] is so enmeshed with the Code that it must be taken to be an implementation and reflection of it. It must therefore be presumed that Parliament intended that *SIMA* should be interpreted in accordance with the Code. Consequently, to the extent that the majority decision of CIT depended upon an interpretation of *SIMA* contrary to the Code it was vitiated by error of law.

MacGuigan J. then analyzed the decision of the Tribunal. At page 557, he quoted that part of the decision where the majority stated:

From the evidence, the majority of the panel is persuaded that the dramatic decline in the international price for grain corn is, in very large measure, a direct consequence of the provisions of the 1985 Farm Bill; . . . For these reasons, the majority of the panel therefore concludes that the subsidization of U.S. grain corn has caused and is causing material injury to Canadian corn producers.

MacGuigan J. found that the Tribunal's conclusion was erroneous in law. The finding of material injury, in his opinion, was founded on "an analysis [made] without regard to the Code standard that the domestic material injury must have been caused by subsidized imports" (p. 557).

MacGuigan J. concluded that "material injury" can refer only to what has actually happened. Observing that there had been low levels of imports in the relevant time frame, he held that "[w]here subsidized imports have not actually increased no material injury can be shown to have been so caused" (p. 557).

While acknowledging that account must be taken of potential injury, MacGuigan J. held that the Tribunal's conclusions were too speculative. He stated, at p. 559:

But that much higher levels of imports would have been a certainty, as stated and defended by the majority, does not appear to be a reasonable speculation about the

Portant son attention sur l'art. 42 de la *LMSI*, le juge MacGuigan n'a pas partagé l'avis de ses collègues sur la clarté et l'absence d'ambiguïté des termes de cet article. Selon lui, il était permis de recourir au traité international comme aide à l'interprétation. Il a affirmé, à la p. 554:

En somme, la [*LMSI*] et le Code sont si liés que celle-ci doit être considérée comme le mettant en œuvre et le reflétant. L'on doit donc présumer que le Parlement a eu l'intention que la *LMSI* soit interprétée conformément au Code. En conséquence, la décision de la majorité du TCI était viciée par une erreur de droit dans la mesure où elle dépendait d'une interprétation de la *LMSI* contraire au Code.

Le juge MacGuigan a ensuite analysé la décision du Tribunal. À la page 557, il a cité le passage où la majorité dit:

Se fondant sur les témoignages reçus, la majorité du jury est persuadé que la baisse spectaculaire du prix international du maïs-grain est, dans une très large mesure, une conséquence directe des dispositions du Farm Bill de 1985; [. . .] Pour ces raisons, la majorité du jury conclut donc que le subventionnement du maïs-grain américain a causé et cause un préjudice sensible aux producteurs canadiens de maïs.

Le juge MacGuigan a jugé erronée en droit la conclusion du Tribunal. À son avis, la conclusion à l'existence d'un préjudice sensible reposait sur «une analyse qui ne tient pas compte du critère propre au Code selon lequel le préjudice sensible subi au pays doit avoir été causé par les importations subventionnées» (p. 557).

L'expression «préjudice sensible», a conclu le juge MacGuigan, ne peut désigner que ce qui s'est réellement produit. Constatant le faible niveau des importations au cours de la période en cause, il a dit que «[l]orsque les importations subventionnées n'ont pas véritablement augmenté, il ne peut être établi qu'un préjudice sensible a ainsi été causé» (p. 557).

Tout en reconnaissant la nécessité de tenir compte du préjudice éventuel, le juge MacGuigan a qualifié de trop conjecturales les conclusions du Tribunal. Il écrit, à la p. 559:

Mais la conclusion prise et soutenue par la majorité que des importations auraient certainement été beaucoup plus considérables n'apparaît pas constituer une conjec-

future. Indeed, it is not evident to me that the majority decision has any rationale at all beyond this bold verbal assertion of certainty.

MacGuigan J. concluded that the Tribunal's error of law in attributing material injury to U.S. subsidies when, in fact, no material injury had been proven, also applied to the Tribunal's finding with respect to the likelihood of injury in the future. He would have returned the matter to the Tribunal for redetermination in light of the requirement that material injury to Canadian producers must be causally linked to subsidized imports.

IV. Issue

As has been seen in the Federal Court of Appeal, the case was argued and decided on the basis of whether the Canadian Import Tribunal properly interpreted *SIMA*. In this Court, however, the interveners raised a quite different issue, namely whether the decision of the Tribunal is patently unreasonable so as to warrant the intervention of the Court pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*. As will become apparent later in this judgment, that seems to me to be the proper issue to consider. The cases clearly establish that the Court should not interfere with an expert Tribunal's decision unless the interpretation of the Tribunal was patently unreasonable. This involves a consideration of the following:

(1) whether it was patently unreasonable for the Tribunal to give consideration to the terms of the *GATT* in interpreting s. 42 of *SIMA*;

(2) whether it was patently unreasonable for the Tribunal to conclude that, in applying s. 42 to this case, reliance could be placed on potential as well as actual imports, and

(3) whether the Tribunal's conclusion, on the evidence, that American subsidization of imports had caused, was causing and was likely to cause ma-

ture raisonnable au sujet de l'avenir. En effet, il ne me semble pas évident que la décision de la majorité soit étayée par autre chose que cette affirmation verbale téméraire.

^a Le juge MacGuigan a conclu que l'erreur de droit commise par le Tribunal en imputant un préjudice sensible aux subventions américaines alors qu'en réalité l'existence d'aucun préjudice sensible n'avait été prouvée entachait également la conclusion du Tribunal relativement à la probabilité d'un préjudice futur. Il aurait renvoyé l'affaire au Tribunal pour qu'il se prononce de nouveau en tenant compte de l'exigence qu'il existe un lien de causalité entre le préjudice sensible causé aux producteurs canadiens et les importations subventionnées.

IV. La question en litige

^d Comme nous l'avons vu, en Cour d'appel fédérale, l'affaire a été débattue et tranchée en fonction de la question de savoir si le Tribunal canadien des importations avait bien interprété la ^e *LMSI*. Devant notre Cour, toutefois, les intervenantes ont soulevé une question tout à fait différente, à savoir si la décision du Tribunal est manifestement déraisonnable au point de justifier l'intervention de la Cour conformément à l'art. 28 ^f de la *Loi sur la Cour fédérale*. Comme le démontrent plus loin les présents motifs, cette question me semble être celle qu'il convient d'examiner. La jurisprudence établit clairement que la Cour ne doit pas toucher à la décision d'un tribunal spécialisé à moins que l'interprétation qu'il a donnée ne soit manifestement déraisonnable. Nous sommes donc appelés à décider:

^h (1) s'il était manifestement déraisonnable pour le Tribunal de tenir compte des termes du *GATT* en interprétant l'art. 42 de la *LMSI*;

ⁱ (2) s'il était manifestement déraisonnable pour le Tribunal de conclure qu'en appliquant l'art. 42 à la présente affaire il pouvait prendre en considération aussi bien les importations éventuelles que les importations réelles; et

^j (3) si, compte tenu de la preuve, la conclusion du Tribunal que le subventionnement des importations par les Américains avait causé, causait et

terial injury to Canadian producers was patently unreasonable.

V. Parties' Main Submissions

The Appellants

The appellants (respectively users of both American and Canadian corn and representing interests of American corn producers) note at the outset that s. 42 of *SIMA* does not use the terms "imported goods". However, because of the legislative scheme in which the section is embedded and because the legislation as a whole is designed to implement Canada's international obligations under the *GATT*, the appellants submit that the material injury claimed to have been suffered must relate to subsidized imports and not simply to the fact of subsidization in a foreign country. The appellants contend that the term "goods" is employed in s. 42 in such a way that there is an underlying assumption that the only subsidized goods with which *SIMA* is concerned are imported subsidized goods. Arguing that there can be no finding of material injury unless such an injury is caused either by subsidized goods that are imported into Canada or for which there is a meaningful threat that such importation will occur in the future, the appellants submit that the Tribunal's conclusions in this case are inconsistent with both *SIMA* and the *GATT*.

The Respondent

The respondent did not submit written arguments nor did it appear before this Court.

The Interveners

- a) Ontario Corn Producers' Association, Manitoba Corn Growers Association Inc. and Fédération des producteurs de cultures commerciales du Québec

Counsel for the above-mentioned interveners argues that *SIMA*, given that its purpose is to provide Canadian producers with relief from unfair and injurious import competition, should not be interpreted in an excessively narrow manner. Counsel submits that to accept the

était susceptible de causer un préjudice sensible aux producteurs canadiens était manifestement déraisonnable.

V. Les principaux moyens des parties

Les appelantes

Les appelantes (respectivement usagers du maïs américain et du maïs canadien et représentant les intérêts des producteurs américains de maïs) soulignent au départ que l'art. 42 de la *LMSI* ne contient pas l'expression «marchandises importées». Toutefois, en raison du régime législatif dans lequel s'insère cet article et puisque la *LMSI* dans son ensemble est destinée à faire en sorte que soient remplies les obligations internationales du Canada découlant du *GATT*, les appelantes font valoir que le préjudice sensible qu'on prétend avoir subi doit se rapporter aux importations subventionnées et non pas simplement au fait du subventionnement dans un pays étranger. Selon les appelantes, le terme «marchandises» est employé à l'art. 42 de telle façon qu'il crée une supposition sous-jacente que la *LMSI* vise uniquement les marchandises subventionnées qui sont importées. Soutenant qu'il ne peut y avoir de constatation d'un préjudice sensible que si le préjudice a été causé soit par des importations réelles, soit par des marchandises subventionnées qui sont importées au Canada ou à l'égard desquelles il existe un danger réel d'importation dans l'avenir, les appelantes allèguent que les conclusions du Tribunal en l'espèce sont incompatibles avec la *LMSI* et le *GATT*.

L'intimé

L'intimé n'a pas présenté d'arguments écrits ni comparu devant notre Cour.

Les intervenantes

- a) Ontario Corn Producers' Association, Manitoba Corn Growers Association Inc. et Fédération des producteurs de cultures commerciales du Québec

L'avocat des intervenantes susnommées prétend que, vu qu'elle a pour objet de protéger les producteurs canadiens contre la concurrence déloyale et préjudiciable des importations, la *LMSI* ne doit pas recevoir une interprétation excessivement restrictive. L'avocat soutient qu'admettre le point de

suggestion that no injury can be found in the absence of an actual increase in subsidized grain imports would be to deny to Canadian corn producers the protection which Parliament afforded them through *SIMA*. Counsel submits that there is nothing in *SIMA* which restricts the scope of the Tribunal's inquiry to actual as opposed to potential imports. It is also argued that the Tribunal's interpretation of subsidized imports and of the causation standard is in accordance with both *SIMA* and the *GATT*.

- b) British Columbia Division, Canadian Feed Industry Association; British Columbia Turkey Association and B.C. Chicken Growers Association

The above-mentioned interveners have not presented written or oral arguments on the issue raised by these appeals. They have, however, asked this Court to exclude them from a finding of material injury in the event that the appeals are allowed and that the matter is sent back to the Tribunal for consideration.

VI. Analysis

As I noted earlier, the main issue in these appeals is whether the decision of the Tribunal is patently unreasonable so as to warrant the intervention of this Court pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*. I propose to address this issue by outlining first the appropriate course to follow in applying s. 28 of the *Federal Court Act* to this case and, second, by discussing the reasonableness of the Tribunal's findings and conclusions.

A) *Judicial Review*

Although the terms of s. 28 of the *Federal Court Act* are quite broad in scope, it is to be remembered that courts, in the presence of a privative clause, will only interfere with the findings of a specialized tribunal where it is found that the decision of that tribunal cannot be sustained on any reasonable interpretation of the facts or of the

vue voulant qu'on ne puisse conclure à l'existence d'un préjudice en l'absence d'une augmentation réelle des importations de grain subventionnées reviendrait à priver les producteurs canadiens de mais de la protection que leur offre le Parlement dans la *LMSI*. D'après l'avocat, il n'y a rien dans la *LMSI* qui limite la portée de l'enquête du Tribunal aux importations réelles, par opposition aux importations éventuelles. Il fait valoir en outre que la façon dont le Tribunal interprète la notion d'importations subventionnées et le critère du lien de causalité concorde aussi bien avec la *LMSI* qu'avec le *GATT*.

- b) Division de la Colombie-Britannique de l'Association canadienne des industries de l'alimentation animale, British Columbia Turkey Association et B.C. Chicken Growers Association

Les intervenantes susnommées n'ont présenté aucun argument écrit ou oral sur la question soulevée par les présents pourvois. Elles ont cependant demandé à notre Cour d'être soustraites à l'application d'une conclusion à l'existence d'un préjudice sensible au cas où les pourvois seraient accueillis et l'affaire soumise de nouveau à l'examen du Tribunal.

f) VI. Analyse

Comme je l'ai déjà fait remarquer, la question principale qui se pose dans les présents pourvois est de savoir si la décision du Tribunal est manifestement déraisonnable au point de justifier l'intervention de notre Cour conformément à l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Je me propose d'aborder cette question premièrement en exposant la marche qu'il convient de suivre en appliquant l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* en l'espèce et, deuxièmement, en discutant du caractère raisonnable des conclusions du Tribunal.

A) *Le contrôle judiciaire*

Bien que la portée de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* soit très large, il faut se rappeler que lorsqu'il y a une clause privative les tribunaux judiciaires ne toucheront aux conclusions d'un tribunal spécialisé que s'il est jugé que la décision de celui-ci ne saurait être maintenue selon une interprétation raisonnable des faits ou du droit. Ce

law. This principle, now widely recognized by the courts, has recently been expressed in *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, where I had occasion to state at p. 1744 referring to the leading decision of *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227 (“*C.U.P.E.*”):

Where the legislator has clearly stated that the decision of an administrative tribunal is final and binding, courts of original jurisdiction cannot interfere with such decisions unless the tribunal has committed an error which goes to its jurisdiction. Thus, this Court has decided in the *CUPE* case that judicial review cannot be completely excluded by statute and that courts of original jurisdiction can always quash a decision if it is “so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review” (p. 237). Decisions which are so protected are, in that sense, entitled to a non-discretionary form of deference because the legislator intended them to be final and conclusive, and, in turn, this intention arises out of the desire to leave the resolution of some issues in the hands of a specialized tribunal.

In this particular case, s. 76 of *SIMA* provides that the Tribunal’s decision, with certain limited exceptions, is final and conclusive. Given this provision, this Court, therefore, will only interfere with the Tribunal’s ruling if it acted outside the scope of its mandate by reason of its conclusions being patently unreasonable.

In some cases, the unreasonableness of a decision may be apparent without detailed examination of the record. In others, it may be no less unreasonable but this can only be understood upon an in-depth analysis. Such was the case in the *C.U.P.E.* decision where it was found that the Board’s interpretation of the legislation at issue was reasonable even though it was not the only reasonable one. Similarly, understanding of the issues raised by the appellants herein as to the reasonableness of the Tribunal’s decision requires some analysis of the relevant legislation and the way in which the Tribunal has interpreted and applied it to the facts.

principe, maintenant largement reconnu par les tribunaux judiciaires, a été énoncé récemment dans l’arrêt *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, où, à la p. 1744, j’ai eu l’occasion de dire concernant l’arrêt de principe *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 («*S.C.F.P.*»):

Si le législateur affirme clairement que la décision d’un tribunal administratif est finale et exécutoire, les tribunaux judiciaires de première instance ne peuvent toucher à ces décisions à moins que le tribunal administratif n’ait commis une erreur qui porte atteinte à sa compétence. Cette Cour a donc décidé dans l’arrêt *SCFP* qu’une loi ne peut complètement écarter le contrôle judiciaire et que les tribunaux judiciaires de première instance peuvent toujours annuler une décision si elle est «déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s’appuyer sur la législation pertinente et d’exiger une intervention judiciaire» (p. 237). Les décisions qui sont ainsi protégées doivent, en ce sens, faire l’objet d’une forme de retenue non discrétionnaire parce que le législateur a voulu qu’elles soient définitives et sans appel et cette intervention du législateur découle, à son tour, de la volonté de laisser à des tribunaux spécialisés le soin de trancher certains litiges.

En l’espèce, l’art. 76 de la *LMSI* prévoit que, sauf certaines exceptions limitées, la décision du Tribunal est définitive. Compte tenu de cette disposition, notre Cour ne touchera donc à la décision du Tribunal que si ce dernier a outrepassé sa compétence en arrivant à des conclusions manifestement déraisonnables.

Dans certains cas, le caractère déraisonnable d’une décision peut ressortir sans qu’il soit nécessaire d’examiner en détail le dossier. Dans d’autres cas, il se peut qu’elle ne soit pas moins déraisonnable mais que cela ne puisse être constaté qu’après une analyse en profondeur. Telle était la situation dans l’arrêt *S.C.F.P.* où on a conclu que l’interprétation donnée par la Commission à la mesure législative en cause était raisonnable même si ce n’était pas la seule raisonnable. De même, la compréhension des questions soulevées par les appelantes en l’espèce quant au caractère raisonnable de la décision du Tribunal exige une certaine analyse de la loi pertinente et de la façon dont le Tribunal l’a interprétée et appliquée aux faits.

B) *The Tribunal's Ruling*a) Using the GATT to Interpret the Canadian Legislation

The first issue to be decided is whether it was patently unreasonable for the Tribunal to make reference to the *GATT* for the purpose of interpreting *SIMA*. In turning to that issue, I note that it was not disputed in either of the courts below that the Canadian legislation was designed to implement Canada's *GATT* obligations. Since I am prepared to accept that such is the case, the only issue that really needs to be discussed concerns the exact use which may be made of the *GATT* in interpreting s. 42. My comments on this issue will be brief since no party to these appeals suggested that the Tribunal acted unreasonably in referring to the international agreement.

The first comment I wish to make is that I share the appellants' view that in circumstances where the domestic legislation is unclear it is reasonable to examine any underlying international agreement. In interpreting legislation which has been enacted with a view towards implementing international obligations, as is the case here, it is reasonable for a tribunal to examine the domestic law in the context of the relevant agreement to clarify any uncertainty. Indeed where the text of the domestic law lends itself to it, one should also strive to expound an interpretation which is consonant with the relevant international obligations.

Second, and more specifically, it is reasonable to make reference to an international agreement at the very outset of the inquiry to determine if there is any ambiguity, even latent, in the domestic legislation. The Court of Appeal's suggestion that recourse to an international treaty is only available where the provision of the domestic legislation is ambiguous on its face is to be rejected. As I. Brownlie has stated at p. 51 of *Principles of Public International Law* (3rd ed. 1979):

If the convention may be used on the correct principle that the statute is intended to implement the convention then, it follows, the latter becomes a proper aid to interpretation, and, more especially, may reveal a latent

B) *La décision du Tribunal*a) Le recours au GATT pour interpréter la loi canadienne

La première question à trancher est celle de savoir s'il était manifestement déraisonnable pour le Tribunal de se référer au *GATT* pour interpréter la *LMSI*. Je souligne relativement à cette question qu'il n'a été contesté devant ni l'un ni l'autre tribunal d'instance inférieure que la loi canadienne était destinée à faire en sorte que soient remplies les obligations du Canada découlant du *GATT*. Comme je suis prêt à accepter que c'est le cas, nous n'avons vraiment à aborder que la question de la mesure précise dans laquelle on peut avoir recours au *GATT* pour interpréter l'art. 42. Mes observations sur ce point seront brèves puisqu'aucune partie aux présents pourvois n'a laissé entendre que le Tribunal a agi déraisonnablement en se référant à la convention internationale.

Je tiens à souligner en premier lieu que je partage le point de vue des appelantes selon lequel il est raisonnable, dans des circonstances où la loi nationale manque de clarté, d'examiner toute convention internationale sous-jacente. Dans l'interprétation d'une loi adoptée en vue d'assurer l'exécution d'obligations internationales, comme c'est le cas en l'espèce, il est raisonnable pour un tribunal d'examiner la loi nationale dans le contexte de la convention pertinente afin d'obtenir les éclaircissements voulus. En fait, lorsque le texte de la loi nationale s'y prête, on devrait en outre s'efforcer d'adopter une interprétation qui soit compatible avec les obligations internationales en question.

En deuxième lieu, et plus précisément, il est raisonnable de se référer à une convention internationale dès l'ouverture de l'enquête pour déterminer si la loi nationale renferme une ambiguïté, fût-elle latente. L'assertion de la Cour d'appel que le recours à un traité international n'est permis que dans un cas où la disposition de la loi nationale est ambiguë à première vue est à écarter. Comme le dit I. Brownlie, à la p. 51 de *Principles of Public International Law* (3^e éd. 1979):

[TRADUCTION] S'il est permis d'avoir recours à la convention conformément au principe correct suivant lequel la loi est destinée à assurer l'application de cette convention, alors il s'ensuit que celle-ci devient une aide légi-

ambiguity in the text of the statute even if this was 'clear in itself'. Moreover, the principle or presumption that the Crown does not intend to break an international treaty must have the corollary that the text of the international instrument is a primary source of meaning or 'interpretation'. The courts have lately accepted the need to refer to the relevant treaty even in the absence of ambiguity in the legislative text when taken in isolation.

In *Schavernoeh v. Foreign Claims Commission*, [1982] 1 S.C.R. 1092, this Court had occasion to comment upon the circumstances in which it is proper for the courts to consult an underlying international agreement. Though the language used by Estey J. is perhaps not explicit, I do not understand his remarks to mean that consultation of the treaty is proper only where it appears that the text to be interpreted is ambiguous on its face. At page 1098 of his decision, he writes:

If one could assert an ambiguity, either patent or latent, in the Regulations it might be that a court could find support for making reference to matters external to the Regulations in order to interpret its terms. Because, however, there is in my view no ambiguity arising from the above-quoted excerpt from these Regulations, there is no authority and none was drawn to our attention in argument entitling a court to take recourse either to an underlying international agreement or to textbooks on international law with reference to the negotiation of agreements or to take recourse to reports made to the Government of Canada by persons engaged in the negotiation referred to in the Regulations. [Emphasis added.]

The suggestion that recourse can be had to an underlying international agreement where a latent ambiguity can be asserted implies that there is no need to find a patent ambiguity before consultation of the agreement is possible. As a latent ambiguity must arise out of matters external to the text to be interpreted, such an international agreement may be used, as I have just suggested, at the preliminary stage of determining if an ambiguity exists.

time à l'interprétation et, plus particulièrement, qu'elle peut faire ressortir une ambiguïté latente dans le texte de la loi, même si cette dernière est « claire en soi ». D'autre part, le principe ou la présomption voulant que Sa Majesté n'ait pas l'intention de violer un traité international doit comporter comme corollaire que le texte de l'instrument international représente une source principale du sens ou de « l'interprétation ». Les tribunaux ont reconnu dernièrement la nécessité de se référer au traité pertinent même lorsque le texte législatif, pris isolément, ne contient aucune ambiguïté.

Dans l'arrêt *Schavernoeh c. Commission des réclamations étrangères*, [1982] 1 R.C.S. 1092, notre Cour a eu l'occasion de se prononcer sur les circonstances dans lesquelles les tribunaux peuvent légitimement se reporter à une convention internationale sous-jacente. Quoique le juge Estey ne se prononce peut-être pas explicitement, je ne crois pas qu'il veuille dire qu'il ne convient de consulter le traité que lorsque le texte à interpréter est ambigu à première vue. À la page 1098 de ses motifs, il écrit:

Si l'on pouvait invoquer une ambiguïté manifeste ou latente dans le Règlement, une cour pourrait peut-être alors justifier un recours à des sources extrinsèques au Règlement pour l'interpréter. Toutefois, puisque je suis d'avis que l'extrait précité du Règlement ne crée aucune ambiguïté, il n'existe aucune autorité qui permette à une cour, et personne n'en a cité au cours des débats, d'avoir recours soit à une convention internationale pertinente, soit à des ouvrages de doctrine portant sur le droit international relativement à la négociation de conventions, ou à des rapports faits au gouvernement du Canada par des personnes qui ont participé aux négociations mentionnées dans le Règlement. [Je souligne.]

Affirmer que le recours à une convention internationale sous-jacente est possible lorsqu'une ambiguïté latente peut être invoquée implique qu'il n'est pas nécessaire de trouver une ambiguïté manifeste avant de pouvoir se référer à la convention. Comme l'ambiguïté latente doit découler de facteurs extrinsèques au texte à interpréter, on peut, ainsi que je viens de l'indiquer, se servir d'une telle convention internationale au stade préliminaire où il s'agit de déterminer s'il existe une ambiguïté.

b) Tribunal's Interpretation of s. 42

Having found that the rules of statutory interpretation allow consideration of an underlying agreement at the preliminary stage of determining if the domestic legislation contains an ambiguity, I do not hesitate to conclude in this case that the Tribunal did not act unreasonably in consulting the *GATT*. The question that remains, therefore, is whether the Tribunal's interpretation of s. 42 in this case, given the relevant *SIMA* and *GATT* provisions, is unreasonable having regard to all the circumstances.

The appellants St. Lawrence Starch Company Ltd. et al. argue that on reading s. 42 within the scheme of *SIMA* and together with the *GATT*, a latent ambiguity may be disclosed. According to them, the issue is whether the term "goods" as used in s. 42 refers to subsidized goods as such or to subsidized goods which are either actually imported into Canada or "for which there is a meaningful threat that such importation will occur". They suggest not only that consultation of the *GATT* is appropriate but also that consultation of the *GATT* will reveal that the Tribunal's interpretation of *SIMA* is unnecessarily inconsistent with Canada's international obligations.

The Tribunal's interpretation of s. 42 appears from the extract of its decision quoted previously which I repeat:

Both the *Special Import Measures Act* and the *GATT Subsidies Code* exist for the express purpose of dealing with unfairly traded goods which cause or threaten injury. Necessarily, their provisions must be interpreted, not in the abstract, but within the context of the environment within which they apply, namely, international trade. Since the economic and commercial realities of international trade dictate that price be met or market share lost, the majority of the panel is persuaded to adopt the broader interpretation of "subsidized imports", that is, that cognizance be taken of potential or likely imports in the determination of material injury. To do otherwise, in the view of the majority of the panel, would be to frustrate the purpose of the system. [Emphasis added.]

b) L'interprétation donnée à l'art. 42 par le Tribunal

Ayant conclu que les règles d'interprétation législative permettent de tenir compte d'une convention sous-jacente au stade préliminaire où il s'agit de déterminer si la loi nationale renferme une ambiguïté, je conclus sans hésitation en l'espoir que le Tribunal n'a pas agi déraisonnablement en se référant au *GATT*. Reste donc à décider si, compte tenu des dispositions pertinentes de la *LMSI* et du *GATT*, l'interprétation que le Tribunal a donnée à l'art. 42 dans la présente affaire est déraisonnable eu égard à toutes les circonstances.

Les appelantes St. Lawrence Starch Company Ltd. et autres font valoir que quand on lit l'art. 42 dans le contexte de la *LMSI* et conjointement avec le *GATT* une ambiguïté latente peut être révélée. La question, selon elles, est de savoir si le terme «marchandises» employé à l'art. 42 désigne les marchandises subventionnées en tant que telles ou bien les marchandises subventionnées qui sont réellement importées au Canada ou «à l'égard desquelles il existe un danger réel d'importation». Elles laissent entendre non seulement qu'il convient de se référer au *GATT*, mais aussi que le recours au *GATT* permettra de constater que le Tribunal a donné à la *LMSI* une interprétation qui est vainement incompatible avec les obligations internationales du Canada.

La façon dont le Tribunal interprète l'art. 42 ressort de l'extrait de sa décision que j'ai déjà cité et que je reproduis de nouveau:

La Loi sur les mesures spéciales d'importation et le Code des subventions du *GATT* visent tous deux explicitement le problème des marchandises qui font l'objet d'un commerce déloyal et causent ou menacent de causer un préjudice. Leurs dispositions doivent forcément être interprétées, non pas dans l'abstrait, mais en tenant compte de l'environnement dans lequel elles s'appliquent, à savoir le commerce international. Vu que les réalités économiques et commerciales des échanges internationaux imposent d'offrir des prix concurrentiels ou de perdre sa part du marché, la majorité du jury croit qu'il faut interpréter largement le terme «importations subventionnées», c'est-à-dire qu'il faut tenir compte des importations éventuelles et probables pour déterminer s'il y a préjudice sensible. Faire autrement, estime-t-elle, serait contrecarrer le système. [Je souligne.]

It is apparent that the Tribunal, in that it refers to "subsidized imports", agreed with the appellants that the goods to which s. 42 refers are "imported" goods. Accepting, as do all parties to these appeals, that such is a proper conclusion, I am left to determine, in reviewing the impugned decision: (1) if the Tribunal could reasonably rest its findings, under *SIMA* and the *GATT*, on potential as well as actual imports, in other words were the *SIMA* and the *GATT* reasonably open to such an interpretation, (2) whether, as MacGuigan J. suggests, no finding of material injury can reasonably be made by the Tribunal absent an increase in the amount of actual imports, and (3) if the conclusion in this case of material injury caused thereby, given the evidence before the Tribunal, is reasonable.

Potential Imports Under SIMA

In turning to the subject of potential imports under *SIMA*, I note first that this is not a case where no actual imports have been shown to exist. In its reasons for judgment, the Tribunal observed, in fact, that there had been modest levels of imports throughout recent years. From the table accompanying the dissenting decision, part of which I reproduce below, it will be seen at once that there were some 612 thousand tons of U.S. corn imported into Canada in 1984/85 and 416 thousand tons in 1985/86.

Il appert que le Tribunal, du fait qu'il parle d'«importations subventionnées», convient avec les appelantes que les marchandises visées à l'art. 42 sont des marchandises «importées». Tenant pour avéré, comme le font toutes les parties aux présents pourvois, que c'est là la bonne conclusion, je dois déterminer dans le cadre de mon examen de la décision attaquée: (1) si le Tribunal pouvait raisonnablement fonder ses conclusions en vertu de la *LMSI* et du *GATT* aussi bien sur les importations éventuelles que sur les importations réelles, en d'autres termes, si la *LMSI* et le *GATT* se prêtaient raisonnablement à une telle interprétation; (2) si, comme le laisse entendre le juge MacGuigan, aucune conclusion à l'existence d'un préjudice sensible ne peut être raisonnablement tirée par le Tribunal en l'absence d'un accroissement des importations réelles; et (3) si, compte tenu de la preuve produite devant le Tribunal en l'espèce, sa conclusion à l'existence d'un préjudice sensible causé par les importations est raisonnable.

Les importations éventuelles sous le régime de la LMSI

En abordant la question des importations éventuelles sous le régime de la *LMSI*, je fais remarquer que nous ne sommes pas ici en présence d'un cas où l'inexistence d'importations réelles a été démontrée. Dans les motifs de sa décision, le Tribunal constate en fait que les importations se sont maintenues à des niveaux modestes au cours des dernières années. À la lecture du tableau qui accompagne l'opinion dissidente et que je reproduis en partie ci-après, on se rend compte immédiatement que quelque 612 milliers de tonnes de maïs américain ont été importées au Canada en 1984-1985 et 416 milliers de tonnes en 1985-1986.

	<u>Imports</u>	<u>Production</u>	<u>Domestic Usage</u>	<u>Exports</u>
		(000's tons)		
1984/85	612	7,024	6,640	570
1985/86	416	7,472	6,870	534

	<u>Importations</u>	<u>Production</u>	<u>Utilisation domestique</u>	<u>Exportations</u>
		(en milliers de tonnes)		
1984/85	612	7 024	6 640	570
1985/86	416	7 472	6 870	534

Given the figures before it, it cannot be suggested, therefore, that the Tribunal found material injury in the absence of actual imports. The Tribunal considered actual imports and decided that, absent a price response by Canadian producers, these imports would, as a matter of certainty, have increased in number.

With regard now to the specific issue of potential imports, s. 42 provides that the Tribunal must determine if the subsidization “is likely to cause material injury” (emphasis added). Aside from the text of s. 42 itself, Rule 36 of the Tribunal’s Rules of Procedure directs the Tribunal to “examine . . . the actual and potential volume of the . . . subsidized goods imported into Canada” (emphasis added). Given these requirements, it was reasonable for the Tribunal to consider that the potential for increased imports properly formed part of its inquiry.

In *Japan Electrical Manufacturers Association v. Anti-dumping Tribunal*, [1982] 2 F.C. 816, the Federal Court of Appeal stated, in fact, at pp. 818-19:

The inquiry of the Tribunal must relate, therefore, to the goods described in the preliminary determination but is not limited to the very goods which have been found by the Deputy Minister to have been dumped. Moreover, if the decision of the Tribunal must relate to the effect of the dumping (past, present and future) of goods described in the preliminary determination, it is not restricted to the effect of the dumping which, according to the preliminary determination, has occurred in the past. It is only the description of the goods in the preliminary determination which sets the limits of the inquiry of the Tribunal.

Potential Imports and the GATT

Turning now to the *GATT*, it is also my conclusion that nothing in Canada’s international obligations made it unreasonable for the Tribunal to find as it did. Reading the relevant *GATT* Code provisions, it is reasonable to consider that broad guide-

Compte tenu des chiffres dont il disposait, on ne saurait donc prétendre que le Tribunal a conclu à l’existence d’un préjudice sensible sans qu’il y ait eu d’importations réelles. Au contraire, le Tribunal a pris en considération les importations réelles et a décidé que, si les producteurs canadiens n’avaient pas ajusté leurs prix, il y aurait certainement eu accroissement de ces importations.

Maintenant, en ce qui concerne la question précise des importations éventuelles, l’art. 42 prévoit que le Tribunal doit déterminer si le subventionnement «est susceptible de causer un préjudice sensible» (je souligne). Outre le texte de l’art. 42 lui-même, l’art. 36 des règles de procédure du Tribunal oblige celui-ci à «considérer [...] le volume réel et éventuel de marchandises [...] subventionnées qui ont été importées au Canada» (je souligne). Vu ces exigences, il était raisonnable pour le Tribunal de considérer que la possibilité d’accroissement des importations représentait un facteur dont il convenait de tenir compte dans le cadre de son enquête.

Dans l’arrêt *Japan Electrical Manufacturers Association c. Tribunal antidumping*, [1982] 2 C.F. 816, la Cour d’appel fédérale dit en fait, aux pp. 818 et 819:

L’enquête menée par le Tribunal doit donc se rapporter aux marchandises décrites dans la détermination préliminaire, mais ne se limite pas aux marchandises mêmes qui, de l’avis du sous-ministre, ont été sous-évaluées. De plus, si sa décision doit porter sur les conséquences du dumping (passé, actuel et à venir) de marchandises décrites dans la détermination préliminaire, elle n’est pas limitée à la seule considération des conséquences du dumping qui, selon la détermination préliminaire, s’est produit dans le passé. Seule la description des marchandises figurant dans la détermination préliminaire limite l’étendue du pouvoir du Tribunal en ce qui a trait à l’enquête.

Les importations éventuelles et le GATT

Pour ce qui est du *GATT*, je conclus également qu’il n’y a dans les obligations internationales du Canada rien qui fait en sorte qu’il était déraisonnable pour le Tribunal d’arriver à la conclusion qu’il a tirée. À la lecture des dispositions pertinen-

lines are provided for assessing material injury and that there is nothing in the agreement to forbid that notice be taken, in a case such as this one, of potential imports. Looking at Article 6 of the *GATT* Code, which governs this case, it is apparent that various factors may be looked at in determining material injury. Consideration, in fact, may notably be given to: a) the volume of subsidized imports, b) the impact of imports on domestic producers, c) the impact of imports on prices, and d) a number of economic factors, including, among others, potential decline in output, sales, productivity and market share. The section itself, which bears repeating, provides:

Article 6

Determination of Injury

1. A determination of injury for purposes of Article VI of the General Agreement shall involve an objective examination of both (a) the volume of subsidized imports and their effect on prices in the domestic market for like products and (b) the consequent impact of these imports on domestic producers of such products.

2. With regard to volume of subsidized imports the investigating authorities shall consider whether there has been a significant increase in subsidized imports, either in absolute terms or relative to production or consumption in the importing signatory. With regard to the effect of the subsidized imports on prices, the investigating authorities shall consider whether there has been a significant price undercutting by the subsidized imports as compared with the price of a like product of the importing signatory, or whether the effect of such imports is otherwise to depress prices to a significant degree or prevent price increases, which otherwise would have occurred, to a significant degree. No one or several of these factors can necessarily give decisive guidance.

3. The examination of the impact on the domestic industry concerned shall include an evaluation of all relevant economic factors and indices having a bearing on the state of the industry such as actual and potential decline in output, sales, market share, profits, produc-

tes du Code du *GATT*, il est raisonnable de considérer que celui-ci établit des lignes directrices générales pour l'appréciation du préjudice sensible et que l'accord ne s'oppose nullement à ce que les importations éventuelles soient prises en considération dans un cas comme celui qui nous occupe. Si on considère l'article 6 du Code du *GATT*, qui s'applique en l'espèce, il appert qu'on peut tenir compte de divers facteurs en déterminant s'il y a eu préjudice sensible. En fait, peuvent notamment être pris en considération: a) le volume des importations subventionnées, b) l'effet des importations sur les producteurs nationaux, c) l'incidence des importations sur les prix, et d) un certain nombre d'éléments économiques, dont la diminution potentielle de la production, des ventes, de la productivité et de la part du marché. L'article lui-même, qu'il convient de reproduire de nouveau, est ainsi conçu:

Article 6

Détermination de l'existence d'un préjudice

1. La détermination de l'existence d'un préjudice aux fins de l'article VI de l'Accord général comportera un examen objectif a) du volume des importations subventionnées et de leur effet sur les prix des produits similaires sur le marché intérieur, et b) de l'incidence de ces importations sur les producteurs nationaux de ces produits.

2. Pour ce qui concerne le volume des importations subventionnées, les autorités chargées de l'enquête examineront s'il y a eu augmentation importante des importations subventionnées, soit en quantité absolue, soit par rapport à la production ou à la consommation du signataire importateur. Pour ce qui concerne l'effet des importations subventionnées sur les prix, les autorités chargées de l'enquête examineront s'il y a eu, dans les importations subventionnées, sous-cotation importante du prix par rapport au prix d'un produit similaire du signataire importateur, ou si ces importations ont d'autre manière pour effet de déprimer les prix de façon importante ou d'empêcher de façon importante des hausses de prix qui, sans cela, se seraient produites. Un seul ni même plusieurs de ces éléments ne constitueront pas nécessairement une base de jugement déterminante.

3. L'examen de l'incidence sur la branche de production nationale concernée comportera une évaluation de tous les éléments et indices économiques pertinents qui influent sur la situation de cette branche, tels que: diminution effective ou potentielle de la production, des

tivity, return on investments, or utilization of capacity; factors affecting domestic prices; actual and potential negative effects on cash flow, inventories, employment, wages, growth, ability to raise capital or investment and, in the case of agriculture, whether there has been an increased burden on Government support programmes. This list is not exhaustive, nor can one or several of these factors necessarily give decisive guidance.

4. It must be demonstrated that the subsidized imports are, through the effects of the subsidy, causing injury within the meaning of this Agreement. There may be other factors which at the same time are injuring the domestic industry, and the injuries caused by other factors must not be attributed to the subsidized imports. [Emphasis added.]

In my view, under Article 6 of the Code it was not unreasonable for the Tribunal, in this particular case, to conclude that notice could be taken of potential imports. Where, as in this case, the domestic price, because of the potential for a great influx of relatively cheap imports, is determined by that of actual imports, it was not unreasonable for the Tribunal to conclude that the *GATT* allowed it to consider the potential for substantial loss of market share. Under Article 6 of the *GATT* Code, account may be taken of price undercutting and all relevant economic factors including actual as well as potential decline in profits, productivity, sales, market share, etc. These criteria could reasonably be interpreted as encompassing, in a case such as this one, consideration of the strong potential for increased amounts of subsidized imports.

In the case before us, it has to be remembered, again, that American goods were effectively crossing the border. The Tribunal was faced with actual imports and the certainty, it concluded on the evidence, of a substantial loss of market share, should the Canadian producers fail to meet the prices of imports.

ventes, de la part de marchés, des bénéfices, de la productivité, du rendement des investissements ou de l'utilisation des capacités; éléments qui influent sur les prix intérieurs; effets négatifs, effectifs ou potentiels, sur le flux de liquidités, les stocks, l'emploi, les salaires, la croissance, la possibilité de se procurer des capitaux ou l'investissement et, s'agissant de l'agriculture, point de savoir s'il y a eu accroissement de la charge qui pèse sur les programmes gouvernementaux de soutien. Cette liste n'est pas exhaustive, et un seul ni même plusieurs de ces éléments ne constitueront pas nécessairement une base de jugement déterminante.

4. Il doit être démontré que les importations subventionnées causent, par les effets de la subvention, un préjudice au sens où l'entend le présent accord. Il pourra y avoir d'autres éléments qui, au même moment, causent un préjudice à la branche de production nationale, et les préjudices causés par ces autres éléments ne doivent pas être imputés aux importations subventionnées. [Je souligne.]

À mon avis, selon l'article 6 du Code, il n'était pas déraisonnable pour le Tribunal de conclure en l'espèce qu'il pouvait tenir compte d'importations éventuelles. Lorsque, comme c'est le cas ici, le prix sur le marché intérieur, en raison de la possibilité d'une affluence importante d'importations relativement bon marché, est déterminé par celui des importations réelles, il n'était pas déraisonnable pour le Tribunal de conclure que le *GATT* lui permettait de prendre en considération la possibilité d'une perte importante de part du marché. Aux termes de l'article 6 du Code du *GATT*, on peut tenir compte de la sous-cotation du prix et de tous les éléments économiques pertinents, dont la diminution effective et aussi potentielle des profits, de la productivité, des ventes, de la part du marché, etc. Ces critères pouvaient raisonnablement être interprétés comme permettant, dans une affaire comme celle-ci, de tenir compte de la forte possibilité d'un accroissement des importations subventionnées.

Il faut encore une fois se rappeler qu'en l'espèce des marchandises américaines franchissaient effectivement la frontière. Le Tribunal se trouvait confronté à des importations réelles et à la certitude, a-t-il inféré de la preuve, d'une perte importante de part du marché au cas où les producteurs canadiens ne régleraient pas leurs prix sur ceux des importations.

Having determined that the Tribunal's interpretation of the *GATT* with regard to potential imports was not unreasonable, I turn now to the related question of whether a finding of material injury must necessarily rest on an increase in the amount of subsidized goods crossing the border.

Increase in the Amount of Imports

In his dissenting judgment in the Court of Appeal, MacGuigan J. concluded that the *GATT* Code forbids a finding of material injury absent an increase in the amount of imports. He stated at p. 557:

When measuring a completed period such as the past, or even the present, in the only way in which the present can be measured, material injury can refer only to what has actually happened. What has happened, in turn, must be taken in relationship to the Code standard of a causal link between subsidized imports and material injury. Where subsidized imports have not actually increased no material injury can be shown to have been so caused.

With all due respect, I would disagree that this is the only reasonable interpretation of the *GATT* Code. While an increase in imports is a factor to be weighed in making a determination of material injury, paragraph 2 of Article 6 of the Code lists a number of factors and concludes: "No one or several of these factors can necessarily give decisive guidance".

In the United States, the view that an increase in the amount of imports is not determinative has gained acceptance. In *British Steel Corp. v. U.S.*, 6 I.T.R.D. 1065 (1984), for example, the U.S. Court of International Trade upheld a finding of material injury despite relatively low levels of imports. In discussing the lack of correlation between price depression and import volume, the Court observed at p. 1072:

Ayant décidé que le Tribunal n'a pas donné au *GATT* une interprétation déraisonnable relativement aux importations éventuelles, je me penche maintenant sur la question connexe de savoir si une conclusion à l'existence d'un préjudice sensible doit nécessairement reposer sur une augmentation de la quantité de marchandises subventionnées qui franchissent la frontière.

L'accroissement des importations

Dans les motifs de dissidence qu'il a rédigés en Cour d'appel, le juge MacGuigan conclut que le Code du *GATT* interdit de conclure à l'existence d'un préjudice sensible en l'absence d'un accroissement des importations. Il dit, à la p. 557:

Au regard d'une période entièrement écoulée comme la période passée, ou même au regard d'une période en cours, lorsqu'on emploie la seule méthode d'appréciation applicable à une période en cours, le préjudice sensible ne peut être mesuré qu'en fonction de réalités. Ces réalités, à leur tour, doivent être considérées en fonction du critère prescrit par le Code selon lequel un lien de causalité doit exister entre les importations subventionnées et le préjudice sensible. Lorsque les importations subventionnées n'ont pas véritablement augmenté, il ne peut être établi qu'un préjudice sensible a ainsi été causé.

Je ne puis en toute déférence accepter qu'il s'agit là de la seule interprétation raisonnable du Code du *GATT*. Bien que l'augmentation des importations soit un facteur à prendre en considération pour déterminer s'il y a eu préjudice sensible, le paragraphe 2 de l'article 6 du Code énumère un certain nombre de facteurs et conclut: «Un seul ni même plusieurs de ces éléments ne constitueront pas nécessairement une base de jugement déterminante».

Aux États-Unis, le point de vue selon lequel l'augmentation des importations n'est pas déterminante a su s'imposer. Dans l'affaire *British Steel Corp. v. U.S.*, 6 I.T.R.D. 1065 (1984), par exemple, la Court of International Trade des États-Unis a maintenu une conclusion à l'existence d'un préjudice sensible en dépit du volume relativement faible des importations. Parlant de l'absence de corrélation entre la baisse des prix et le volume des importations, la cour fait remarquer, à la p. 1072:

The Court agrees with the contention of the Commission that an absence of a direct correlation between price depression and the volume of imports does not necessarily exonerate the imports as a causal factor of the price depression. The statute's causation prerequisite to an affirmative injury determination is satisfied if the subsidized imports contribute, even minimally, to the conditions of the domestic industry, and the Commission is precluded from weighing the causes of injury.

That view is echoed in "Injury Determinations by the United States International Trade Commission in Antidumping and Countervailing Duty Proceedings" in (1984), 16 *N.Y.U.J. Int'l L. & Pol.* 749, where, addressing the U.S. legislation, A. P. Victor writes at pp. 756-57:

The Act sets forth with particularity the indicia of injury the ITC must examine in determining whether a domestic industry is materially injured by reason of imports. These indicia are: (1) the volume of imports; (2) the effect of imports on prices in the United States for like products; and (3) the impact of imports on domestic producers of like products. The presence or absence of any of these factors is not determinative of the Commission's decision with regard to injury. The legislative history of the Act makes clear that the "significance of the various factors affecting an industry [depends] upon the facts of each particular case".

Having regard to the broad wording of the *GATT* provisions, it was not unreasonable and was therefore open to the Tribunal to make a finding of material injury even in the absence of an increase in the amount of imports. MacGuigan J.'s assertion to the contrary must accordingly be rejected.

c) The Finding of "Material Injury"

One of the appellants' main contentions in this case was that the Tribunal reached its decision in the absence of any cogent evidence to support its conclusion of material injury. The appellants suggested that there was no objective evidence upon which it could be shown that greater amounts of imports would flow into Canada and that the

[TRADUCTION] La cour retient l'argument de la Commission suivant lequel l'absence de corrélation directe entre la baisse des prix et le volume des importations n'écarte pas nécessairement les importations comme facteur causant la baisse des prix. La condition préalable de l'existence d'un lien de causalité qu'impose la loi pour qu'il y ait une conclusion à un préjudice réel est remplie dès que les importations subventionnées contribuent, fût-ce très peu, à la création des conditions régnant au sein de l'industrie nationale, et à ce moment-là il n'est pas permis à la Commission de soupeser les causes du préjudice.

Ce point de vue est repris dans «Injury Determinations by the United States International Trade Commission in Antidumping and Countervailing Duty Proceedings», à (1984), 16 *N.Y.U.J. Int'l L. & Pol.* 749, où A. P. Victor écrit au sujet de la loi américaine, aux pp. 756 et 757:

[TRADUCTION] La Loi expose en détail les indices du préjudice que l'ITC doit examiner pour déterminer si des importations causent un préjudice sensible à une branche de production nationale. Ces indices sont les suivants: (1) le volume des importations, (2) l'incidence des importations sur le prix de produits similaires aux États-Unis, et (3) l'effet des importations sur les producteurs nationaux de marchandises similaires. L'existence ou l'inexistence d'un de ces facteurs n'est pas déterminante dans la décision que rend la Commission relativement au préjudice. L'historique législatif de la Loi révèle clairement que «l'importance des divers facteurs influant sur une branche de production [est fonction] des faits de chaque affaire».

Compte tenu de la formulation générale des dispositions du *GATT*, il n'était pas déraisonnable pour le Tribunal de conclure à l'existence d'un préjudice sensible même en l'absence d'un accroissement des importations, et il lui était donc loisible de le faire. L'assertion contraire du juge MacGuigan est en conséquence à rejeter.

c) La conclusion à l'existence d'un «préjudice sensible»

L'un des principaux moyens invoqués par les appelantes en l'espèce est que le Tribunal a rendu sa décision en l'absence d'éléments de preuve convainquants étayant sa conclusion à l'existence d'un préjudice sensible. Les appelantes ont fait valoir qu'il n'existait aucune preuve objective tendant à établir qu'il y aurait eu un accroissement des

Tribunal, in this case, simply ignored the *SIMA* and *GATT* requirement that there be a causal link between injury and subsidized imports.

In the factum which they presented to this Court, the appellants St. Lawrence Starch Company Ltd. et al. state, at pp. 25-26:

The material injury to Canadian producers, the price drop in corn in the period following the 1985 Farm Bill, was caused not by threatened imports but by the fall in the world price of corn. Thus there is no nexus or causal link between subsidized imports (or threatened imports) and the material injury, the fall in the price.

The Tribunal was obliged, by section 42 of the *SIMA*, to determine if the subsidization of goods "has caused, is causing or is likely to cause material injury". Except for the bare finding that there would have been past injury (which was based on a threat of imports), there were no facts and no evidence before the Tribunal upon which to base a finding of material injury in the future.

Upon close examination of the Tribunal's decision, I must disagree with the appellants that there was no evidence in this case upon which a finding of material injury could be made.

With respect first to price, there was evidence before the Tribunal that the world price corresponded to the American price, which, in turn, determined the Canadian price. At the very outset of its analysis, the Tribunal noted (at p. 15):

There was considerable evidence presented to the Tribunal concerning the nature and function of the Chicago market. It was given in evidence that the Chicago Board of Trade is the principal grain exchange, where prices are determined [*sic*] by open market bids and offers for corn and other grains and oilseeds; that is, the spot and futures [*sic*] prices for corn established by the trading activity at the Chicago Board of Trade are the prices looked to by all corn traders, not only in the U.S., but also in many other parts of the world.

importations au Canada, et que le Tribunal en l'espèce a simplement fait abstraction de l'exigence imposée par la *LMSI* et le *GATT* qu'il y ait un lien de causalité entre le préjudice subi et les importations subventionnées.

Dans le mémoire qu'elles ont présenté à notre Cour, les appelantes St. Lawrence Starch Company Ltd. et autres affirment, aux pp. 25 et 26:

[TRADUCTION] Le préjudice sensible subi par les producteurs canadiens, savoir la baisse du prix du maïs au cours de la période qui a suivi l'adoption du Farm Bill de 1985, a été causé non pas par la menace d'importations mais bien par la chute du prix mondial du maïs. Il n'existe donc aucun lien de causalité entre les importations subventionnées (ou la menace d'importations) et le préjudice sensible, c'est-à-dire la baisse du prix.

Le Tribunal était tenu aux termes de l'art. 42 de la *LMSI* de décider si le subventionnement de marchandises «cause, a causé, ou est susceptible de causer un préjudice sensible». Mis à part la simple conclusion qu'il y aurait eu un préjudice dans le passé (conclusion fondée sur la menace d'importations), le Tribunal ne disposait d'aucun fait ni aucun élément de preuve pouvant justifier une conclusion qu'un préjudice sensible serait causé à l'avenir.

Un examen minutieux de la décision du Tribunal me contraint à rejeter le point de vue des appelantes qu'il n'y a, en l'espèce, aucun élément de preuve susceptible de justifier une conclusion à l'existence d'un préjudice sensible.

Premièrement, en ce qui concerne le prix, on a produit devant le Tribunal des éléments de preuve établissant que le prix mondial correspondait au prix américain qui, à son tour, déterminait le prix canadien. Au tout début de son analyse, le Tribunal fait remarquer (à la p. 11):

Baucoup d'éléments de preuve ont été présentés au Tribunal concernant la nature et les fonctions du marché de Chicago. Il a été établi que le Chicago Board of Trade est le principal marché du commerce des grains et que les prix y sont déterminés par appels d'offres et soumissions sur le marché libre pour le maïs et d'autres céréales et graines oléagineuses. Ainsi, les prix courants et futurs du maïs fixés par l'activité au Chicago Board of Trade sont les prix auxquels se reportent tous les commerçants de maïs, non seulement aux États-Unis, mais aussi dans de nombreux endroits du monde.

On the evidence before it, the Tribunal rejected the appellants' suggestion that injury to Canadian producers was caused by low world prices and that such were independent of U.S. policies and programs. The Tribunal stated (at p. 19):

The Tribunal heard considerable argument that prices are established in response to world supply-and-demand conditions; that the lower prices are a result of excess world supply rather than the operation of the U.S. programmes; and that the excess supply results from increased production in countries other than the U.S. Such argument, in the view of the majority of the panel, belies the realities of the situation . . . the productive capacity of the U.S., and thus its ability to exert influence on the international market, is shown to be overwhelming.

and further (at p. 20):

From the evidence, the majority of the panel is persuaded that the dramatic decline in the international price for grain corn is, in very large measure, a direct consequence of the provisions of the 1985 Farm Bill; in fact, one of the announced [*sic*] objectives of the Bill was to make U.S. corn more competitive. But this competitiveness must be interpreted in the context of many years of continued subsidies to U.S. corn producers. Because of the open nature of the Canadian market these lower prices were transferred to Canada, with substantial adverse effect on Canadian producers.

Given these observations by the majority of the Tribunal, I cannot adhere to the view that there was no evidence, with respect to price, indicating that material injury had been caused, was caused and was likely to be caused to corn producers in Canada. Having regard to the evidence before the Tribunal, it cannot be said that its finding of a causal link between American price and injury to the Canadian market was patently unreasonable.

In saying this, I also dismiss the suggestion that there was no indication that a greater amount of imports would enter Canada absent a price adjustment by domestic producers. In his dissenting judgment, MacGuigan J. stated, at p. 560:

Se fondant sur la preuve produite devant lui, le Tribunal a rejeté la prétention des appelantes que le préjudice subi par les producteurs canadiens a été causé par la faiblesse des prix mondiaux et que les politiques et les programmes américains n'avaient rien à voir avec ceux-ci. Le Tribunal dit (à la p. 15):

Le Tribunal a entendu beaucoup d'arguments qui avaient pour objet de faire valoir les points suivants: les prix sont établis en fonction de l'offre et de la demande mondiales; les prix plus faibles résultent d'une offre mondiale excessive plutôt que du fonctionnement des programmes américains; et l'offre excessive résulte de la production accrue dans les pays autres que les États-Unis. De l'avis de la majorité du jury, de tels arguments ne correspondent pas à la réalité [. . .] la capacité de production des États-Unis apparaît comme accablante, tout comme, par conséquent, leur capacité d'influencer le marché international.

Puis, il ajoute (à la p. 16):

Se fondant sur les témoignages reçus, la majorité du jury est persuadé que la baisse spectaculaire du prix international du maïs-grain est, dans une très large mesure, une conséquence directe des dispositions du Farm Bill de 1985; en fait, l'un des objectifs déclarés du Farm Bill était d'accroître la compétitivité du maïs américain. Pour comprendre cet objectif, il faut savoir que les producteurs américains de maïs sont subventionnés depuis de nombreuses années. Comme le marché canadien est ouvert, ces prix plus faibles se sont répercutés au Canada et ont eu des conséquences fâcheuses d'envergure pour nos producteurs.

Compte tenu de ces observations du Tribunal à la majorité, je ne puis souscrire au point de vue selon lequel il n'y avait, relativement au prix, aucun élément de preuve établissant qu'un préjudice sensible était causé, avait été causé et était susceptible d'être causé aux producteurs de maïs au Canada. Compte tenu de la preuve produite devant le Tribunal, on ne peut pas dire que sa conclusion à l'existence d'un lien de causalité entre le prix américain et le préjudice causé au marché canadien était manifestement déraisonnable.

En même temps, je rejette également l'idée qu'il n'y avait aucune indication que les importations au Canada se feraient plus nombreuses si les producteurs canadiens n'ajustaient pas leurs prix. Dans ses motifs de dissidence, le juge MacGuigan dit, à la p. 560:

The conclusion of material injury to Canadian producers in the absence of a price response by them is not a simply observed fact, but would require an inference to be drawn from the evidence. Not only did the Tribunal not consider at all the availability of American corn for export to Canada . . . or the proportion of the Canadian market that could be affected after the exemptions allowed for grain corn for consumption in British Columbia and for yellow and white dent corn for snack food and tortilla manufacturers, but it also did not establish the fundamental point that low Canadian prices in the future would arise from subsidized American imports and not from world conditions.

In my opinion, MacGuigan J.'s reading of the Tribunal's decision is too narrow. In the course of giving its reasons, the majority of the Tribunal, in point of fact, made quite clear that there was a large surplus in American stocks and that this surplus would only diminish over a long period of time. It stated (at p. 20):

There is every indication that present conditions will persist for some time. Even with more onerous acreage set-asides, U.S. production is unlikely to be brought into balance with current demand much before the 1988/89 crop year. Disposal of the existing burdensome stocks would seem to require even more time.

Further, the Tribunal observed that the United States was the only viable source for imported grain corn. It stated (at p. 15):

Grain-corn movement between Canada and the U.S. is essentially unrestricted, save for duty and transportation costs. Because of the requirements of the Plant Quarantine Act and the Animal Disease and Protection Act, the U.S. is currently the only viable source for imported grain corn.

In my opinion, it was not unreasonable for the Tribunal to infer in this case, given the open nature of the Canadian market and given that the United States is the only viable source for imports, that American stocks not used for domestic consumption would have flowed into Canada in greater amounts. It could reasonably assume that Canadian buyers will purchase the products at issue at the lowest price available, and that, absent an appropriate price response by Canadian producers, a significant amount of American goods would penetrate the Canadian market. Given these

La conclusion que les producteurs canadiens auraient subi un préjudice sensible s'ils n'avaient réagi en ajustant leurs prix ne ressort pas à l'évidence mais implique qu'une inférence soit tirée de la preuve. Non seulement le Tribunal n'a-t-il pas tenu compte de la disponibilité des stocks de maïs américain pour l'exportation vers le Canada [. . .] ou [de] la proportion du marché canadien qui pourrait être affectée après les exemptions accordées à l'égard du maïs-grain à être consommé en Colombie-Britannique et à l'égard du maïs jaune ou blanc denté à être utilisé par les fabricants de grignotines et de tortillas, mais le Tribunal a également omis d'établir que le niveau peu élevé des prix canadiens à venir résulterait des importations subventionnées américaines plutôt que des conditions mondiales, un point fondamental.

À mon avis, le juge MacGuigan donne à la décision du Tribunal une interprétation trop étroite. En exposant ses motifs, le Tribunal à la majorité souligne en fait très clairement l'existence d'un surplus important de stocks américains qui ne diminuera pas avant longtemps. Voici ce qu'il affirme (à la p. 16):

Tout indique que les conditions actuelles se maintiendront pendant quelques (*sic*) temps. Même avec des mises hors production plus pénibles, il est peu probable que la production américaine puisse être alignée sur la demande longtemps avant la campagne agricole de 1988/1989. Il semble qu'il faudra encore plus de temps pour se débarrasser des stocks encombrants accumulés.

Le Tribunal fait remarquer en outre que les États-Unis représentent la seule source viable de maïs-grain importé (à la p. 11):

Le commerce du maïs-grain entre le Canada et les États-Unis se fait essentiellement sans restrictions, exception faite des droits et des frais de transport. En raison des exigences de la Loi sur la quarantaine des plantes et de la Loi sur les maladies et la protection des animaux, les États-Unis sont actuellement la seule source viable de maïs-grain pour le Canada.

Il n'était pas déraisonnable, selon moi, que le Tribunal infère en l'espèce, compte tenu de la nature ouverte du marché canadien et étant donné que les États-Unis sont la seule source viable d'importations, que les stocks américains qui n'étaient pas consommés dans ce pays seraient entrés au Canada en plus grande quantité. Il pouvait raisonnablement supposer que les acheteurs canadiens se procureraient au plus bas prix possible les produits en cause et qu'en l'absence d'un ajustement approprié des prix par les producteurs canadiens, une quantité importante de marchandi-

circumstances, I accordingly find that the Tribunal's reasoning and conclusions were not unreasonable and should not be disturbed.

I would add one final observation. In the course of these reasons, I have at times dealt in some detail with the manner in which the Tribunal arrived at its conclusion. Unlike my colleague, Wilson J., I do not think that the Tribunal's references to the provisions of the *GATT*, as well as all other aspects of the reasoning by which it arrived at its interpretation of *SIMA*, are totally irrelevant to a determination of an application for judicial review. With respect, I do not understand how a conclusion can be reached as to the reasonableness of a tribunal's interpretation of its enabling statute without considering the reasoning underlying it, and I would be surprised if that were the effect of this Court's decision in *C.U.P.E.*, *supra*. I would however note that this consideration must be undertaken in light of the overall question for determination, namely, whether or not the interpretation ultimately arrived at is patently unreasonable.

VII. Disposition

For the above reasons, I would dismiss the appeals with costs in this Court and the court below.

Appeals dismissed.

Solicitors for the appellant American Farm Bureau Federation: Fasken Campbell Godfrey, Toronto.

Solicitors for the appellants St. Lawrence Starch Co. et al.: Gottlieb, Kaylor & Stocks, Montréal.

Solicitors for the interveners Ontario Corn Producers' Association et al.: McCarthy Tétrault, Ottawa.

Solicitors for the interveners British Columbia Division, Canadian Feed Industry Association et al.: McMaster Meighen, Ottawa.

ses américaines envahirait le marché canadien. Cela étant, je conclus que le raisonnement et les conclusions du Tribunal ne sont pas déraisonnables et qu'il n'y a pas lieu d'y toucher.

J'aimerais faire une dernière observation. Dans les présents motifs, j'ai parfois traité en détail la façon dont le Tribunal est arrivé à sa conclusion. Toutefois, contrairement à ma collègue le juge Wilson, je ne crois pas que les mentions des dispositions du *GATT* par le Tribunal, ainsi que tous les autres aspects du raisonnement qu'il a tenu pour arriver à son interprétation de la *LMSI*, n'aient aucune pertinence pour statuer sur la demande de contrôle judiciaire. En toute déférence, je ne comprends pas comment on peut arriver à une conclusion sur le caractère raisonnable de l'interprétation que le Tribunal a donnée à sa loi habilitante sans tenir compte du raisonnement qui la sous-tend et je serais surpris si c'était là l'effet du jugement de notre Cour dans l'affaire *S.C.F.P.*, précitée. Toutefois, je suis d'avis de souligner que cet examen doit être effectué en fonction de la question globale à trancher, savoir si l'interprétation finalement donnée est manifestement déraisonnable.

f VII. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter les pourvois avec dépens en notre Cour et en Cour d'appel.

g Pourvois rejetés.

h Procureurs de l'appelante American Farm Bureau Federation: Fasken Campbell Godfrey, Toronto.

Procureurs des appelantes St. Lawrence Starch Co. et autres: Gottlieb, Kaylor & Stocks, Montréal.

i Procureurs des intervenantes Ontario Corn Producers' Association et autres: McCarthy Tétrault, Ottawa.

Procureurs des intervenantes la Division de la Colombie-Britannique de l'Association canadienne des industries de l'alimentation animale et autres: McMaster Meighen, Ottawa.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 9, 1990 Vol. 2

and Tables

Cited as [1990] 2 S.C.R. { i-iii
1385-1541

9^e cahier, 1990 Vol. 2

et Tables

Renvoi [1990] 2 R.C.S. { i-iii
1385-1541

NOTICE TO THE PROFESSION

Counsel practising before the Court are asked to take note of the following:

Upon filing any notice of motion, counsel for the Applicant must provide the Court, in writing, with the name and telephone number of counsel who will be arguing the application or motion. Counsel for the other parties must notify the Court, in writing, no later than one clear day before the hearing, if they intend to oppose the application or motion. Such notice must include the name and telephone number of counsel who will be appearing for the other parties.

Similarly, counsel appearing on an appeal are asked to notify the Court, in writing, of the names and telephone number of the counsel who will be arguing the appeal, at least one clear day before the hearing.

On the day of the hearing, counsel are asked to attend at the Process Registry, Room 166, no later than 15 minutes before the scheduled time of the hearing, so that a list of the names of all counsel can be prepared before the hearing.

This Practice Notice replaces the Practice Notice of February 1986.

AVIS AUX AVOCATS

Les avocats qui plaident devant la Cour suprême du Canada sont priés de noter ce qui suit:

Sur dépôt d'un avis de requête, l'avocat du requérant doit aviser la Cour, par écrit, des nom et numéro de téléphone de l'avocat appelé à plaider la requête. Les avocats des autres parties doivent également aviser la Cour, par écrit et au plus tard un jour franc avant la date d'audience, s'ils entendent contester la requête. Cet avis doit indiquer les nom et numéro de téléphone des avocats qui les représenteront le cas échéant.

De même, les avocats qui comparaissent dans un pourvoi sont priés d'aviser la Cour, par écrit et au moins un jour franc avant la date d'audience, des nom et numéro de téléphone des avocats qui plaideront le pourvoi.

Le jour de l'audience, les avocats sont priés de se présenter au greffe, pièce 166, au plus tard 15 minutes avant le début de l'audience pour que la liste des avocats soit dressée avant l'audience.

Cet avis remplace l'avis du mois de février 1986.

ANNE ROLAND
REGISTRAR REGISTRARE

JANUARY 1991

JANVIER 1991

NOTICE

There will be a Volume 3 of the Supreme Court Reports [1990] and it will contain six parts.

March 1991

AVIS

Il y aura un troisième volume du Recueil des arrêts de la Cour suprême [1990] et il comprendra six cahiers.

Mars 1991

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

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1991.

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

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

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

CONTENTS

Title Page	i
List of Judges	ii
Errata	iv
Motions	v
Table of Judgments	xiii
Table of Cases Cited	xxi
Statutes and Regulations Cited	xxxvii
Authors Cited	xlvi
Index	1525

Dersch v. Canada (Attorney General) 1505

Criminal law — Interception of private communications — Access to sealed packet — Whether accused must show *prima facie* misconduct by applicant before being able to inspect affidavit filed in support of wiretap authorization — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 178.14 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8.

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre	i
Liste des juges	iii
Errata	iv
Requêtes	v
Table des jugements	xvii
Table de la jurisprudence	xxi
Lois et règlements cités	xli
Doctrine citée	xlvi
Index	1533

Dersch c. Canada (Procureur général) 1505

Droit criminel — Interception de communications privées — Accès au paquet scellé — L'accusé doit-il faire la preuve *prima facie* de conduite répréhensible de la part du requérant avant de pouvoir inspecter l'affidavit déposé à l'appui de la demande d'autorisation d'écoute électronique? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 178.14 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

R. v. Francella 1420

Criminal law — Murder — First degree murder — Murder during commission of other offences — Husband holding wife at gunpoint for substantial period of time — Wife shot when leaving house — Whether murder took place during or after cessation of forcible confinement — Whether trial judge erred in failing to instruct jury on this issue.

R. v. Garofoli 1421

Criminal law — Interception of private communications — Access to sealed packet — Validity of wiretap authorizations — Grounds for challenging authorizations and appropriate remedies — Protection of identity of informers — Editing of affidavits — Entitlement of accused to cross-examine on affidavits — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part IV.1.

Criminal law — Interception of private communications — Admissibility of evidence — Relationship between s. 178.16 of Criminal Code and s. 24(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Interception of private communications — Judge failing to include minimization clause in wiretap authorizations — Whether authorizations violate s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. Lachance 1490

Criminal law — Interception of private communications — Access to sealed packet — Validity of wiretap authorizations — Grounds for challenging authorizations and appropriate remedies — Protection of identity of informers — Editing of affidavits — Entitlement of accused to cross-examine on affidavits — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part IV.1.

Criminal law — Interception of private communications — Admissibility of evidence — Relationship between s. 178.16 of Criminal Code and s. 24(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Interception of private communications — Judge failing to include minimization clause in wiretap authorization — Whether authorization violates s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. Zito 1520

Criminal law — Interception of private communications — Access to sealed packet — Whether accused entitled to inspect affidavit filed in support of wiretap authorization — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 178.14 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8.

Steele v. Mountain Institution 1385

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Indeterminate sentence — Necessary psychiatric treatment not available — Parole repeatedly denied — Whether or not Parole Board erred in refusing to release prisoner — Whether or not flaw in operation of the parole review process — Whether or not flaw amounting to cruel and unusual

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

R. c. Francella 1420

Droit criminel — Meurtre — Meurtre au premier degré — Meurtre concomitant de la perpétration d'autres infractions — Époux ayant menacé son épouse au moyen d'une arme à feu pendant un délai important — Épouse abattue alors qu'elle quittait la maison — Le meurtre a-t-il été commis avant ou après la séquestration? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne donnant pas au jury des directives sur ce point?

R. c. Garofoli 1421

Droit criminel — Interception de communications privées — Accès au paquet scellé — Validité d'autorisations d'écoute électronique — Motifs de contestation des autorisations et recours appropriés — Protection de l'identité des informateurs — Révision des affidavits — Droit de l'accusé de contre-interroger au sujet des affidavits — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, partie IV.1.

Droit criminel — Interception de communications privées — Recevabilité de la preuve — Rapports entre l'art. 178.16 du Code criminel et l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Interception de communications privées — Omission du juge d'inclure une clause de minimisation dans les autorisations d'écoute électronique — Les autorisations violent-elles l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés?

R. c. Lachance 1490

Droit criminel — Interception de communications privées — Accès au paquet scellé — Validité d'autorisations d'écoute électronique — Moyens de contestation des autorisations et recours appropriés — Protection de l'identité d'informateurs — Révision d'affidavits — Droit de l'accusé de contre-interroger sur les affidavits — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, partie IV.1.

Droit criminel — Interception de communications privées — Admissibilité de la preuve — Rapport entre l'art. 178.16 du Code criminel et l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille, perquisition et saisie abusives — Interception de communications privées — Omission du juge d'inclure une clause de minimisation dans l'autorisation d'écoute électronique — L'autorisation viole-t-elle l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés?

R. c. Zito 1520

Droit criminel — Interception de communications privées — Accès au paquet scellé — L'accusé a-t-il le droit d'examiner l'affidavit déposé à l'appui d'une demande d'autorisation d'écoute électronique? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 178.14 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

punishment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 12, 24(1) — Parole Act, R.S.C., 1985, c. P-2, s. 16(1)(a) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 761(2).

SOMMAIRE (Fin)

Steele c. Établissement Mountain 1385

Droit constitutionnel — Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Peine d'une durée indéterminée — Absence de traitement psychiatrique requis — Refus répété d'accorder la libération conditionnelle — La Commission des libérations conditionnelles a-t-elle commis une erreur en refusant de libérer le détenu? — Y a-t-il un vice de fonctionnement du processus d'examen des demandes de libération conditionnelle? — Ce vice entraîne-t-il une peine cruelle et inusitée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12, 24(1) — Loi sur la libération conditionnelle, L.R.C. (1985), ch. P-2, art. 16(1)a) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 761(2).



1990 Volume 2

Canada Supreme Court Reports

Published pursuant to Statute by

ANNE ROLAND
Registrar of the Court

Director of Publications
Odile Calder

Law Editors
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Revisor
Richard Berberi

Co-ordinator, Editorial Services
Gisèle Boulay

Editorial Assistants
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet
Mireille Barber

Secretaries
Carole Loiselle
Denise Jackson

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Publié conformément à la Loi par

ANNE ROLAND
Registraire de la Cour

Directrice des publications
Odile Calder

Arrêtistes
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Réviseur
Richard Berberi

Coordonnatrice, Service de l'édition
Gisèle Boulay

Adjointes à l'édition
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet
Mireille Barber

Secrétaires
Carole Loiselle
Denise Jackson

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable ANTONIO LAMER, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable BERTHA WILSON

The Honourable GERARD V. LA FOREST

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable JOHN SOPINKA

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable PETER DECARTERET CORY

The Honourable BEVERLEY MCLACHLIN

The Honourable WILLIAM ALEXANDER STEVENSON

On the 30th day of June 1990, the Right Honourable BRIAN DICKSON, P.C., Chief Justice of Canada, resigned from the Bench.

On the 1st day of July 1990, the Honourable ANTONIO LAMER, a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada, was appointed Chief Justice of Canada.

On the 17th day of September 1990, the Honourable WILLIAM ALEXANDER STEVENSON, a Judge of the Alberta Court of Appeal, was appointed a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada.

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

Le très honorable ANTONIO LAMER, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable BERTHA WILSON

L'honorable GÉRARD V. LA FOREST

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable JOHN SOPINKA

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable PETER DECARTERET CORY

L'honorable BEVERLEY MCLACHLIN

L'honorable WILLIAM ALEXANDER STEVENSON

Le très honorable BRIAN DICKSON, C.P., Juge en chef du Canada, a résigné ses fonctions le 30 juin 1990.

Le 1^{er} juillet 1990, l'honorable ANTONIO LAMER, juge puîné à la Cour suprême du Canada, a été nommé Juge en chef du Canada.

Le 17 septembre 1990, l'honorable WILLIAM ALEXANDER STEVENSON, juge de la Cour d'appel de l'Alberta, a été nommé juge puîné à la Cour suprême du Canada.

ERRATA

- [1985] 2 S.C.R. p. 588, line *h*-1 of the French version. Read after “pour occuper leur poste” the following phrase “De par sa nature même, elle n’est pas susceptible d’application individuelle”.
- [1985] 2 R.C.S. p. 588, ligne *h*-1 de la version française. Lire après «pour occuper leur poste» la phrase suivante «De par sa nature même, elle n’est pas susceptible d’application individuelle».
- [1986] 1 S.C.R. p. 926, line *e*-3 of the English version. Read “need not be, indeed” instead of “need not, indeed”.
- [1986] 1 R.C.S. p. 926, ligne *e*-3 de la version anglaise. Lire «need not be, indeed» au lieu de «need not, indeed».
- [1988] 2 S.C.R. p. 560, line *d*-1 of the English version. Read “The offences with which the appellant was charged” instead of “The offence with which the appellant was charged”.
- [1988] 2 R.C.S. p. 560, ligne *d*-1 de la version anglaise. Lire «The offences with which the appellant was charged» au lieu de «The offence with which the appellant was charged».
- [1988] 2 S.C.R. p. 560, line *d*-1 of the French version. Read “Les infractions dont est accusé l’appelant sont la source de nombreux maux» instead of “L’infraction dont est accusé l’appelant est la source de nombreux maux”.
- [1988] 2 R.C.S. p. 560, ligne *d*-1 de la version française. Lire «Les infractions dont est accusé l’appelant sont la source de nombreux maux» au lieu de «L’infraction dont est accusé l’appelant est la source de nombreux maux».
- [1989] 1 S.C.R. p. 1566, line *i*-1 of the English version. Read “The fact that McDonnell Douglas is party to a contract” instead of “The facts that McDonnell Douglas is party to a contract”.
- [1989] 1 R.C.S. p. 1566, ligne *i*-1 de la version anglaise. Lire «The fact that McDonnell Douglas is party to a contract» au lieu de «The facts that McDonnell Douglas is party to a contract».
- [1990] 1 S.C.R. p. 1771, line *b*-5 of the English version. Read “Canadian Charter of Rights and Freedoms” instead of “Canadian Charter of Human Rights and Freedoms”.
- [1990] 1 R.C.S. p. 1771, ligne *b*-5 de la version anglaise. Lire «Canadian Charter of Rights and Freedoms» au lieu de «Canadian Charter of Human Rights and Freedoms».
- [1990] 2 S.C.R. p. 553, lines *g*-3 and *g*-4 of the French version. Read “aj. 1974” instead of “aj. 1970”.
- [1990] 2 R.C.S. p. 553, lignes *h*-3 et *h*-4 de la version anglaise. Lire «ad. 1974» au lieu de «ad. 1970».
- [1990] 2 S.C.R. p. 553, lines *h*-3 and *h*-4 of the English version. Read “ad. 1974” instead of “ad. 1970”.
- [1990] 2 R.C.S. p. 553, lignes *g*-3 et *g*-4 de la version française. Lire «aj. 1974» au lieu de «aj. 1970».

MOTIONS—REQUÊTES

- 148447 Canada Inc. c. Burghardt* (Qué.), 21903, leave to appeal refused with costs, 12.7.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 318816 Ontario Ltd. v. Peel Condominium Corp. No. 255* (Ont.), 21822, leave to appeal refused with costs, 6.9.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 504578 Ontario Ltd. v. Great Lakes Fishermen and Allied Workers' Union* (Ont.), 21915, leave to appeal refused with costs, 13.12.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Agawa v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21172, leave to appeal refused, 8.11.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Alberta Power Ltd. v. Public Utilities Board (Alberta)* (Alta.), 21911, leave to appeal refused with costs, 13.9.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Amalgamated Transit Union, Local 1374 v. Ferguson Bus Lines Ltd.* (F.C.A.)(Alta.), 21957, leave to appeal refused with costs, 20.12.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Androulidakis c. Ethier-Gelinas* (Qué.), 22021, leave to appeal refused with costs, 1.11.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Attorney General of Nova Scotia v. Johnson* (N.S.), 21968, leave to appeal refused with costs, 15.11.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- B. G. Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority* (B.C.), 21955, leave to appeal granted, 7.12.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Badr c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 21947, leave to appeal refused, 30.8.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Banque nationale du Canada c. Ville de Notre-Dame du Lac* (Qué.), 21967, leave to appeal refused with costs, 27.9.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bills Investment Ltd. v. First Investors Corporation Ltd.* (Sask.), 22039, leave to appeal refused with costs, 13.12.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Boimash c. Shlien* (Qué.), 21530, notice of discontinuance filed, 3.10.90, avis de désistement produit.
- Boutin c. Mayrand* (Qué.), 22041, leave to appeal refused, 15.11.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Bovey v. Corporation of the Town of Gananoque* (Ont.), 22016, leave to appeal granted, 20.12.90, autorisation de pourvoi accordée.
- British Columbia Hydro and Power Authority v. B. G. Checo International Ltd.* (B.C.), 21939, leave to appeal granted, 7.12.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Bunn v. The Queen* (Crim.)(Man.), 21992, leave to appeal refused, 20.12.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Canac-Marquis Grenier Liée c. Ville de Vanier* (Qué.), 21982, leave to appeal granted, 8.11.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Canada Labour Relations Board v. Greyhound Lines of Canada Ltd.* (F.C.A.)(Alta.), 22007, leave to appeal refused with costs, 20.12.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canada Life Assurance Co. v. Campbell* (Man.), 22044, leave to appeal refused with costs, 13.12.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Abortion Rights Action League Incorporated (C.A.R.A.L.) v. Attorney General of Nova Scotia* (N.S.), 21963, leave to appeal refused, 15.11.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Canadian Association of Industrial, Mechanical and Allied Workers, Local 19 v. International Union of Operating Engineers, Local 115* (B.C.), 22068, leave to appeal refused with costs, 1.10.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Canadian Council of Churches v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 21946, leave to appeal granted, 20.12.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Canadian National Railway Co. v. Rainbow Industrial Caterers Ltd.* (B.C.), 21873, leave to appeal granted, 15.11.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Cartusiano v. Wawanesa Mutual Insurance Co.* (Ont.), 21998, leave to appeal refused with costs, 20.12.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Centre de renaissance catholique des Laurentides Inc. c. Corporation municipale de St-Gérard des Laurentides* (Qué.), 21852, leave to appeal refused with costs, 5.7.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Clarkson Gordon (A Canadian Firm) v. Canadian Commercial Bank* (Alta.), 21648, notice of discontinuance filed, 30.11.90, avis de désistement produit.
- Cole v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 21542, leave to appeal refused, 13.12.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Commercial Union Assurance Co. c. Cedrus Canada Ltd.* (Qué.), 21875, leave to appeal refused with costs, 5.7.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Compagnie Trust Royal c. Garcia Transport Ltée* (Qué.), 21935, leave to appeal granted, 8.11.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Conklin & Garrett Ltd. v. Director of the Elevating Devices Branch of the Ministry of Consumer and Commercial Relations* (Ont.), 21863, leave to appeal refused with costs, 6.9.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Conseil canadien des relations du travail c. Québécoir—Air Québec* (C.A.F.)(Qué.), 21429, leave to appeal granted, 8.11.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Continental Insurance Co. c. United States Fire Insurance Co.* (Qué.), 22054, notice of discontinuance filed, 27.11.90, avis de désistement produit.
- Cordeau c. Cordeau* (Qué.), 18775, notice of discontinuance filed, 5.9.90, avis de désistement produit.
- Cormie v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 21953, leave to appeal refused, 3.12.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Couturier v. Rud* (B.C.), 21972, leave to appeal refused with costs, 13.9.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Deloitte & Touche Ross, Inc. v. Surrey Credit Union* (B.C.), 22100, leave to appeal refused with costs, 21.12.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Domco Industries Ltd. v. Mannington Mills, Inc.* (F.C.A.)(Ont.), 21960, leave to appeal refused with costs, 20.12.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Easton v. Attorney General of Ontario* (Crim.)(Ont.), 21869, leave to appeal granted, 15.11.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Edmonton (City of) v. Public Utilities Board (Alberta)* (Alta.), 21910, leave to appeal refused with costs, 13.9.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Engel v. Kam-Ppelle Holdings Ltd.* (Sask.) 21970, leave to appeal granted, 8.11.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Epp v. The Queen* (Ont.), 21818, leave to appeal refused with costs, 6.9.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ergen v. Van Loon* (B.C.), 21908, leave to appeal refused with costs, 22.11.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Evans v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Crim.)(Ont.), 21893, leave to appeal refused, 20.12.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Fafard c. Commission de la Santé et de la sécurité au travail* (Qué.), 22053, leave to appeal refused with costs, 13.12.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fradet c. Société Asbestos* (Qué.), 21900, leave to appeal refused with costs, 5.7.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Freed c. Tribunal des professions* (Crim.)(Qué.), 21987, leave to appeal refused with costs, 11.10.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Frey v. MacDonald* (Ont.), 21859, leave to appeal refused with costs, 18.10.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- G. Gagné Transport Inc. c. Scottish & York Insurance Co.* (Qué.), 21861, leave to appeal refused with costs, 5.7.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gagliardi v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(B.C.), 21853, leave to appeal refused, 6.9.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Golden Horse Farms Inc. v. Household Trust Co.* (B.C.), 22010, leave to appeal refused, 15.11.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Golden Horse Farms Inc. v. Household Trust Co.* (B.C.), 22034, leave to appeal refused, 15.11.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Golden Horse Farms Inc. v. Household Trust Co.* (B.C.), 22035, leave to appeal refused, 15.11.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Golden Horse Farms Inc. v. Household Trust Co.* (B.C.), 22036, leave to appeal refused, 15.11.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Golden Horse Farms Inc. v. Household Trust Co.* (B.C.), 22133, leave to appeal refused, 15.11.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Gonzales v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 21994, leave to appeal refused, 13.12.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Great Lakes Towing Co. c. MV 'Peter A.B. Widener'* (C.A.F.)(Qué.), 21885, leave to appeal granted, 8.11.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Great Lakes Towing Co. c. Owners & Operators of the MV 'Rhone'* (C.A.F.)(Qué.), 21886, leave to appeal granted, 8.11.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Greig v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 21906, leave to appeal refused, 18.10.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Guessous c. Lightstone* (Qué.), 21971, leave to appeal refused with costs, 18.10.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hana v. Cabral* (Sask.), 22037, leave to appeal refused with costs, 13.12.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Haworth v. Joseph* (Alta.), 21686, leave to appeal refused with costs, 22.11.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hélicoptères Trans Québec Ltée c. B.G. Checo International Ltée* (Qué.), 22008, leave to appeal refused, 13.12.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Hillman v. Canadian Commercial Bank* (Alta.), 21640, notice of discontinuance filed, 30.11.90, avis de désistement produit.
- Hiscock c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 21988, leave to appeal refused, 21.11.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Hutton v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 21995, leave to appeal refused with costs, 13.12.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Indal Ltd. v. Great Northern Grain Terminals Ltd.* (Alta.), 22182, notice of discontinuance filed, 4.12.90, avis de désistement produit.
- Industries chimiques Duro-Kote Ltée c. Peintures Dura-Tek Inc.* (Qué.), 21928, leave to appeal refused with costs, 12.7.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Institute of Edible Oil Foods v. The Queen* (Ont.), 21818, leave to appeal refused with costs, 6.9.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- James Doyle (Sr.) & Sons Ltd. v. Anderson* (Nfld.), 22019, leave to appeal refused, 1.11.90, autorisation de pourvoi refusée.

- Jones v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21879, leave to appeal granted, 18.10.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Joyal c. La Reine* (Qué.), 21898, leave to appeal refused, 5.7.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Justin Maltais Inc. c. Ville de Chicoutimi* (Qué.), 22042, leave to appeal refused with costs, 20.12.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kelly v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 21719, leave to appeal refused, 13.12.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Kelsey v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 21959, leave to appeal refused, 11.10.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Kennedy v. Canada Labour Relations Board* (F.C.A.)(Ont.), 22000, leave to appeal refused, 1.11.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Khalid v. Canadian Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 21933, leave to appeal refused with costs, 30.8.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kieling v. Saskatchewan Wheat Pool* (Sask.), 21973, leave to appeal refused with costs, 13.12.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kourtessis v. Minister of National Revenue* (Crim.)(B.C.), 21645, leave to appeal granted, 20.12.90, autorisation de pourvoi accordée.
- L. Dufresne & Fils Ltée c. Caisse de retraite de la fédération nationale de l'industrie du vêtement Inc.* (Qué.), 22006, leave to appeal refused with costs, 18.10.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Leblanc v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21986, leave to appeal refused, 20.12.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Lee (Kingston Donald) v. Joshi* (Man.), 22027, leave to appeal refused with costs, 22.11.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lee (Patrick) c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 21892, leave to appeal refused, 11.10.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Lefebvre v. HOJ Industries Ltd.* (Ont.), 21586, leave to appeal granted, 15.11.90, autorisation de pourvoi accordée.
- London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.* (B.C.), 21980, leave to appeal granted with costs, 7.12.90, autorisation de pourvoi accordée avec dépens.
- Lortie c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 21950, leave to appeal refused, 8.11.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Lulin c. Lévesque Beaubien Inc.* (Qué.), 21690, leave to appeal refused with costs, 11.10.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- M. (K.) v. M. (H.)* (Ont.), 21763, leave to appeal granted, 15.11.90, autorisation de pourvoi accordée.
- M. (M.) v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21860, leave to appeal refused, 6.9.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Mainguy c. Clément Moisan Ltée* (Qué.), 21917, leave to appeal refused with costs, 12.7.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Malloy v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 19317, notice of discontinuance filed, 30.11.90, avis de désistement produit.
- Mason v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 22137, leave to appeal refused, 29.11.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Mavrikakis c. Litwin* (Qué.), 21925, leave to appeal refused with costs, 12.7.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- McInerney v. MacDonald* (N.B.), 21899, leave to appeal granted, 15.11.90, autorisation de pourvoi accordée.
- McIntosh v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 21922, leave to appeal refused, 30.8.90, autorisation de pourvoi refusée.
- McLaughlan v. Canadian Commercial Bank* (Alta.) 21575, notice of discontinuance filed, 30.11.90, avis de désistement produit.
- Melo v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 19995, notice of discontinuance filed, 12.12.90, avis de désistement produit.
- Members of the CanDel Pensioners Group v. National Trust Co.* (Alta.), 21976, leave to appeal refused with costs, 13.9.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Members of the New Sulpetro Group v. National Trust Co.* (Alta.), 21977, leave to appeal refused with costs, 13.9.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Members of the Old Sulpetro Group v. National Trust Co.* (Alta.), 21974, leave to appeal refused with costs, 13.9.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Members of the Sulpetro Minerals Group v. National Trust Co.* (Alta.), 21978, leave to appeal refused with costs, 13.9.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Meredith v. Canadian Employment and Immigration Commission* (F.C.A.)(Ont.), 21830, leave to appeal refused with costs, 6.9.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Metal Fabricating & Construction Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the plumbing and pipefitting industry of the United States and Canada, Local 264* (Sask.), 21778, leave to appeal refused with costs, 22.11.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Metchosin (District of) v. Lundy* (B.C.), 21943, leave to appeal refused with costs, 15.11.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Michel c. Tremblay* (Qué.), 21958, leave to appeal refused with costs, 27.9.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Minister of Employment and Immigration v. Chiarelli* (F.C.A.)(Ont.), 21920, leave to appeal granted, 8.11.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Moge v. Moge* (Man.), 21979, leave to appeal granted, 7.12.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Montpetit c. Tsuru* (Qué.), 22149, leave to appeal refused with costs, 20.12.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Morel c. Parrot* (Qué.), 21944, leave to appeal refused with costs, 30.8.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Morgentaler v. Attorney General of Nova Scotia* (N.S.), 21927, leave to appeal refused, 15.11.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Morrow v. Meindersma* (Alta.), 22014, leave to appeal refused with costs, 13.12.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Mulco Inc. c. Garantie compagnie d'assurance de l'Amérique de Nord* (Qué.), 21854, leave to appeal refused with costs, 5.7.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Municipality of Metropolitan Toronto v. Canadian Union of Public Employees* (Ont.), 21984, leave to appeal refused with costs, 20.9.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Nicholson v. The Queen* (Crim.)(Man.), 22011, leave to appeal refused, 22.11.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Nicolucci c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 21803, leave to appeal refused, 15.11.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Nittolo c. La Reine* (Qué.), 15068, notice of discontinuance filed, 20.12.90, avis de désistement produit.
- Noor c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (C.A.F.)(Qué.), 21847, leave to appeal refused with costs, 12.7.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Norberg v. Wynrib* (B.C.), 21924, leave to appeal granted, 15.11.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Norfolk Fruit Growers' Association v. Minister of Revenue* (Ont.), 22003, leave to appeal refused with costs, 20.12.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Norsk Pacific Steamship Co. v. Canadian National Railway Co.* (F.C.A.)(B.C.), 21838, leave to appeal granted, 15.11.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Pauls v. Sims* (Man.), 21760, notice of discontinuance filed, 3.7.90, avis de désistement produit.
- Pedersen v. Law Firm of Howard Mackie* (Alta.), 22089, leave to appeal refused with costs, 13.12.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pétroles Lussier Inc. c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 21954, leave to appeal refused, 30.8.90, autorisation de pourvoi refusée.

- Phaneuf c. Le Bar 6/49 Inc.* (Qué.), 21997, leave to appeal refused with costs, 18.10.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Phillips v. Attorney General of Ontario* (Crim.)(Ont.), 21868, leave to appeal granted, 15.11.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Pirozzi v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21949, leave to appeal refused, 22.11.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Procureur général du Québec c. Lippé* (Qué.), 22072, leave to appeal granted, 1.10.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Purves v. Attorney General of Canada* (Crim.)(B.C.), 21952, leave to appeal refused, 22.11.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Quintette Coal Ltd. v. Nippon Steel Corporation* (B.C.), 22142, leave to appeal refused with costs, 13.12.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. c. Bergeron* (Qué.), 15715, notice of discontinuance filed, 20.12.90, avis de désistement produit.
- R. v. Betz* (F.C.A.)(Man.), 21930, leave to appeal refused, 13.9.90, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Cardinal* (Crim.)(Alta.), 21985, leave to appeal refused, 13.9.90, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Denny* (Crim.)(N.S.), 21929, notice of discontinuance filed, 6.9.90, avis de désistement produit.
- R. v. Drummond* (Crim.)(Ont.), 21919, leave to appeal refused, 18.10.90, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Hawrsh* (Crim.)(Sask.), 20226, notice of discontinuance filed, 29.11.90, avis de désistement produit.
- R. v. J. C. S.* (Crim.)(Man.), 22015, leave to appeal refused, 13.9.90, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. McKee* (F.C.A.)(Man.), 21931, leave to appeal refused, 13.9.90, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Moore* (F.C.A.)(Man.), 21934, leave to appeal refused, 13.9.90, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Mouallem* (Crim.)(Alta.), 21914, leave to appeal refused, 13.9.90, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Mugford* (Crim.)(Nfld.), 22160, notice of discontinuance filed, 19.12.90, avis de désistement produit.
- R. v. Pottinger* (Crim.)(Ont.), 21936, leave to appeal refused, 30.8.90, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Schachter* (F.C.A.)(Ont.), 21889, leave to appeal granted, 15.11.90, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Shisler* (Crim.)(Ont.), 21940, leave to appeal refused, 27.9.90, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Verrier* (F.C.A.)(Man.), 21932, leave to appeal refused, 13.9.90, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. W. (R.)* (Crim.)(Ont.), 21820, leave to appeal granted, 15.11.90, autorisation de pourvoi accordée.
- R. in right of Alberta v. Friends of the Old Man River Society* (F.C.A.)(Alta.), 21890, leave to appeal granted, 13.9.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Ramirez v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21981, leave to appeal refused, 13.9.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Randhawa v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 21938, leave to appeal refused, 22.11.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Reed v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 22013, leave to appeal refused with costs, 13.12.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Reekie v. Messervey* (B.C.), 21549, notice of discontinuance filed, 3.7.90, avis de désistement produit.
- Renaud v. Board of School Trustees* (B.C.), 21682, leave to appeal granted, 20.9.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Richardson v. British Columbia Hydro and Power Authority* (B.C.), 21901, leave to appeal refused with costs, 18.10.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rochard c. Baribeau* (Qué.), 21880, leave to appeal refused with costs, 27.9.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ross v. Central Trust Co.* (Alta.), 22090, leave to appeal refused with costs, 13.12.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Rowan Companies Inc. v. DiPersio* (N.S.), 21964, leave to appeal refused, 11.10.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Sécurité compagnie d'assurances générales du Canada c. Fillion* (Qué.), 21883, leave to appeal refused with costs, 16.8.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Shinkaruk v. City of Saskatoon* (Sask.), 21597, leave to appeal dismissed with costs, 21.12.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Singh v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 21780, leave to appeal refused, 22.11.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Société d'électrolyse et de chimie Alcan Ltée c. Comité d'environnement de la Baie Inc.* (Qué.), 21891, leave to appeal refused with costs, 5.7.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sous-ministre du revenu du Québec c. Imprimerie Trans-Continental Inc.* (Qué.), 22009, leave to appeal refused with costs, 18.10.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sparks v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 21966, leave to appeal refused, 11.10.90, autorisation de pourvoi refusée.
- St. Adolphe Co-op Parc Inc. v. Fuerst* (Man.), 21962, leave to appeal refused, 13.9.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Stancroft Trust Ltd. v. Can-Asia Capital Co.* (B.C.), 21923, leave to appeal refused with costs, 15.11.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Steiman v. Steiman* (Man.), 17668, notice of discontinuance filed, 4.12.90, avis de désistement produit.
- Stephen v. College of Physicians and Surgeons of Saskatchewan* (Sask.), 21913, leave to appeal refused with costs, 25.10.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Stinchcombe v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 21904, leave to appeal granted, 8.11.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Strang v. Strang* (Alta.), 22066, leave to appeal granted 7.12.90, autorisation de pouvoir accordée.
- Sulpetro Ltd. v. National Trust Co.* (Alta.), 21975, leave to appeal refused, 13.9.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Sun Life Assurance Co. of Canada v. Canadian Human Rights Commission* (F.C.A.)(Ont.), 21921, leave to appeal granted, 8.11.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Taylor v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 21907, leave to appeal refused, 18.10.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Therrien c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 21862, leave to appeal refused, 21.12.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Transalta Utilities Corporation v. Alberta Public Utilities Board* (Alta.), 21909, leave to appeal refused, 13.9.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Triple Five Corporation Ltd. v. First City Trust Co.* (Alta.), 22052, leave to appeal refused with costs, 13.12.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Turcotte c. Trust général du Canada* (Qué.), 21894, leave to appeal refused with costs, 5.7.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Turner v. Kremlin Canada Inc.* (Ont.), 21951, leave to appeal refused with costs, 20.12.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- United Nurses of Alberta v. Attorney General of Alberta* (Crim.)(Alta.), 21870, leave to appeal granted, 15.11.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits* (Qué.), 21882, leave to appeal granted, 8.11.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Visionnière Le Château Inc. c. Centre d'approvisionnement de La Baie Inc.* (Qué.), 22002, leave to appeal refused with costs, 13.12.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Walker Ranch Ltd. v. Zuidema Farms Inc.* (Sask.), 21918, leave to appeal refused with costs, 18.10.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Ward v. Minister of Employment & Immigration (F.A.C.)(Ont.)*, 21937, leave to appeal granted, 8.11.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Warren v. Regina (Crim.)(B.C.)*, 21700, notice of discontinuance filed, 17.12.90, avis de désistement produit.
- Waryk v. Bird (B.C.)*, 21983, leave to appeal refused with costs, 13.12.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Wasylyshen v. The Queen (Crim.)(Sask.)*, 22106, leave to appeal refused, 3.12.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Woods v. The Queen (Crim.)(Ont.)*, 21896, leave to appeal refused, 20.12.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Woycenko v. Provincial Treasurer of Alberta (Alta.)*, 21941, leave to appeal refused, 13.9.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Young v. Minister of Education (Ont.)*, 21895, leave to appeal refused with costs, 30.8.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Young Men's and Young Women's Hebrew Association of Montreal c. City of Montreal (Qué.)*, 21916, leave to appeal refused with costs, 12.7.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Zaidan Group Ltd. v. Corporation of the City of London (Ont.)*, 21850, leave to appeal granted, 15.11.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Zündel v. The Queen (Crim.)(Ont.)*, 21811, leave to appeal granted on the constitutional issue only, 15.11.90, autorisation de pourvoi accordée en ce qui concerne la question constitutionnelle seulement.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the "Indexed as" entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
A			
Alberta (Human Rights Commission), Central Alberta Dairy Pool v.	489	Canada (National Battlefields Commission), Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec v.	838
American Farm Bureau Federation v. Canada (Import Tribunal).....	1324	Canadian Indemnity Co. v. Canadian Johns-Manville Co.	549
Apple Computer, Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.	209	Canadian Johns-Manville Co., Canadian Indemnity Co. v.	549
Apple Computer, Inc. v. 115778 Canada Inc.	209	Carey Canada Inc., Hunt v.	959
Arkell, R. v.	695	Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)	489
Artisans Coopvie, Société coopérative d'assurance-vie, General Trust of Canada v.	1185	Chambers, R. v.	1293
Askov, R. v.	1199	Clarke v. Clarke.....	795
Attorney General see also "Canada" or the name of province		Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec v. Canada (National Battlefields Commission)	838
		Commission see also "Canada" or the name of province	
B			
B. (G.), R. v.	3	D	
B. (G.), R. v.	30	Danson v. Ontario (Attorney General).....	1086
B. (G.), R. v.	57	Dersch v. Canada (Attorney General).....	1505
B. (J.), R. v.	307	Droit de la famille—176	1259
Bhatnager v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	217	Drolet, R. v.	1107
Bishop v. Stevens	467	F	
C			
Caisse populaire des Deux Rives v. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu.....	995	Farrell, Snell v.	311
Canada v. Fries	1322	Francella, R. v.	1420
Canada (Attorney General), Dersch v.	1505	Fries, Canada v.	1322
Canada (Import Tribunal), National Corn Growers Assn. v.	1324	G	
Canada, Knox Contracting Ltd. v.	338	Garofoli, R. v.	1421
Canada (Minister of Employment and Immigration), Bhatnager v.	217	General Trust of Canada v. Artisans Coopvie, Société coopérative d'assurance-vie	1185
		Groupe Estrie-Richelieu, Compagnie d'assurance v. Caisse populaire des Deux Rives	995

	PAGE		PAGE
H		National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)	1324
Hebert, R. v.	151	National Trust Co. v. Mead	410
Hess, R. v.	906	Nguyen, R. v.	906
Huang, R. v.	1105	Northwest Territories (Commissioner), Professional Institute of the Public Service of Canada v.	367
Hunt v. Carey Canada Inc.	959		
J		O	
J.(J.T.), R. v.	755	Office see also "Canada" or the name of province	
K		Ontario (Attorney General), Danson v.	1086
Katsikonouris, National Bank of Greece (Canada) v.	1029	Ostrowski, R. v.	82
Khan, R. v.	531		
Knox Contracting Ltd. v. Canada	338	P	
L		P. (J.), R. v.	300
Lachance, R. v.	1490	Panzer v. Simco & Erie Insurance Co.	1029
Lacroix v. Valois	1259	Paquette, R. v.	1103
Lanificio Fratelli Bettazzi S.N.C. v. Tissus Ranchar Inc.	1109	Peguis Indian Band, Mitchell v.	85
Logan, R. v.	731	Penno, R. v.	865
Luxton, R. v.	711	Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)	367
M		Q	
Mackintosh Computers Ltd., Apple Computer, Inc. v.	209	Québec Ready Mix Inc., Rocois Construction Inc. v.	440
Martineau, R. v.	633	Queen see also "R."	
Mead, National Trust Co. v.	410		
Minister see also "Canada" or the name of province		R	
Mitchell v. Peguis Indian Band	85	R. v. Arkell	695
Mountain Institution, Steele v.	1385	R. v. Askov	1199
Multiform Manufacturing Co., R. v.	624	R. v. B. (G.)	3
N		R. v. B. (G.)	30
National Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris	1029	R. v. B. (G.)	57
		R. v. B. (J.)	307
		R. v. Chambers	1293
		R. v. Drolet	1107
		R. v. Francella	1420
		R. v. Garofoli	1421
		R. v. Hebert	151

	PAGE		PAGE
R. v. Hess.....	906	Simcoe & Erie Insurance Co., Panzera v.....	1029
R. v. Huang.....	1105	Snell v. Farrell.....	311
R. v. J.(J.T.).....	755	Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu, Caisse populaire des Deux Rives v.....	995
R. v. Khan.....	531	St. Lawrence Starch Co. v. Canada (Import Tri- bunal).....	1324
R. v. Lachance.....	1490	Steele v. Mountain Institution.....	1385
R. v. Logan.....	731	Stevens, Bishop v.....	467
R. v. Luxton.....	711		
R. v. Martineau.....	633	T	
R. v. Multiform Manufacturing Co.....	624	T. (A.), R. v.....	304
R. v. Nguyen.....	906	The Queen see also "R."	
R. v. Ostrowski.....	82	Thompson, R. v.....	1111
R. v. P. (J.).....	300	Tissus Ranchar Inc., Lanificio Fratelli Bettazzi S.N.C. v.....	1109
R. v. Paquette.....	1103	Tremblay, R. v.....	1106
R. v. Penno.....	865		
R. v. Rodney.....	687	U	
R. v. S. (G.).....	294	Union see also under abbreviated name	
R. v. S. (S.).....	254		
R. v. Shupe.....	1108	V	
R. v. T. (A.).....	304	Valois, Lacroix v.....	1259
R. v. Thompson.....	1111		
R. v. Tremblay.....	1106	Z	
R. v. Zito.....	1520	Zito, R. v.....	1520
Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario.....	232		
Rocois Construction Inc. v. Québec Ready Mix Inc.....	440		
Rodney, R. v.....	687		
Royal College of Dental Surgeons of Ontario, Rocket v.....	232		
S			
S. (G.), R. v.....	294		
S. (S.), R. v.....	254		
Shupe, R. v.....	1108		

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique «Répertorié» dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
A			
Alberta (Human Rights Commission), Central Alberta Dairy Pool c.	489	Canada (Procureur général), Dersch c.	1505
American Farm Bureau Federation c. Canada (Tribunal des importations).....	1324	Canada (Tribunal des importations), National Corn Growers Assn. c.	1324
Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.	209	Canadian Indemnity Co. c. Canadian Johns-Manville Co.	549
Apple Computer, Inc. c. 115778 Canada Inc.	209	Canadian Johns-Manville Co., Canadian Indemnity Co. c.	549
Arkell, R. c.	695	Carey Canada Inc., Hunt c.	959
Artisans Coopvie, Société coopérative d'assurance-vie, Trust général du Canada c.	1185	Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)	489
Askov, R. c.	1199	Chambers, R. c.	1293
B			
B. (G.), R. c.	3	Clarke c. Clarke	795
B. (G.), R. c.	30	Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario, Rocket c.	232
B. (G.), R. c.	57	Commission de transport de la communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux)	838
B. (J.), R. c.	307	Commission voir aussi «Canada» ou nom de la province	
Bande indienne Peguis, Mitchell c.	85	D	
Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikounouris	1029	Danson c. Ontario (Procureur général)	1086
Bhatnager c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration).....	217	Dersch c. Canada (Procureur général)	1505
Bishop c. Stevens	467	Droit de la famille — 176	1259
C			
Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu.....	995	Drolet, R. c.	1107
Canada c. Fries	1322	E	
Canada (Commission des champs de bataille nationaux), Commission de transport de la communauté urbaine de Québec c.	838	Établissement Mountain, Steele c.	1385
Canada, Knox Contracting Ltd. c.	338	F	
Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration), Bhatnager c.	217	Farrell, Snell c.	311
		Francella, R. c.	1420
		Fries, Canada c.	1322

	PAGE		PAGE
G		M	
Garofoli, R. c.	1421	Mackintosh Computers Ltd., Apple Computer, Inc. c.	209
Groupe Estrie-Richelieu, Compagnie d'assurance c. Caisse populaire des Deux Rives	995	Martineau, R. c.	633
H		Mead, National Trust Co. c.	410
Hebert, R. c.	151	Ministre voir aussi «Canada» ou nom de la province	
Hess, R. c.	906	Mitchell c. Bande indienne Peguis	85
Huang, R. c.	1105	Multiform Manufacturing Co., R. c.	624
Hunt c. Carey Canada Inc.	959	N	
I		National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)	1324
Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)	367	National Trust Co. c. Mead	410
J		Nguyen, R. c.	906
J.(J.T.), R. c.	755	O	
K		Office voir aussi «Canada» ou nom de la province	
Katsikonouris, Banque nationale de Grèce (Canada) c.	1029	Ontario (Procureur général), Danson c.	1086
Khan, R. c.	531	Ostrowski, R. c.	82
Knox Contracting Ltd. c. Canada	338	P	
L		P. (J.), R. c.	300
Lachance, R. c.	1490	Panzer c. Simcoe & Érié Compagnie d'assurance	1029
Lacroix c. Valois	1259	Paquette R. c.	1103
La Reine voir aussi «R.»		Penno, R. c.	865
Lanificio Fratelli Bettazzi S.N.C. c. Tissus Rancher Inc.	1109	Procureur général voir aussi «Canada» ou nom de la province	
Logan, R. c.	731	Q	
Luxton, R. c.	711	Québec Ready Mix Inc., Rocois Construction Inc. c.	440
M		R	
		R. c. Arkell	695
		R. c. Askov	1199

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
A		
A, Re	[1975] 5 W.W.R. 425	767
Aetna Insurance Co. v. Kennedy	301 U.S. 389 (1937)	1017
AFPC c. Canada	[1987] 1 R.C.S. 424	373, 377, 392, 401
Air-Care Ltd. v. United Steel Workers of America	[1976] 1 S.C.R. 2	1271
Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)	[1989] 2 S.C.R. 225	104
Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)	[1989] 2 R.C.S. 225	104
Alberta Union of Provincial Employees, Branch 63 v. Board of Governors of Olds College	[1982] 1 S.C.R. 923	1341
Allen v. Whitehead	[1930] 1 K.B. 211	229
Alliance Insurance Co. of Philadelphia v. Laurentian Colonies and Hotels Ltd.	[1953] Que. Q.B. 241	578
Alphacell Ltd. v. Woodward	[1972] 2 All E.R. 475	328
Alsop v. Commercial Ins. Co.	1 Fed. Cas. 564 (1833) (No. 262)	582
Amin v. Cie d'assurance American Home	[1989] R.R.A. 151	1082
Andrews v. Law Society of British Columbia	[1989] 1 S.C.R. 143	286, 927, 941
Angelillo v. Prévoyance, Cie d'assurances	[1983] C.A. 305	564
Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission	[1969] 2 W.L.R. 163	1335
Anti-Inflation Act, Re	[1976] 2 S.C.R. 373	1099
Ares v. Venner	[1970] S.C.R. 608	540
Ash v. Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd.	[1936] 2 All E.R. 1496	477
Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.	[1903] A.C. 524	277
Attorney-General for Quebec v. Nipissing Central Railway Co.	[1926] A.C. 715	106, 124
Attorney General of British Columbia v. Smith	[1967] S.C.R. 702	266
Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.	[1983] 2 S.C.R. 206	352, 361
Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada	[1980] 2 S.C.R. 735	979
Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre	[1982] 1 S.C.R. 175	1457
Attorney-General of Quebec v. Attorney-General of Canada	[1945] S.C.R. 600	351
Attorney-General of the Duchy of Lancaster v. London & North Western Railway Co.	[1892] 3 Ch. 274	971
Avery v. Andrews	(1882), 51 L.J. Ch. 414	226

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
B		
B.C. Motor Vehicle Act, Re	[1985] 2 S.C.R. 486	162, 231, 643, 674, 720, 897, 914, 940
Bank of British North America v. St. John & Quebec R. Co.	(1920), 52 D.L.R. 557	228
Bank of Montreal v. Hall	[1990] 1 S.C.R. 121	830
Bank of Nova Scotia and Vancouver Island Renovating Inc., Re	(1986), 31 D.L.R. (4th) 560	430
Bank of Nova Scotia v. Blood	[1990] 1 C.N.L.R. 16	133
Banque canadienne nationale v. St-Germain	[1942] Que. K.B. 496	1278
Banque de Montréal c. Hall	[1990] 1 R.C.S. 121	830
Barker v. Wingo	407 U.S. 514 (1972)	1208, 1253, 1256
Basarabas v. The Queen	[1982] 2 S.C.R. 730	1304
Bates v. State Bar of Arizona	433 U.S. 350 (1977)	243
Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. v. Cutter (Canada), Ltd.	[1983] 2 S.C.R. 388	225
Beausel v. Langevin	[1975] C.A. 223	1274
Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécom- munications canadiennes)	[1989] 1 R.C.S. 1722	1347, 1370
Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecom- munications Commission)	[1989] 1 S.C.R. 1722	1347, 1370
Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)	[1988] 1 S.C.R. 749	852
Belyea v. The King	[1932] S.C.R. 279	71
Bessela v. Stern	(1877), 2 C.P.D. 265	198
Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada ..	[1985] 2 R.C.S. 561	497, 524
Bhinder v. Canadian National Railway Co.	[1985] 2 S.C.R. 561	497, 524
Bisaillon v. Keable	[1983] 2 S.C.R. 60	846, 1458
Blanchard v. Control Data Canada Ltd.	[1984] 2 S.C.R. 476	1342
Blanchette v. C.I.S. Ltd.	[1973] S.C.R. 833	1195
Blatch v. Archer	(1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969	328
Board v. Board	[1919] A.C. 956	360
Borowski c. Canada (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 342	401
Borowski v. Canada (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 342	401
Botiuk and Collision, Re	(1979), 26 O.R. (2d) 580	228
Boudreau v. The King	[1949] S.C.R. 262	168
British Steel Corp. v. U.S.	6 I.T.R.D. 1065 (1984)	1378
Brodie v. The King	[1936] S.C.R. 188	41
Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne) .	[1988] 2 S.C.R. 279	517, 526
Brown v. The Queen in Right of British Columbia	[1979] 3 C.N.L.R. 67	110
Bryan v. Itasca County	426 U.S. 373 (1976)	131
C		
CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.	[1989] 2 S.C.R. 983	1342
Caisse populaire de Sacré-Cœur, Saguenay v. Dufour ..	Unreported/Inédit, C.A. Québec, No. 200-09- 000060-779, March 4, 1981	1274
Caisse populaire des Deux Rives v. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu	[1990] 2 S.C.R. 995	1035, 1059

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Caldwell v. Stuart.....	[1984] 2 S.C.R. 603	514
Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.....	[1983] 1 S.C.R. 452	966
Canada Labour Relations Board v. Halifax Longshoremen's Association.....	[1983] 1 S.C.R. 245	1342
Canada Permanent Trust Co. v. Neumann.....	(1986), 8 B.C.L.R. (2d) 318	418
Canada Trustco Mortgage Co. v. Grover.....	[1987] 2 W.W.R. 766.....	421
Canadian Dredge & Dock Co. v. The Queen.....	[1985] 1 S.C.R. 662	229
Canadian Imperial Bank of Commerce v. Dominion of Canada General Insurance Co.....	(1987), 29 C.C.L.I. 313	1075
Canadian National Railway Co. v. Croteau.....	[1925] S.C.R. 384.....	117
Canadian Pacific Ltd. v. Paul.....	[1988] 2 S.C.R. 654	130
Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.....	[1979] 2 S.C.R. 227.....	1331, 1370
Canadien Pacifique Ltée c. Paul.....	[1988] 2 R.C.S. 654	130
Cardinal c. Procureur général de l'Alberta.....	[1974] R.C.S. 695.....	851
Cardinal v. Attorney General of Alberta.....	[1974] S.C.R. 695.....	851
Cargill Grain Co. v. Foundation Co. of Canada Ltd.....	[1965] S.C.R. 594.....	447
Carter v. Boehm.....	(1766), 3 Burr. 1905, 97 E.R. 1162	577
Casey v. Goldsmid.....	(1852), 2 L.C.R. 200	590
Central & Eastern Trust Co. v. Rosebowl Holdings Ltd.....	(1981), 34 N.B.R. (2d) 308	428
Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York.....	447 U.S. 557 (1980)	242
Central Trust Co. v. Bartlett.....	(1983), 30 R.P.R. 267	429
Century Insurance Co. of Canada v. Case Existological Laboratories Ltd.....	[1983] 2 S.C.R. 47.....	604
Chamberlain v. The Queen.....	(1984), 58 A.L.J.R. 133	78
Chambers and The Queen, Re.....	(1985), 20 C.C.C. (3d) 440	1459
Chapdelaine v. The King.....	[1935] S.C.R. 53.....	196
Chenier v. Madill.....	(1973), 2 O.R. (2d) 361.....	1054, 1075
Church of Scientology and The Queen (No. 6), Re.....	(1987), 31 C.C.C. (3d) 449	1463
Cie Immobilière Viger Ltée v. Lauréat Giguère Inc.....	[1977] 2 S.C.R. 67	1278
Cie J. A. Gosselin Ltée v. Péloquin.....	[1957] S.C.R. 15.....	622
Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.....	[1988] 2 R.C.S. 680	853
Clark v. Canadian National Railway Co.....	[1988] 2 S.C.R. 680	853
Clarkson v. The Queen.....	[1986] 1 S.C.R. 383	183, 203
Cleaves v. Cleaves.....	(1982), 27 R.F.L. (2d) 239	824
Cloutier v. Traders Finance Corp.....	[1958] Que. Q.B. 274n.....	448
Collins v. Michigan Commercial Underwriters.....	6 Tenn. App. 528 (1928).....	1072
Colpitts v. The Queen.....	[1965] S.C.R. 739.....	1319
Commerce & Industry Insurance Co. v. West End Investment Co.....	[1977] 2 S.C.R. 1036	1023
Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada	[1966] S.C.R. 767.....	852
Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke.....	[1982] 1 R.C.S. 202	503
Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.....	[1985] 2 R.C.S. 536	497, 522
Commissioners of Customs & Excise v. Harz.....	[1967] 1 All E.R. 177.....	165
Compagnie d'assurance Travelers du Canada c. Corriveau.....	[1982] 2 R.C.S. 866	452
Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.....	[1980] 1 S.C.R. 357	477

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Computer Edge Pty. Ltd. v. Apple Computer, Inc.	(1986), 65 A.L.R. 33	214
Conseil canadien des relations du travail c. Association des débar- deurs d'Halifax	[1983] 1 R.C.S. 245	1342
Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.	[1980] 1 S.C.R. 888	1056
Consorts Poudex v. Cie d'assurance La France	D.1947.25. Cass. civ., December 4, 1946 ..	1027
Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum	[1979] 1 R.C.S. 754	844
Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission	[1979] 1 S.C.R. 754	844
Cook v. Lewis	[1951] S.C.R. 830	321
Cudney v. Clements Motor Sales Ltd.	[1969] 2 O.R. 209	322
Cummings v. City of Vancouver	(1911), 1 W.W.R. 31	329
Curr v. The Queen	[1972] S.C.R. 889	195, 883
Curren v. Curren	(1987), 81 N.S.R. (2d) 118	816

D

D. v. L.	Cass. civ. 1 st Ch., May 30, 1979, Bull. civ. I, No. 161, p. 130	1276
D.R.H. v. Superintendent of Family and Child Services	(1984), 41 R.F.L. (2d) 337	544
Dalia v. United States	441 U.S. 238 (1979)	1127, 1183
Dalpe v. City of Edmundston	(1979), 25 N.B.R. (2d) 102	325
De Longuemere v. N.Y. Fire Ins. Co.	10 Johns. 120 (1813)	585
Derrickson v. Derrickson	[1986] 1 S.C.R. 285	830
Dersch c. Canada (Procureur général)	[1990] 2 R.C.S. 1505 ... 1469, 1481, 1493, 1522, 1523	1469, 1481, 1493, 1522, 1523
Dersch v. Canada (Attorney General)	[1990] 2 S.C.R. 1505 ... 1469, 1481, 1493, 1522, 1523	1469, 1481, 1493, 1522, 1523
Dewey v. Reynolds Metals Co.	402 U.S. 689 (1971)	522
Diamond v. British Columbia Thoroughbred Breeders' Society	(1965), 52 D.L.R. (2d) 146	329
Dick v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 309	853
Disney Farms Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce	[1984] 5 W.W.R. 285	422
Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell	[1980] 1 S.C.R. 245	1340
Droit de la famille—67	[1985] C.A. 135	1274
Droit de la famille—203	[1985] C.A. 339	1274
Droit de la famille—271	[1986] R.D.F. 49	1285
Droit de la famille—1097	[1987] R.D.F. 222	1288
Droit de la famille—649	[1989] R.D.F. 325	1278
Droit de la famille—688	[1989] R.D.F. 532	1278
Droit de la famille—594	[1989] R.J.Q. 271	1285
Drummond-Jackson v. British Medical Association	[1970] 1 All E.R. 1094	973
Dubois v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 350	199
Duchesneau v. Great American Insurance Co.	[1955] Que. Q.B. 120	1082
Dumont v. Canada (Attorney General)	[1990] 1 S.C.R. 279	980
Dunlop Holdings Ltd.'s Application	[1979] R.P.C. 523	329
Duplisea c. Compagnie d'assurance-vie T. Eaton	[1980] 1 R.C.S. 144	1195
Duplisea v. T. Eaton Life Assurance Co.	[1980] 1 S.C.R. 144	1195
Dyson v. Attorney-General	[1911] 1 K.B. 410	972

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
E		
Eaton Bay Trust Co. v. Ling.....	(1987), 45 D.L.R. (4th) 1	430
Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général).....	[1989] 2 R.C.S.1326	247, 953
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General).....	[1989] 2 S.C.R. 1326	247, 953
Equality Savings and Loan Association v. Missouri Property Insurance Placement Facility	537 S.W.2d 440 (1976)	1072
Evans v. Barclays Bank and Galloway.....	[1924] W.N. 97.....	972
Ex parte Langley.....	(1879), 13 Ch. D. 110.....	225
F		
F. (J.K.) v. F. (J.D.)	[1988] B.C.J. No. 278	545
Fare v. Michael C.	442 U.S. 707 (1979)	781
Fayerman Bros. Ltd. v. Peter Ballantyne Indian Band	[1986] 1 C.N.L.R. 6.....	112
Fayetteville Building & Loan Ass'n v. Mutual Fire Ins. Co. of West Virginia	141 S.E. 634 (1928).....	1072
Federal Land Bank of Columbia v. Atlas Assur. Co.	125 S.E. 631(1924).....	1072
Federal National Mortgage Association v. Prudential Property and Casualty Insurance Co.	517 So.2d 201 (1987)	1018
Fidelity and Casualty Co. of New York v. General Structures Inc.	[1977] 2 S.C.R. 1098	564
Finlay v. Auld.....	[1975] 1 S.C.R. 338	318
First City Trust Co. v. Friesen.....	(1985), 38 Sask. R. 220.....	420
Ford c. Québec (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 712	241
Ford v. Quebec (Attorney General).....	[1988] 2 S.C.R. 712	241
Ford v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 231	895
Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique.....	[1980] 1 R.C.S. 1031	853
Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America	[1980]1 S.C.R. 1031.....	853
Frame v. Smith.....	[1987] 2 S.C.R. 99.....	987
Francis v. The Queen.....	[1956] S.C.R. 618	132
Franks v. Delaware	438 U.S. 154 (1978).....	1433, 1484
Fredericton v. The Queen.....	(1880), 3 S.C.R. 505	290
Fricke and Seaton Timber Ltd. v. Mitchell.....	(1985), 67 B.C.L.R. 227	112
G		
Gach v. The King.....	[1943] S.C.R. 250.....	168
Geisel v. Geisel	(1981), 24 R.F.L. (2d) 424	820
General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing	[1989] 1 S.C.R.641	358, 449
George v. George	(1983), 35 R.F.L. (2d) 225	819
Gilbert Surgical Supply Co. v. F. W. Horner Ltd.	[1960] O.W.N. 289	977
Gingras v. Gagnon	[1977] 1 S.C.R. 217	1290
Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. The Queen	[1956] S.C.R. 303	282
Gordon MacKay & Co. and Dominion Rubber Co., Re.....	[1946] 3 D.L.R. 422	228
Grabowski v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 434	1126, 1176, 1499
Graham v. Fireman's Insurance Co.	87 N.Y. 69 (1881)	1073

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Great American Insurance Co. of New York v. Southwestern Finance Co.....	297 P.2d 403 (1956).....	1072
Green v. Merchants' Insurance Co.....	27 Mass. (10 Pick.) 402 (1830).....	580
Gregg v. Georgia.....	428 U.S. 153 (1976).....	670
Greyeyes v. The Queen.....	[1978] 2 F.C. 385.....	111, 124
Guaranty Trust Co. of Canada v. Mall Medical Group.....	[1969] S.C.R. 541.....	329
Guérin v. Manchester Fire Assurance Co.	(1898), 29 S.C.R. 139.....	1010
Guerin v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 335.....	108, 129
Gulf Islands Navigation Ltd. v. Seafarers' International Union of North America (Canadian District).....	(1959), 18 D.L.R. (2d) 625.....	1465

H

Haag v. Marshall.....	[1990] 1 W.W.R. 361.....	326
Hall v. The Queen.....	[1971] 1 All E.R. 322.....	197
Hallé v. Canadian Indemnity Co.....	[1937] S.C.R. 368.....	1011
Hanover Fire Ins. Co. v. National Exchange Bank.....	34 S.W. 333 (1896).....	1048, 1072
Harper v. The Queen.....	[1982] 1 S.C.R. 2.....	64
Harwood v. Thomas.....	(1981), 45 N.S.R. (2d) 414.....	808
Hastings v. Westchester Fire Insurance Co.	73 N.Y. 141 (1878).....	1019, 1037, 1071
Hebert v. The Queen.....	[1990] 2 S.C.R. 151.....	1316
Herchuk v. Herchuk.....	(1983), 35 R.F.L. (2d) 327.....	818
Herold v. British American Oil Co.	(1954), 12 W.W.R. 333.....	418
Hierlihy v. Hierlihy.....	(1984), 48 Nfld. & P.E.I.R. 142.....	823
Hoffa v. United States.....	385 U.S. 293 (1966).....	200
Horvath v. The Queen.....	[1979] 2 S.C.R. 376.....	166
Hubbuck & Sons, Ltd. v. Wilkinson, Heywood & Clark, Ltd.....	[1899] 1 Q.B. 86.....	971
Hubin v. The King.....	[1927] S.C.R. 442.....	17
Hunter v. Southam Inc.....	[1984] 2 S.C.R. 145.....	179, 252, 363, 1139, 1157, 1167, 1444, 1475

I

Ibrahim v. The King.....	[1914] A.C. 599.....	165, 199
Illinois v. Gates.....	462 U.S. 213 (1983).....	1454
Imperial Building & Loan Ass'n v. Aetna Ins. Co.	166 S.E. 841(1932).....	1037, 1073
In re Bramblevale Ltd.	[1970] Ch. 128.....	224
In re Gault.....	387 U.S. 1 (1967).....	780
In re Storgoff.....	[1945] S.C.R. 526.....	363
Innisfil (Corporation of the Township of) v. Corporation of the Township of Vespra.....	[1981] 2 S.C.R. 145.....	1464
Innisfil (Municipalité du canton) c. Municipalité du canton de Vespra.....	[1981] 2 R.C.S. 145.....	1464
Interlake Tissue Mills Co. v. Salmon and Beckett.....	[1949] 1 D.L.R. 207.....	322
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général).....	[1989] 1 R.C.S. 927.....	241, 673
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 927.....	241, 673
Isbister v. Isbister.....	(1981), 22 R.F.L. (2d) 234.....	805

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
J		
Jackson v. Millar.....	(1972), 31 D.L.R. (3d) 263	322
Jamieson v. Attorney-General of British Columbia	(1971), 21 D.L.R. (3d) 313	400
Japan Electrical Manufacturers Association v. Anti-dumping Tribunal.....	[1982] 2 F.C. 816	1375
Julius v. Bishop of Oxford.....	(1880), 5 App. Cas. 214	274
K		
Katz v. United States.....	389 U.S. 347 (1967)	1142
Kemsley v. Foot.....	[1951] 1 T.L.R. 197	972
Kendall v. The Queen.....	[1962] S.C.R. 469	35, 363
Kimpton v. Eve.....	(1813), 2 V. & B. 349, 35 E.R. 352	225
Kirk v. McLaughlin Coal & Supplies Ltd.....	[1968] 1 O.R. 311	322
Kitchen v. McMullen.....	(1989), 100 N.B.R. (2d) 91	326
Klein and Law Society of Upper Canada, Re.....	(1985), 16 D.L.R. (4th) 489	239
Korponay c. Procureur général du Canada	[1982] 1 R.C.S. 41	1228
Korponay v. Attorney General of Canada.....	[1982] 1 S.C.R. 41	1228
Kott & The Queen, Re.....	(1983), 7 C.C.C. (3d) 317.....	1210
Kuhlmann v. Wilson.....	477 U.S. 436 (1986).....	185, 200
Kuhn v. Starr.....	Unreported/Inédit, Man. Q.B., October 28, 1976.....	111
L		
La Confiance v. Le Phénix.....	(1939), 10 Rev. gén. ass. terr. Cass. civ. 469.....	1027
La Reine c. National Indian Brotherhood.....	[1979] 1 C.F. 103	111
Lampard v. The Queen.....	[1969] S.C.R. 373.....	68
Lawrence v. Lawrence.....	(1981), 25 R.F.L. (2d) 130.....	803
Leary v. The Queen.....	[1978] 1 S.C.R. 29.....	902
Lefort v. Lefort.....	(1988), 13 R.F.L. (3d) 359.....	808
Leighton v. B.C. (Gov't).....	[1989] 3 C.N.L.R. 136.....	132
Lemmon v. Lemmon.....	(1987), 77 N.S.R. (2d) 113	817
Leonard v. R. in Right of British Columbia.....	(1984), 52 B.C.L.R. 389	132
Letnick c. Toronto (Municipalité de la communauté urbaine)	[1988] 2 C.F. 399	325
Letnick v. Toronto (Municipality of Metropolitan)	[1988] 2 F.C. 399	325
Liverpool and London and Globe Insurance Co. v. Agricultural Savings and Loan Co.	(1903), 33 S.C.R. 94.....	1018, 1050, 1074
London and Midland General Insurance Co. v. Bonser.....	[1973] S.C.R. 10	1019, 1036
London Loan and Savings Co. of Canada v. Union Insurance Co. of Canton Ltd.	(1925), 56 O.L.R. 590.....	1019
Lonrho Ltd. v. Shell Petroleum Co. (No. 2)	[1982] A.C. 173	981
Lyons v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 633	1126, 1512

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
M		
M.D. v. P.-H.D.....	[1988] R.L. 139	1278
M. (W.) v. Director of Child Welfare for P.E.I.....	(1986), 3 R.F.L. (3d) 181	545
MacKay v. Manitoba.....	[1989] 2 S.C.R. 357	1100
MacKenzie v. Commer.....	(1973), 44 D.L.R. (3d) 473	198
MacVicar and Superintendent of Family and Child Services, Re	(1986), 34 D.L.R. (4th) 488	945
Madill v. Lirette.....	[1987] R.J.Q. 993	1002, 1039, 1062
Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.	[1987] 1 S.C.R.110.....	1101
Marcoux v. The Queen.....	[1976] 1 S.C.R. 763	173
Maritime Bank of Canada (Liquidators of) v. Receiver-General of New Brunswick.....	[1892] A.C. 437	102
Massiah v. United States.....	377 U.S. 201 (1964)	200
McAlister v. McAlister.....	[1983] 2 W.W.R. 8	818
McGhee v. National Coal Board.....	[1973] 1 W.L.R. 1	318
McNaughton and McNaughton v. Baker.....	(1988), 25 B.C.L.R. (2d) 17	978
McNulty v. McNulty	(1989), 24 R.F.L. (3d) 41	817
Mead and Ford v. R. (No. 2).....	(1988), 72 Nfld. & P.E.I.R. 33	1143
Meade v. North Country Co-Operative Insurance Co.	487 N.Y.S.2d 983 (1985).....	1072
Metall und Rohstoff A.G. v. Donaldson, Lufkin & Jenrette Inc.	[1989] 3 W.L.R. 563	983
Metlakatla Ferry Service Ltd. v. B.C. (Gov't.).....	(1987), 12 B.C.L.R. 308	110, 133
Metropolitan Bank, Ltd. v. Pooley	[1881-85] All E.R. 949	968
Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operat- ing Engineers, Local 796.....	[1970] S.C.R. 425.....	1335
Michael M. v. Superior Court of Sonoma County.....	450 U.S. 464 (1981)	947
Mills v. The Queen.....	[1986] 1 S.C.R. 863	352, 1178, 1207, 1247, 1449, 1481
Minnes v. Minnes.....	(1962), 39 W.W.R. 112	978
Mintuck v. Valley River Band 63A.....	[1978] 2 W.W.R. 159.....	111
Miranda v. Arizona	384 U.S. 436 (1966).....	200, 780
Mitchell v. Attorney General of Ontario.....	(1983), 35 C.R. (3d) 225	1405
Mogul Steamship Co. v. McGregor, Gow & Co.....	(1889), 23 Q.B.D. 598	982
Moses v. Delaware Ins. Co.....	17 Fed. Cas. 891 (1806) (No. 9,872).....	581
Muise v. Muise.....	(1982), 30 R.F.L. (2d) 296	824
Multiple Access Ltd. v. McCutcheon	[1982] 2 S.C.R. 161	358, 831
Municipalité régionale de Peel c. MacKenzie.....	[1982] 2 R.C.S. 9	266
Murphy and Butt v. The Queen.....	[1977] 2 S.C.R. 603.....	11
Myers v. Director of Public Prosecutions	[1965] A.C. 1001	541
N		
Nagle v. Feilden.....	[1966] 2 Q.B. 633	972
National Bank of Canada v. Co-Operators General Insurance Co....	(1988), 90 A.R. 295.....	1020
National Fire Ins. Co. of Hartford, Conn. v. Dallas Joint Stock Land Bank of Dallas.....	50 P.2d 326 (1935).....	1072
National Trust Co. v. Wong Aviation Ltd.....	[1969] S.C.R. 481	321
National Trust Co. and Bouckhuyt, Re.....	(1987), 61 O.R. (2d) 640	228
National Union Fire Ins. Co. v. Short.....	32 F.2d 631 (1929).....	1072

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Neveu c. Services de santé du Québec	C.S. Montréal, n° 500-05-012515-811, 11 décembre 1981	1193
Neveu v. Services de santé du Québec	Sup. Ct. Montréal, No. 500-05-012515-811, December 11, 1981	1193
Nickel Rim Mines Ltd. v. Attorney General for Ontario	[1967] S.C.R. 672	102, 125
Nolet v. Nolet	(1985), 46 R.F.L. (2d) 388	824
Northwestern National Insurance Co. v. Mildenerger	359 S.W.2d 380 (1962)	1072
Norwich Union Fire Insurance Society Ltd. v. Gaudreau	[1953] Que. Q.B. 753	616
Nowegijick v. The Queen	[1983] 1 S.C.R. 29	98, 138
Nowsco Well Service Ltd. v. Canadian Propane Gas & Oil Ltd.	(1981), 122 D.L.R. (3d) 228	325
NSNU, Devco Local v. Canada Labour Relations Board	(1989), 58 D.L.R. (4th) 225	377
O		
Official Solicitor v. K.	[1963] 3 All E.R. 191	544
Omnium Securities Co. v. Canada Fire and Mutual Insurance Co. ...	(1882), 1 O.R. 494	1049, 1074
Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke	[1982] 1 S.C.R. 202	503
Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 S.C.R. 536	497, 522
Operation Dismantle Inc. v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 441	979
P		
Paige v. The King	[1948] S.C.R. 349	10
Pappajohn v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 120	913
Parfait v. Assurances générales et Nationale incendie	(1965), 36 Rev. gén. ass. terr. 333	1025
Park v. The Queen	[1981] 2 S.C.R. 64	1229
Parkes v. The Queen	[1976] 1 W.L.R. 1251	201
Pelech v. Pelech	[1987] 1 S.C.R. 801	1272
People v. Baris	500 N.Y.S. 2d 572	1432
People v. Rose	227 Cal. Rep. 570 (1986)	671
Performing Right Society, Ltd. v. Hammond's Bradford Brewery Co.	[1934] 1 Ch. 121	478
Perrin v. Chevrier	Cass. civ. 1 st Ch., October 26, 1982, Bull. civ. I, No. 302, p. 257	1276
Pleet v. Canadian Northern Quebec R. Co.	(1921), 64 D.L.R. 316	329
Poje v. Attorney General for British Columbia	[1953] 1 S.C.R. 516	224, 363
Polson v. Wulffsohn	(1890), 2 B.C.R. 39	427
Pontiac Lumber Co. v. Gentil	(1922), 25 Que. P.R. 118	456
Port Arthur Shipbuilding Co. v. Arthurs	[1969] S.C.R. 85	1335
Potash v. Royal Trust Co.	[1986] 2 S.C.R. 351	421
Powell v. Guttman	(1978), 89 D.L.R. (3d) 180	325
Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre	[1982] 1 R.C.S. 175	1457
Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada	[1980] 2 R.C.S. 735	979
Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée	[1983] 2 R.C.S. 206	352, 361
Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada	[1931] A.C. 310	277

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Prospect Mortgage Investment Corp. v. Van-5 Developments Ltd.....	(1985), 68 B.C.L.R. 12	431
PSAC v. Canada	[1987] 1 S.C.R. 424	373, 377, 392, 401

Q

Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Ltd.....	[1989] 2 S.C.R. 683	576
Québec Ready Mix Inc. v. Rocois Construction Inc.	[1989] 1 S.C.R. 695	445

R

R. v. Abbey.....	[1982] 2 S.C.R. 24.....	544
R. v. Ancio.....	[1984] 1 S.C.R. 225	738, 750
R. v. Antoine	(1983), 5 C.C.C. (3d) 97.....	1210
R. v. Archibald.....	(1898), 4 C.C.C. 159	663
R. v. Arkell.....	[1990] 2 S.C.R. 695	651, 715
R. v. Ashman.....	(1858), 1 F. & F. 88, 175 E.R. 638.....	663
R. v. B. (G.).....	[1990] 2 S.C.R. 30.....	546
R. v. B. (J.).....	[1990] 2 S.C.R. 307	296
R. v. Badovinac.....	(1977), 34 C.C.C. (2d) 65.....	1146
R. v. Bailey	(1983), 4 C.C.C. (3d) 21.....	1450
R. v. Ball.....	(1953), 17 C.R. 244	47
R. v. Banas and Haverkamp.....	(1982), 65 C.C.C. (2d) 224	1450
R. v. Barrow	[1987] 2 S.C.R. 694	1305
R. v. Baskerville.....	[1916] 2 K.B. 658	10
R. v. Beare.....	[1988] 2 S.C.R. 387	894
R. v. Belton.....	(1982), 3 C.C.C. (3d) 427.....	1210
R. v. Bernard.....	[1988] 2 S.C.R. 833	645, 901
R. v. Big M Drug Mart Ltd.....	[1985] 1 S.C.R. 295	190, 384, 944
R. v. Black.....	[1989] 2 S.C.R. 138	208
R. v. Blacquiére.....	(1980), 57 C.C.C. (2d) 330	1161
R. v. Bottrell.....	(1981), 60 C.C.C. (2d) 211.....	663
R. v. Brasier.....	(1779), 1 Leach 199, 168 E.R. 202	13
R. v. Burnshine.....	[1975] 1 S.C.R. 693	290
R. v. Burt.....	[1988] 1 W.W.R. 385	231
R. v. Buzzanga and Durocher.....	(1979), 49 C.C.C. (2d) 369.....	645
R. v. Cass.....	(1985), 71 A.R. 248.....	362
R. v. Chambers.....	[1986] 2 S.C.R. 29	1298
R. v. Chayko.....	(1984), 12 C.C.C. (3d) 157.....	10
R. v. Chesson.....	[1988] 2 S.C.R. 148	1180, 1445
R. v. Christie.....	[1914] A.C. 545	196
R. v. Clark.....	(1974), 19 C.C.C. (2d) 445.....	49
R. v. Clarke.....	(1979), 33 N.S.R. (2d) 636	196
R. v. Clot (No. 1).....	(1982), 69 C.C.C. (2d) 349.....	172
R. v. Colgan.....	(1986), 30 C.C.C. (3d) 183.....	43
R. v. Collins.....	[1987] 1 S.C.R. 265.....	173, 1145, 1451
R. v. Conway.....	[1989] 1 S.C.R. 1659	204, 1216
R. v. Corbett.....	[1988] 1 S.C.R. 670	894
R. v. Cornell.....	[1988] 1 S.C.R. 461	290

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Côté.....	[1978] 1 S.C.R. 8.....	42
R. v. Debot.....	(1986), 30 C.C.C. (3d) 207.....	783, 1456
R. v. Dennis.....	(1984), 14 D.L.R. (4th) 205.....	1210
R. v. Dixon.....	(1988), 26 B.C.L.R. (2d) 251.....	71
R. v. Dollan and Newstead.....	(1980), 53 C.C.C. (2d) 146.....	723
R. v. Dossi.....	(1918), 13 Cr. App. R. 158.....	46
R. v. Duarte.....	[1990] 1 S.C.R. 30.....	202, 1137, 1166, 1443
R. v. Dubois.....	(1986), 27 C.C.C. (3d) 325.....	1148, 1172
R. v. Eden.....	[1970] 3 C.C.C. 280.....	196
R. v. Edwards Books and Art Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 713.....	673, 1099
R. v. Eldorado Nuclear Ltd.....	[1983] 2 S.C.R. 551.....	119
R. v. Engel.....	(1981), 9 Man. R. (2d) 279.....	196
R. v. England.....	(1920), 35 C.C.C. 141.....	47
R. v. Esposito.....	(1985), 24 C.C.C. (3d) 88.....	198
R. v. Ferguson.....	(1987), 16 B.C.L.R. (2d) 273.....	919, 937
R. v. Finlay and Grellette.....	(1985), 23 C.C.C. (3d) 48.....	1127, 1167, 1444, 1472, 1508
R. v. Fitton.....	[1956] S.C.R. 958.....	168
R. v. Fox.....	(1986), 24 C.C.C. (3d) 366.....	44
R. v. G.....	(1985), 20 C.C.C. (3d) 289.....	784
R. v. Garofoli.....	[1990] 2 S.C.R. 1421.....	1493, 1518, 1522
R. v. George.....	[1960] S.C.R. 871.....	875
R. v. Gratton.....	(1985), 18 C.C.C. (3d) 462.....	723
R. v. Greene.....	(1962), 133 C.C.C. 294.....	48
R. v. Greffe.....	[1990] 1 S.C.R. 755.....	783, 1455
R. v. Groombridge.....	(1836), 7 Car. & P. 581, 173 E.R. 256.....	930
R. v. Guiller.....	Unreported/Inédit, Ont. Dist. Ct., Borins Dist. Ct. J., Sept. 23 1985.....	677, 725
R. v. Hamilton-Middleton.....	(1986), 53 Sask. R. 80.....	36, 363
R. v. Hansen.....	(1988), 46 C.C.C. (3d) 504.....	195
R. v. Hauser.....	[1979] 1 S.C.R. 984.....	348, 358
R. v. Heaslip.....	(1983), 9 C.C.C. (3d) 480.....	1210
R. v. Hertrich, Stewart and Skinner.....	(1982), 67 C.C.C. (2d) 5101.....	1304
R. v. Hicks.....	(1988), 42 C.C.C. (3d) 394.....	202
R. v. Hindle.....	(1955), 113 C.C.C. 388.....	47
R. v. Hoffmann-La Roche Ltd.....	(1981), 33 O.R. (2d) 694.....	352
R. v. Hufsky.....	[1988] 1 S.C.R. 621.....	883
R. v. Hughes.....	(1942), 78 C.C.C. 257.....	662
R. v. Hunter.....	(1987), 34 C.C.C. (3d) 14.....	1516
R. v. Hunter.....	(1987), 57 C.R. (3d) 1.....	1497
R. v. James.....	(1923), 17 Cr. App. R. 116.....	47
R. v. Jones.....	[1986] 2 S.C.R. 284.....	894
R. v. King.....	[1962] S.C.R. 746.....	904
R. v. Komadowski.....	(1986), 27 C.C.C. (3d) 319.....	365
R. v. L.....	Cass. civ. 1 st Ch., January 9, 1979, Bull. civ. I, No. 11, p. 8.....	1276
R. v. Labine.....	(1975), 23 C.C.C. (2d) 567.....	49
R. v. Lachance.....	[1990] 2 S.C.R. 1490 ...	1469, 1518, 1522, 1523

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Landry	[1986] 1 S.C.R. 145	1183
R. v. LeClerc	(1985), 20 C.C.C. (3d) 173	1127
R. v. Logan	(1988), 46 C.C.C. (3d) 354	185, 651, 692
R. v. Luxton	[1990] 2 S.C.R. 711	651, 704, 707
R. v. Lyons	[1987] 2 S.C.R. 309	720, 894, 1405
R. v. M. (S.H.)	[1989] 2 S.C.R. 446	279
R. v. Manninen	[1987] 1 S.C.R. 1233	204
R. v. Marshall	(1987), 26 A. Crim. R. 259	667
R. v. Martineau	[1990] 2 S.C.R. 633 690, 693, 694, 698, 706, 710, 715, 727, 742, 748, 754, 771, 774, 792	
R. v. McCorkell	(1964-65), 7 Crim. L.Q. 395	169
R. v. McCrae and Ramsay	(1981), 25 Man. R. (2d) 32	49
R. v. McKinlay Transport Ltd.	[1990] 1 S.C.R. 627	354, 359
R. v. McLeod	(1968), 5 C.R.N.S. 101	169
R. v. McLeod	[1988] N.W.T.R. 103	1134
R. v. McNamara (No. 1)	(1981), 56 C.C.C. (2d) 193	22, 1311
R. v. Meltzer	[1989] 1 S.C.R. 1764 354, 362, 1178, 1448, 1474	
R. v. Mercure	[1988] 1 S.C.R. 234	1103
R. v. Milne	[1987] 2 S.C.R. 512	1405
R. v. Minhas	(1986), 53 C.R. (3d) 128	196
R. v. Morgentaler	[1988] 1 S.C.R. 30	401, 949
R. v. Morin	[1988] 2 S.C.R. 345	75, 79
R. v. Munro and Munro	(1983), 8 C.C.C. (3d) 260	661
R. v. Nadin	(1971), 3 C.C.C. (2d) 221	48
R. v. Nicolucci	(1989), 53 C.C.C. (3d) 546	1148
R. v. Niles	(1978), 40 C.C.C. (2d) 512	1126
R. v. O'Brien	[1954] S.C.R. 666	1298
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103 268, 384, 643, 745, 881, 919, 946	
R. v. P. (J.)	[1990] 2 S.C.R. 300	296
R. v. Papalia	[1988] 2 S.C.R. 137	1135, 1177
R. v. Paré	[1987] 2 S.C.R. 618	701, 707, 717
R. v. Parish	[1968] S.C.R. 466	17
R. v. Parkin (1), (2)	(1922), 37 C.C.C. 35	51
R. v. Parmar	(1987), 34 C.C.C. (3d) 260	1460, 1515
R. v. Parmar	(1987), 37 C.C.C. (3d) 300	1463, 1498
R. v. Parsons	(1977), 37 C.C.C. (2d) 497	1445
R. v. Paterson, Ackworth and Kovach	(1985), 18 C.C.C. (3d) 137	1134
R. v. Pawliw	(1973), 13 C.C.C. (2d) 356	49
R. v. Perry	(1984), 14 C.C.C. (3d) 5	1210
R. v. Playford	(1987), 40 C.C.C. (3d) 142	1430, 1513
R. v. Playford	(1987), 61 C.R. (3d) 101	1160
R. v. Pleich	(1980), 16 C.R. (3d) 194	1147, 1172
R. v. Potvin	[1989] 1 S.C.R. 525	1464
R. v. Rahey	[1987] 1 S.C.R. 588 1179, 1207, 1225, 1256	
R. v. Robertson	(1975), 21 C.C.C. (2d) 385	1316
R. v. Rodney	[1990] 2 S.C.R. 687	651, 748

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Roman.....	(1987), 38 C.C.C. (3d) 385.....	74
R. v. Ross.....	[1989] 1 S.C.R. 3.....	207
R. v. Rowbotham.....	(1988), 41 C.C.C. (3d) 1.....	1460, 1511, 1522
R. v. Ryan.....	(1985), 23 C.C.C. (3d) 1.....	44
R. v. S. (G.).....	[1990] 2 S.C.R. 294.....	301, 305, 308
R. v. S. (S.).....	[1990] 2 S.C.R. 254.....	299
R. v. Sarson.....	(1982), 15 Man. R. (2d) 192.....	49
R. v. Sault Ste. Marie.....	[1978] 2 S.C.R. 1299.....	645, 913
R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, Ex parte Indian Association of Alberta.....	[1982] 1 Q.B. 892.....	102
R. v. Silverstone.....	[1934] 1 D.L.R. 726.....	14
R. v. Skinner.....	[1990] 1 S.C.R. 1235.....	391
R. v. Smith, Wilson and Quesnelle.....	Unreported/Inédit, Ont. S.C., November 5, 1987.....	202
R. v. Smith.....	[1987] 1 S.C.R. 1045.....	677, 720, 1417
R. v. Smith.....	[1989] 2 S.C.R. 1120.....	1217
R. v. St. Lawrence.....	[1949] O.R. 215.....	199
R. v. Stevanovich.....	(1983), 7 C.C.C. (3d) 307.....	230
R. v. Stevens.....	[1988] 1 S.C.R. 1153.....	913
R. v. Stolar.....	[1988] 1 S.C.R. 480.....	1097
R. v. Symonds.....	(1983), 9 C.C.C. (3d) 225.....	196, 1316
R. v. T. (A.).....	[1990] 2 S.C.R. 304.....	296
R. v. Thatcher.....	[1987] 1 S.C.R. 652.....	202
R. v. Therens.....	[1985] 1 S.C.R. 613.....	163, 205
R. v. Thompson.....	[1990] 2 S.C.R. 1111.....	1466, 1512
R. v. Thomsen.....	[1988] 1 S.C.R. 640.....	187, 205, 883
R. v. Toews.....	[1985] 2 S.C.R. 119.....	876, 893, 895
R. v. Turpin.....	[1989] 1 S.C.R. 1296.....	204, 288, 927, 941, 1248
R. v. Vaillancourt.....	[1987] 2 S.C.R. 636.....	640, 683, 691, 693, 694, 700, 708, 717, 738, 749, 754, 774, 897, 915, 940
R. v. Van Beelen.....	(1973), 4 S.A.S.R. 353.....	667
R. v. Volpe.....	(1981), 63 C.C.C. (2d) 506.....	1174
R. v. Vransy, Zikan and Dvorak.....	(1979), 46 C.C.C. (2d) 14.....	1148, 1174
R. v. Waite.....	[1892] 2 Q.B. 600.....	930
R. v. Wetmore.....	[1983] 2 S.C.R. 284.....	358
R. v. Whyte.....	[1988] 2 S.C.R. 3.....	876, 889, 893, 895
R. v. Wiggins.....	[1990] 1 S.C.R. 62.....	1137, 1166
R. v. Williams.....	(1985), 44 C.R. (3d) 351.....	1515
R. v. Wis Development Corp.....	[1984] 1 S.C.R. 485.....	42
R. v. Woolley.....	(1988), 40 C.C.C. (3d) 531.....	161, 195, 1316
R. v. Wray.....	[1971] S.C.R. 272.....	167, 199, 1481
R. v. Zelensky.....	[1978] 2 S.C.R. 940.....	282
R. v. Zito.....	[1990] 2 S.C.R. 1520.....	1469, 1493, 1518
R. v. Bannerman.....	(1966), 48 C.R. 110.....	537
Racicot v. Bertrand.....	[1979] 1 S.C.R. 441.....	621
Rafferty v. Rafferty.....	(1984), 39 R.F.L. (2d) 374.....	834
Ramm, Re.....	(1957), 120 C.C.C. 44.....	349

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Rawluk v. Rawluk.....	[1990] 1 S.C.R. 70.....	833
Reed v. Firemen's Insurance Co. of Newark.....	35 L.R.A. (N.S.) 343 (1911).....	1072
Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)	[1987] 1 S.C.R. 1148	288
Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act	[1955] S.C.R. 529.....	852
Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan.....	[1948] S.C.R. 248.....	852
Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.).....	[1987] 1 S.C.R. 313	373, 377, 391, 394
Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act.....	[1984] 1 S.C.R. 297	1099
Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act (Margarine Reference).....	[1949] S.C.R. 1.....	348
Reference re Validity of the Combines Investigation Act and of s. 498 of the Criminal Code.....	[1929] S.C.R. 409.....	351
Regina & Beason, Re.....	(1983), 7 C.C.C. (3d) 20.....	1210
Regina and R.I.C., Re.....	(1986), 32 C.C.C. (3d) 399.....	44
Regional Municipality of Peel v. MacKenzie.....	[1982] 2 S.C.R. 9.....	266
Renault v. Bell Asbestos Mines Ltd.....	[1980] C.A. 370.....	1040, 1079
Rendall v. Ewert.....	(1989), 38 B.C.L.R. (2d) 1.....	326
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)	[1987] 1 R.C.S. 313	373, 377, 391, 394
Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.).....	[1987] 1 R.C.S. 1148	288
Renvoi sur l'écoute électronique.....	[1984] 2 R.C.S. 697.....	1127
Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.....	[1985] 2 R.C.S. 486	162, 231, 643, 674, 720, 897, 914, 940
Republic of Peru v. Peruvian Guano Co.....	(1887), 36 Ch. D. 489.....	969
Residential Tenancies Act, 1979, Re.....	[1981] 1 S.C.R. 714	1099
Rex ex rel. Tolfree v. Clark.....	[1943] O.R. 501.....	977
Rideout and The Queen, Re.....	(1986), 31 C.C.C. (3d) 211	1459
Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)	[1987] 2 S.C.R. 59.....	1099
Roosma v. Ford Motor Co.....	(1988), 9 C.H.R.R. D/4743	528
Ross v. Scottish Union and National Insurance Co.....	(1920), 47 O.L.R. 308.....	976
Rothman v. The Queen.....	[1981] 1 S.C.R. 640.....	160, 194, 1315
Roviaro v. United States.....	353 U.S. 53 (1957).....	1459
Royal Bank of Canada v. Red River Valley Mutual Insurance Co.	[1986] 5 W.W.R. 236.....	1020
Royal Insurance Co. of Canada v. Trans Canada Credit Corp.....	(1983), 1 C.C.L.I. 300.....	1020
Rutherford v. Rutherford.....	(1981), 23 R.F.L. (2d) 337.....	807, 820
RWDSU v. Dolphin Delivery Inc.....	[1986] 2 S.C.R. 573	201, 245, 373, 377, 392, 401
RWDSU v. Saskatchewan.....	[1987] 1 S.C.R. 460	373, 377, 392, 401

S

Sabourin v. Charlebois.....	[1982] C.A. 361.....	1276
Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville).....	[1989] 2 R.C.S. 1297	513, 527
Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City).....	[1989] 2 S.C.R. 1297	513, 527
Saskatchewan Trust v. Ross.....	(1985), 41 Sask. R. 121.....	432
Saunders v. The Queen.....	[1967] S.C.R. 284.....	883
Schavernoch v. Foreign Claims Commission.....	[1982] 1 S.C.R. 1092	1372
Schuldt v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 592.....	69
Scott v. Wawanesa Mutual Insurance Co.....	[1989] 1 S.C.R. 1445	1043

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Scowby v. Glendinning	[1986] 2 S.C.R. 226	348
SDGMR c. Dolphin Delivery Inc.	[1986] 2 R.C.S. 573	201, 245
SDGMR c. Saskatchewan	[1987] 1 R.C.S. 460	373, 377, 392, 401
Semler v. Oregon State Board of Dental Examiners	294 U.S. 608(1935)	243
Sentilles v. Inter-Caribbean Shipping Corp.	361 U.S. 107 (1959)	331
Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association	[1975] 1 S.C.R. 382	1338
Sindell v. Abbott Laboratories	607 P.2d 924 (1980)	321
Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration	[1985] 1 R.C.S. 177	643
Singh v. Minister of Employment and Immigration	[1985] 1 S.C.R. 177	643
Slaight Communications Inc. v. Davidson	[1989] 1 S.C.R. 1038	1158, 1164
Smith v. Attorney General of Ontario	[1924] S.C.R. 331	400
State in the Interest of Dino	359 So.2d 586	782
Stein v. The King	[1928] S.C.R. 553	196
Stelco Inc. c. Canada (Procureur général)	[1990] 1 R.C.S. 617	354
Stelco Inc. v. Canada (Attorney General)	[1990] 1 S.C.R. 617	354
Stevens v. Stevens	(1987), 7 R.F.L. (3d) 127	817
Stockton v. Atlantic Fire Ins. Co.	175 S.E. 695 (1934)	1072
Summers v. Tice	(1948), 5 A.L.R. (2d) 91	321
Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. v. The Queen	[1969] S.C.R. 221	66
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick	[1979] 1 R.C.S. 227	1331, 1370
Syndicat des camionneurs, section locale 938 c. Massicotte	[1982] 1 R.C.S. 710	1342
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board	[1984] 2 S.C.R. 412	1343
Syndicat des infirmières de la Nouvelle-Écosse, Section Devco ("SINE") c. Conseil canadien des relations du travail	(1989), 58 D.L.R. (4th) 225	377
Syndicate Ins. Co. v. Bohn	65 F. 165 (1894)	1010, 1037, 1072

T

Taggart v. R.	(1980), 13 C.R. (3d) 179	199
Tataryn v. Tataryn	(1984), 38 R.F.L. (2d) 272	809
Teamsters Union, Local 938 v. Massicotte	[1982] 1 S.C.R. 710	1342
Thames and Mersey Marine Insurance Co. v. Hamilton, Fraser & Co.	(1887), 12 App. Cas. 484	1040
The King v. Central Railway Signal Co.	[1933] S.C.R. 555	117
The Queen v. National Indian Brotherhood	[1979] 1 F.C. 103	111
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)	[1990] 1 R.C.S. 425	195, 354, 359, 894
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)	[1990] 1 S.C.R. 425	195, 354, 359, 894
Tison v. Arizona	107 S.Ct. 1676 (1987)	670
Toronto Electric Commissioners v. Snider	[1925] A.C. 396	852
Travelers Insurance Co. of Canada v. Corriveau	[1982] 2 S.C.R. 866	452

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
U		
U.E.S., Local 298 v. Bibeault	[1988] 2 S.C.R. 1048	1346
United States v. Carolene Products Co.....	304 U.S. 144 (1938)	942
United States v. Henry	447 U.S. 264 (1980)	200
United States v. Powers	305 U.S. 527 (1939)	143
United States v. Tufaro	593 F. Supp. 476 (1983)	1432
V		
Valentine v. Chrestensen	316 U.S. 52 (1942)	242
Vallée du Richelieu, Compagnie mutuelle d'assurance de dommages v. Caisse populaire des Deux Rives	[1988] R.J.Q. 2355	1063
Veilleux v. Victoria Insurance Co.	[1989] R.J.Q. 1075	1082
Veronneau v. The King	(1916), 26 C.C.C. 278	46
Vetrovec v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 811	11, 82
Vézina and Côté v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 2	1305
Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council	425 U.S. 748 (1976)	242
Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720	[1980] 1 S.C.R. 178	1340
W		
W. Eric Whebby Ltd. v. Gunn Prov. Magistrate	(1974), 26 C.R.N.S. 379	49
Ward v. The Queen	[1979] 2 S.C.R. 30	166
Warkentin v. The Queen	[1977] 2 S.C.R. 355	18
Watkins v. Olafson	[1989] 2 S.C.R. 750	484
Westco Storage Ltd. v. Inter-City Gas Utilities Ltd.	[1989] 4 W.W.R. 289	326
Western Assur. Co. v. Hughes	66 P.2d 1056 (1937)	1072
Wild v. The Queen	[1971] S.C.R. 101	69
Williams v. Canada	[1989] 1 C.N.L.R. 184	112
Wilsher v. Essex Area Health Authority	[1988] 2 W.L.R. 557	319, 323
Wilson v. The Queen	[1983] 2 S.C.R. 594	345, 365, 1156, 1162, 1431, 1474, 1508
Wiretap Reference	[1984] 2 S.C.R. 697	1127
Wright v. Nicholson	[1970] 1 All E.R. 12	52
Y		
Young Men's Lyceum of Tarrytown v. National Ben Franklin Fire Ins. Co. of Pittsburg	163 N.Y.S. 226 (1917)	1073
Z		
Zevallos and The Queen, Re	(1987), 37 C.C.C. (3d) 79	366
Zurich du Canada Compagnie d'assurance-vie c. Davies	[1981] 2 R.C.S. 670	1195
Zurich Life Insurance Co. of Canada v. Davies	[1981] 2 S.C.R. 670	1195

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
A			
Act respecting the National Battlefields at Quebec, S.C. 1908, c. 57	838	s. 29	367
s. 7		s. 31	367
Act to amend the Act respecting the National Battlefields at Quebec, S.C. 1914, c. 46	838	s. 38(1)	367
s. 4		s. 39(1)	367
Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act, S.C. 1987, c. 24	906	Canadian Charter of Rights and Freedoms	
s. 2		s. 1 ... 232, 367, 633, 687, 695, 711, 731, 755, 865, 906	
Act to amend the Pension Benefits Act, S.N.S. 1987, c. 11	795	s. 2(b)	232, 367
s. 61(2)		s. 2(d)	367
Agreement on Interpretation and Application of Articles VI, XVI and XXIII of the General Agreement on Tariffs and Trade	1324	s. 7 ... 300, 304, 307, 633, 687, 695, 711, 731, 755, 865, 906, 1086, 1421, 1505	
art. 6		s. 8	1111, 1421, 1490, 1505
B			
Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3	1259	s. 10(b)	151, 1199
s. 2		s. 11(b)	1199
s. 6	624	s. 11(d)	633, 687, 695, 711, 731, 755, 865, 1199, 1505
s. 148	1259	s. 11(h)	1199
Bus Transport Regulation, (1987) 119 G.O. II 24	838	s. 12	1385
s. 1		s. 15	254, 906, 1086
s. 12	838	s. 15(1)	294, 300, 304, 307, 367
s. 17	838	s. 24	1199
s. 21	838	s. 24(1)	1385, 1421
s. 30	838	s. 24(2)	151, 1111, 1421
s. 31	838	s. 28	906
C			
Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10	531	s. 33	906
s. 16		Canadian Forces Superannuation Act, R.S.C. 1970, c. C-9	
Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2	367	s. 8(6)	795
s. 28		Canadian Import Tribunal Rules, SOR/85-1068	
Civil Code of Lower Canada			
Civil Code of Quebec			
art. 1053			
art. 1056c			
arts. 2485 to 2489			
art. 2516			
art. 2563			
art. 462.2			
art. 462.3			
art. 559			

	PAGE		PAGE
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25		s. 178.16.....	1421
art. 165.....	440	s. 178.16(1).....	1111
art. 495.....	1259	s. 178.17.....	1421
Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23		s. 178.18.....	1421
s. 31.1.....	440	s. 178.19.....	1421
Constitution Act, 1867		s. 178.21.....	1421
s. 91(3).....	338	s. 178.22.....	1421
s. 91(24).....	85	s. 178.23.....	1421
s. 91(27).....	254, 338	s. 213(a).....	633, 687, 695, 711, 755
s. 92(13).....	254	s. 213(b).....	633
s. 92(14).....	254, 338, 1086	s. 213(d).....	633, 687
Constitution Act, 1982		s. 214(5).....	695
s. 35.....	85	s. 214(5)(e).....	711
s. 52.....	1086	s. 222.....	731
s. 52(1).....	232, 906	s. 234.....	865
s. 52(2).....	232	s. 234(1).....	865
Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30		s. 237.....	865
s. 2.....	467	s. 237(1)(a).....	865
s. 3.....	467	s. 431.1.....	1421
s. 3(1).....	209	s. 443.....	624
s. 11.....	1259	s. 529(1).....	30
s. 12.....	1259	s. 573(1).....	1293
s. 13.....	467	s. 577.....	1293
s. 17.....	467	s. 577(3).....	1421
s. 18.....	1259	s. 586.....	3
s. 19.....	467	s. 605(1).....	57
s. 48.....	467	s. 610.....	1490
s. 49.....	467	s. 610(1)(a).....	1421
s. 50.....	467	s. 610(1)(b).....	1421
Copyright Act, 1956 (U.K.), 4 & 5 Eliz. II, c. 74		s. 613(1)(b)(iii).....	687, 695, 711, 1520
s. 6(7).....	467	s. 613(4).....	57
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34		s. 663.....	906
s. 3(6).....	906	Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46	
s. 21.....	687	s. 150.1(4).....	906
s. 21(1).....	731	s. 151.....	906
s. 21(2).....	731	s. 152.....	906
s. 140.....	906	s. 599.....	1199
s. 146(1).....	906	s. 761(2).....	1385
s. 147.....	906		
s. 155.....	906	D	
s. 178.1.....	1421	Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8.....	795
s. 178.2.....	1421	s. 11.....	1259
s. 178.11.....	1421	s. 12.....	1259
s. 178.12.....	1421	s. 18.....	1259
s. 178.12(1)(e).....	1111		
s. 178.13.....	1111, 1421		
s. 178.13(1)(b).....	1490		
s. 178.14.....	1421, 1505		

	PAGE		PAGE
F			
Family Relations Act, R.S.B.C. 1979		Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980,	
c. 121.....	795	c. I-2	
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.),		s. 7(1).....	489
c. 10		s. 7(3).....	489
s. 28.....	1324	Interpretation Act, R.S.A. 1980, c. I-7	
Federal Court Rules, C.R.C. 1978, c. 663		s. 10.....	489
r. 308.....	217	s. 12(1).....	489
r. 311.....	217	Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23	
r. 355.....	217	s. 27(2).....	624
		s. 28.....	85
G			
Garnishment Act, R.S.M. 1970, c. G20,		J	
C.C.S.M., c. G20		Judicature Act, R.S.N.B. 1973, c. J-2	
s. 3.....	85	s. 8(3).....	338
Garnishment Attachment and Pension Diversion		L	
Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 100		Labour Code, R.S.B.C. 1979, c. 212	
s. 22.....	795	s. 43.....	367
s. 41.....	795	Labour Relations Act, 1977, S.N. 1977, c. 64	
Government Property Traffic Act, R.S.C., 1985,		s. 37(2).....	367
c. G-6.....	838	Labour Relations Act, R.S.M. 1987, c. L10	
Government Property Traffic Regulations, C.R.C.		s. 40.....	367
1978, c. 887		Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228	
s. 3.....	838	s. 7.....	367
s. 5.....	838	Labour Relations Code, S.A. 1988, c. L-1.2	
s. 6.....	838	s. 37.....	367
I			
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63		Limitation of Civil Rights Act, R.S.S. 1978,	
s. 231.3(1).....	338	c. L-16	
s. 239(1).....	338	s. 2.....	410
s. 239(2).....	338	s. 40.....	410
Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6		M	
s. 87(a).....	85	Marital Property Act, S.M. 1978, c. 24,	
s. 87(b).....	85	C.C.S.M., c. M45	
s. 88.....	85	s. 1(b).....	795
s. 89(1).....	85	Matrimonial Property Act, R.S.A. 1980, c. M-9....	795
s. 89(2).....	85	Matrimonial Property Act, R.S.S. 1979, c. M-6.1.	795
s. 90(1)(a).....	85	Matrimonial Property Act, S.N.S. 1980, c. 9	
s. 90(1)(b).....	85	s. 2.....	795
		s. 4.....	795

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
A			
Accord relatif à l'interprétation et à l'application des articles VI, XVI et XXIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce		art. 31.....	367
art. 6.....	1324	art. 38(1).....	367
Act to amend the Pension Benefits Act, S.N.S. 1987, ch. 11		art. 39(1).....	367
art. 61(2).....	795	Code civil du Bas-Canada	
Acte des territoires du Nord-Ouest, S.R.C. 1886, ch. 50		art. 1053.....	440
art. 110.....	1103	art. 1056c.....	440
		art. 2485 à 2489.....	549
		art. 2516.....	1185
		art. 2563.....	995
		Code civil du Québec	
		art. 462.2.....	795
		art. 462.3.....	795
		art. 559.....	1259
C			
Charte canadienne des droits et libertés		Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34	
art. 1 232, 367, 633, 687, 695, 711, 731, 755, 865, 906		art. 3(6).....	906
art. 2b).....	232, 367	art. 21.....	687
art. 2d).....	367	art. 21(1).....	731
art. 7 300, 304, 307, 633, 687, 695, 711, 731, 755, 865, 906, 1086, 1421, 1505		art. 21(2).....	731
art. 8 1111, 1421, 1490, 1505		art. 140.....	906
art. 10b).....	151, 1199	art. 146(1).....	906
art. 11b).....	1199	art. 147.....	906
art. 11d) . 633, 687, 695, 711, 731, 755, 865, 1199, 1505		art. 155.....	906
art. 11h).....	1199	art. 178.1.....	1421
art. 12.....	1385	art. 178.2.....	1421
art. 15.....	254, 906, 1086	art. 178.11.....	1421
art. 15(1).....	294, 300, 304, 307, 367	art. 178.12.....	1421
art. 24.....	1199	art. 178.12(1)e).....	1111
art. 24(1).....	1385, 1421	art. 178.13.....	1111, 1421
art. 24(2).....	151, 1111, 1421	art. 178.13(1)b).....	1490
art. 28.....	906	art. 178.14.....	1421, 1505
art. 33.....	906	art. 178.16.....	1421
Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2		art. 178.16(1).....	1111
art. 28.....	367	art. 178.17.....	1421
art. 29.....	367	art. 178.18.....	1421
		art. 178.19.....	1421
		art. 178.21.....	1421
		art. 178.22.....	1421
		art. 178.23.....	1421
		art. 213a).....	633, 687, 695, 711, 755
		art. 213b).....	633
		art. 213d).....	633, 687

	PAGE		PAGE
art. 214(5)	695		
art. 214(5)e)	711		
art. 222	731		
art. 234	865		
art. 234(1)	865		
art. 237	865		
art. 237(1)a)	865		
art. 431.1	1421		
art. 443	624		
art. 529(1)	30		
art. 573(1)	1293		
art. 577	1293		
art. 577(3)	1421		
art. 586	3		
art. 605(1)	57		
art. 610	1490		
art. 610(1)a)	1421		
art. 610(1)b)	1421		
art. 613(1)b)(iii)	687, 695, 711, 1520		
art. 613(4)	57		
art. 663	906		
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46			
art. 150.1(4)	906		
art. 151	906		
art. 152	906		
art. 599	1199		
art. 761(2)	1385		
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25			
art. 165	440		
art. 495	1259		
Constitution des États-Unis, Sixième amendement	1199		
Convention de Berne révisée, Annexe II de la Loi sur le droit d'auteur, S.R.C. 1970, ch. C-30			
art. 1	467		
art. 11	467		
art. 13	467		
art. 14	467		
Convention de Rome sur le droit d'auteur, 1928, Annexe III de la Loi sur le droit d'auteur, S.R.C. 1970, ch. C-30			
art. 11 (bis)	467		
Copyright Act, 1956 (R.-U.), 4 & 5 Eliz. II, ch. 74			
art. 6(7)	467		
		F	
		Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, ch. 121	795
		I	
		Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2	
		art. 7(1)	489
		art. 7(3)	489
		Interpretation Act, R.S.A. 1980, ch. I-7	
		art. 10	489
		art. 12(1)	489
		L	
		Labour Code, R.S.B.C. 1979, ch. 212	
		art. 43	367
		Labour Relations Act, 1977, S.N. 1977, ch. 64	
		art. 37(2)	367
		Labour Relations Code, S.A. 1988, ch. L-1.2	
		art. 37	367
		Limitation of Civil Rights Act, R.S.S. 1978, ch. L-16	
		art. 2	410
		art. 40	410
		Loi concernant les champs de bataille nationaux de Québec, S.C. 1908, ch. 57	
		art. 7	838
		Loi constitutionnelle de 1867	
		art. 91(3)	338
		art. 91(24)	85
		art. 91(27)	254, 338
		art. 92(13)	254
		art. 92(14)	254, 338, 1086
		Loi constitutionnelle de 1982	
		art. 35	85
		art. 52	1086
		art. 52(1)	232, 906
		art. 52(2)	232
		Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, ch. I-23	
		art. 27(2)	624
		art. 28	85

	PAGE		PAGE
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63		Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, ch. D-8	795
art. 231.3(1)	338	art. 11	1259
art. 239(1)	338	art. 12	1259
art. 239(2)	338	art. 18	1259
Loi modifiant la Loi concernant les champs de bataille nationaux à (sic) Québec, S.C. 1914, ch. 46		Loi sur le droit d'auteur, S.R.C. 1970, ch. C-30	
art. 4	838	art. 2	467
Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada, S.C. 1987, ch. 24		art. 3	467
art. 2	906	art. 3(1)	209
Loi relative à la circulation sur les terrains de l'État, L.R.C. (1985), ch. G-6	838	art. 11	1259
Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23		art. 12	1259
art. 31.1	440	art. 13	467
Loi sur l'organisation judiciaire, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2		art. 17	467
art. 8(3)	338	art. 18	1259
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2 ^e supp.), ch. 10		art. 19	467
art. 28	1324	art. 48	467
Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, ch. S-19		art. 49	467
art. 41(1)	1259	art. 50	467
art. 52	1259	Loi sur les biens matrimoniaux, S.M. 1978, ch. 24, C.P.L.M., ch. M45	
Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, ch. B-3		art. 1b)	795
art. 2	1259	Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, ch. I-6	
art. 6	624	art. 87a)	85
art. 148	1259	art. 87b)	85
Loi sur la libération conditionnelle, L.R.C. (1985), ch. P-2		art. 88	85
art. 16(1a)	1385	art. 89(1)	85
Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes, S.R.C. 1970, ch. C-9		art. 89(2)	85
art. 8(6)	795	art. 90(1a)	85
Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, ch. E-10		art. 90(1b)	85
art. 16	531	Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110	
Loi sur la saisie-arrêt, L.R.M. 1970, ch. G20, C.P.L.M., ch. G20		art. 2(1) "mesures de rechange"	254
art. 3	85	art. 2(4)	254
Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions, S.C. 1980-81-82-83, ch. 100		art. 3	254, 755
art. 22	795	art. 4	254, 294, 304, 307
art. 41	795	art. 56	755
		Loi sur les mesures spéciales d'importation, S.C. 1984, ch. 25	
		art. 42	1324
		art. 76(1)	1324
		Loi sur les prestations de pension, L.M. 1975, ch. 38	795
		Loi sur les relations de travail, L.R.M. 1987, ch. L10	
		art. 40	367
		Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1980, ch. 228	
		art. 7	367

	PAGE		PAGE
Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35.....	367	R	
Loi sur les transports, L.R.Q., ch. T-12		R.R.O. 1980, Règ. 447	
art. 3.....	838	art. 37(39).....	232
art. 4.....	838	art. 37(40).....	232
art. 4.1.....	838	Règlement relatif à la circulation sur les terrains du gouvernement, C.R.C. 1978, ch. 887	
art. 5.....	838	art. 3.....	838
art. 5.1.....	838	art. 5.....	838
art. 32.....	838	art. 6.....	838
art. 36.....	838	Règlement sur la télédiffusion, C.R.C. 1978, ch. 381	
art. 40.....	838	art. 5(5).....	467
art. 43.....	838	Règlement sur le transport par autobus, (1987) 119 G.O. II 24	
M		art. 1.....	838
Matrimonial Property Act, R.S.A. 1980, ch. M-9 .	795	art. 12.....	838
Matrimonial Property Act, R.S.S. 1979, ch. M-6.1	795	art. 17.....	838
Matrimonial Property Act, S.N.S. 1980, ch. 9		art. 21.....	838
art. 2.....	795	art. 30.....	838
art. 4.....	795	art. 31.....	838
art. 12.....	795	Règles de la Cour fédérale, C.R.C. 1978, ch. 663	
art. 13.....	795	r. 308.....	217
N		r. 311.....	217
Northwest Territories Public Service Association Act, R.S.N.W.T. 1974, ch. N-2		r. 355.....	217
art. 3.....	367	Règles de la Cour suprême du Canada	
P		art. 29(2).....	467
Pension Benefits Act, R.S.A. 1980, ch. P-3	795	Règles de procédure civile, Règl. de l'Ont. 560/84	
Pension Benefits Act, S.N.S. 1975, ch. 14	795	r. 14.05(3)h.....	1086
Public Service Act, R.S.N.W.T. 1974, ch. P-13		r. 15.02(1).....	1086
art. 42.....	367	r. 15.02(3).....	1086
art. 43.....	367	r. 37.03(6).....	1086
Public Service Superannuation Act, R.S.B.C. 1960, ch. 57	795	r. 57.07.....	1086
Q		Règles du tribunal canadien des importations, DORS/85-1068	
Queen's Bench Rules of Saskatchewan		art. 36.....	1324
r. 198(4).....	410	Rules of Court [Colombie-Britannique]	
T		Rule 19(24).....	959
		T	
		Trade Union Act, R.S.S. 1978, ch. T-17	367

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Adams, George W. <i>Canadian Labour Law: A Comprehensive Text</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1985.....	384
Alauzet, Isidore. <i>Traité général des assurances</i> , t. 2. Paris: Cosse, 1844.....	606
Allard, Christophe. <i>De l'autorité de la chose jugée en matière civile</i> . Rouen: Imprimerie de E. Cagniard, 1875	454
American Jurisprudence, vol. 43, 2nd ed. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1982	1018, 1044
Appleman, John Alan and Jean Appleman. <i>Insurance Law and Practice</i> , rev. vol. 5A. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1970.....	1018
Archbold, John Frederick. <i>Archbold's Pleading, Evidence, & Practice in Criminal Cases</i> , 23rd ed. By Sir John Jervis. Twenty-third edition by William Feilden Craies and Guy Stephenson. London: Sweet and Maxwell, 1905	46
Archbold, John Frederick. <i>Pleading and Evidence</i> . London: R. Pheney and R. Millikin, 1822	662
Arnould, Joseph. <i>A Treatise on the Law of Marine Insurance and Average</i> , vol. I, 2nd ed. Boston: Little & Brown, 1850.....	577
Arthurs, H. W. "Protection against Judicial Review" (1983), 43 <i>R. du B.</i> 277.....	1343
Arthurs, H. W. "Rethinking Administrative Law: A Slightly Dicey Business" (1979), 17 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 1.	1332
Ashworth, A. J. "The Elasticity of <i>Mens Rea</i> ," in C. F. H. Trapper, ed., <i>Crime, Proof and Punishment</i> . London: Butterworths, 1981	646
Association Henri Capitant. <i>Vocabulaire juridique</i> . Publié sous la direction de Gérard Cornu. Paris: P.U.F., 1987, "notaire", "notoriété"	575
Baker, John Hamilton. <i>An Introduction to English Legal History</i> , 2nd ed. London: Butterworths, 1979	969
Bala, Nicholas. "The Young Offenders Act: A Legal Framework," in Joe Hudson, Joseph P. Hornick and Barbara A. Burrows, eds., <i>Justice and the Young Offender in Canada</i> . Toronto: Wall & Thompson, 1988	787
Bala, Nicholas and Heino Lilles, <i>The Young Offenders Act Annotated</i> . Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1984.....	270
Bala, Nicholas et Heino Lilles, <i>La Loi sur les jeunes contrevenants annotée</i> . Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1984	270
Bartlett, Richard Hamilton. <i>Indians and Taxation in Canada</i> , 2nd ed. Saskatoon: University of Saskatchewan, Native Law Centre, 1987	127
Baudouin, Jean-Louis. <i>La responsabilité civile délictuelle</i> . Cowansville: Yvon Blais Inc., 1985.....	461
Baudouin, Jean-Louis. <i>Les Obligations</i> , 3rd ed. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1989.....	1278
Baudouin, Louis. <i>Le droit civil de la Province de Québec</i> . Montréal: Wilson & Lafleur, 1953.....	1282
Bergeron, Jean-Guy. "L'opposabilité des exceptions à différents intéressés dans un contrat d'assurance" (1987), 47 <i>R. du B.</i> 933.....	1008, 1042
Bigot, Jean. "Assurances de responsabilité: les limites du risque assurable" (1978), 49 <i>Rev. gén. ass. terr.</i> 169 .	1024

Bissett-Johnson, Alastair. "Three Problems of Pensions — An Overview" (1990), 6 <i>C.F.L.Q.</i> 137	827
Blackstone, Sir William. <i>Commentaries on the Laws of England</i> . Book IV. By Christian et al. New York: W. E. Dean, 1846	917
Bonnet, Paul. <i>Des éléments constitutifs de la chose jugée en matière civile dans le droit romain et dans le droit français</i> . Paris: Imprimerie de E. Donnaud, 1862	454
Bouzat, Pierre. "De la clause par laquelle une partie dans une convention s'engage à ne pas en demander la nullité" (1934), 54 <i>Rev. crit. lég. et jur.</i> 350	1084
British Columbia. Law Reform Commission. <i>Report on Attachment of Debts Act</i> . Victoria: 1978	120
Brownlie, Ian. <i>Principles of Public International Law</i> , 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1979	1371
Burns, Peter. "Civil Conspiracy: An Unwieldy Vessel Rides a Judicial Tempest" (1982), 16 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 229	988
Campbell, Neil. "Division of Pensions Under the Ontario Family Law Act: A Comment on <i>Marsham v. Marsham and Humphreys v. Humphreys</i> " (1988), 7 <i>Can. J. Fam. L.</i> 79	827
Canada. Canadian Human Rights Commission. <i>The Effects of the Bhinder Decision on the Canadian Human Rights Commission: A Special Report to Parliament</i> . Ottawa: Canadian Human Rights Commission, 1986	512
Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes (Comité Badgley). <i>Infractions d'ordre sexuel contre des enfants au Canada: Sommaire du rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes</i> . Ottawa: Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1984	14
Canada. Commission canadienne des droits de la personne. <i>Les effets de la décision Bhinder sur la Commission canadienne des droits de la personne: rapport spécial au Parlement</i> . Ottawa: Commission canadienne des droits de la personne, 1986	512
Canada. Commission de réforme du droit. <i>Droit pénal: infractions sexuelles</i> (document de travail n° 22). Ottawa: Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1978	949
Canada. Commission de réforme du droit. <i>Rapport sur la preuve</i> . Ottawa: Information Canada, 1975. Réimprimé (1976), 34 <i>C.R.N.S.</i> 26	14
Canada. Commission royale sur les brevets, le droit d'auteur, les marques de commerce et les dessins industriels. <i>Rapport sur le droit d'auteur</i> (Rapport Ilsley). Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1957	484
Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths (Badgley Committee). <i>Sexual Offences Against Children in Canada: Summary of the Report of the Committee on Sexual Offences Against Children and Youths</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984	14
Canada. Consommation et Corporations. <i>De Gutenberg à Télidon, Livre blanc sur le droit d'auteur</i> . Ottawa: Ministère des Communications, 1984	482
Canada. Consumer and Corporate Affairs. <i>From Gutenberg to Telidon: A White Paper on Copyright</i> . Ottawa: Department of Communications, 1984	482
Canada. Law Reform Commission. <i>Criminal Law: Sexual Offences</i> (Working Paper 22). Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1978	949
Canada. Law Reform Commission. <i>Report on Evidence</i> . Ottawa: Information Canada, 1975. Reprinted in (1976), 34 <i>C.R.N.S.</i> 26	14
Canada. Ministry of the Solicitor General. <i>The Young Offenders Act: Highlights</i> . Ottawa: Communication Division, Ministry of the Solicitor General, 1981	779
Canada. Parlement. Chambre des communes. Sous-comité sur la révision de la Loi sur le droit d'auteur. <i>Réponse du gouvernement au rapport du sous-comité sur la révision de la Loi sur le droit d'auteur</i> . Ottawa: Gouvernement du Canada, 1986	484

Canada. Parlement. Sous-comité sur la révision de la Loi sur le droit d'auteur. <i>Une Charte des droits des créateurs: Rapport du sous-comité sur la révision de la Loi sur le droit d'auteur</i> . Ottawa: Chambre des communes, 1985.....	484
Canada. Parliament. House of Commons. Sub-Committee on the Revision of Copyright. <i>A Charter of Rights for Creators: Report of the Sub-Committee on the Revision of Copyright</i> . Ottawa: The Sub-Committee, 1985.....	484
Canada. Parliament. House of Commons. Sub-Committee on the Revision of Copyright. <i>Government Response to the Report of the Sub-Committee on the Revision of Copyright</i> . Ottawa: Government of Canada, 1986.....	484
Canada. <i>Rapport de la Commission d'enquête sur les repris de justice au Canada</i> , vol. 1. (Par Stuart M. Leggett). 1984.....	1416
Canada. <i>Report of the Inquiry into Habitual Criminals in Canada</i> , vol. 1. (By Stuart M. Leggett). 1984.....	1416
Canada. Royal Commission on Patents, Copyright, Trade Marks and Industrial Design. <i>Report on Copyright</i> (the Ilsley Report). Ottawa: Queen's Printer, 1957.....	484
Canada. Sénat. Comité permanent des banques et du commerce. Délibérations du Comité permanent des banques et du commerce. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1961.....	664
Canada. Senate. Standing Committee on Banking and Commerce. Proceedings of the Standing Committee on Banking and Commerce. Ottawa: Queen's Printer, 1961.....	664
Cane, Peter. <i>An Introduction to Administrative Law</i> . Oxford: Clarendon Press, 1986.....	1335
Carr, James G. <i>The Law of Electronic Surveillance</i> , 2nd ed. New York: Clark Boardman Co., 1986 (loose-leaf).....	1130, 1166
Cavalluzzo, Paul J. J. "Freedom of Association — Its Effect Upon Collective Bargaining and Trade Unions" (1988), 13:2 <i>Queen's L.J.</i> 267.....	393
Chauveau, Charles-Auguste. <i>De l'autorité de la chose jugée en matière civile</i> . Québec: Dussault & Proulx, 1903.....	453
<i>Civil Code of Lower Canada: Sixth and Seventh Reports and Supplementary Report</i> . Québec: George E. Desbarats, 1865.....	576, 1004
Clarke, Andrew B. "Corroboration in Sexual Cases", [1980] <i>Crim. L.R.</i> 362.....	22
Code civil du Bas-Canada: Sixième et Septième Rapports et Rapport Supplémentaire. Québec: George E. Desbarats, 1865.....	576, 1004
Coke, Sir Edward. <i>The Third Part of the Institutes of the Laws of England</i> . London: Clarke, 1817.....	917
Coke, Sir Edward. <i>The Third Part of the Institutes of the Laws of England</i> , 6th ed. London: W. Rawlins for Thomas Basset, 1680.....	662
Comerford Jr., W. Thompson. "When Is Money Paid the Mortgagee Recoverable? — Is the Counterclaim Compulsory?" (1986), 22 <i>Tort & Ins. L.J.</i> 113.....	1018
Comtois, Roger. "La prestation compensatoire: une mesure d'équité" (1983), 85 <i>R. du N.</i> 367.....	1276
<i>Concise Oxford Dictionary</i> , 7th ed. By J. B. Sykes. Oxford: Clarendon Press, 1982, "include".....	1041
Cossette, André. "Le régime de la séparation de biens est-il disparu avec la naissance de la prestation compensatoire?" (1985), 87 <i>R. du N.</i> 456.....	1276
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> . Cowansville, Qué.: Yvon Blais Inc., 1982.....	275, 630
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> . Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1984.....	1023, 1040, 1078
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> . Translated by Katherine Lippel, John Philpot and Bill Schabas. Cowansville, Qué.: Yvon Blais Inc., 1984.....	275, 630
Couch, George J. <i>Cyclopedia of Insurance Law</i> , vol. 10A, 2nd ed. By Ronald A. Anderson. Revised volume by Mark S. Rhodes. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1982.....	1017, 1037

Craig, P. P. <i>Administrative Law</i> . London: Sweet & Maxwell, 3	1332
Craig, P. P. "Dicey: Unitary, Self-Correcting Democracy and Public Law" (1990), 106 <i>L.Q.R.</i> 105.....	1332
Cross, Rupert. "The Mental Element in Crime" (1967), 83 <i>L.Q.R.</i> 215	646
Cross, Sir Rupert. <i>Cross on Evidence</i> , 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.....	195, 322
Crump, D. and S. W. Crump. "In Defense of the Felony Murder Doctrine" (1985), 8 <i>Harv. J.L. & Pub. Pol'y</i> 359	665
Davis, Kenneth Culp. <i>Administrative Law Treatise</i> , vol. 2. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1958.....	1099
<i>Débats de la Chambre des communes</i> , 1 ^{re} Sess., 32 ^e Parl., 30 Eliz. II, 1981, vol. VIII, p. 9309	270
<i>Débats de la Chambre des communes</i> , 1 ^{re} Sess., 32 ^e Parl., 30 Eliz. II, 1981, vol. IX, pp. 9516, 9517, 9647, 10073.....	778, 780
Dicey, Albert Venn. <i>Introduction to the Study of the Law of the Constitution</i> , 10th ed. London: MacMillan & Co., 1959	1332
Dicey, Albert Venn. <i>Introduction to the Study of the Law of the Constitution</i> . London: MacMillan, 1885.....	1332
Domenget, M. <i>Du mandat, de la commission et de la gestion d'affaires</i> , t. 1. Paris: Cotillon, 1862.....	1067
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.....	275, 631, 1040
Duer, John. <i>The Law and Practice of Marine Insurance</i> , vol. II. New York: John S. Voorhies, 1846	581
Dussault, René et Louis Borgeat. <i>Traité de droit administratif</i> , t. III, 2 ^e éd. Québec: Presses de l'Université Laval, 1989	1332
Dwyer, James R. and Carey S. Barney. "Analysis of Standard Mortgage Clause and Selected Provisions of the New York Standard Fire Policy" (1984), 19 <i>Forum</i> 639.....	1018, 1048
Edwards, J. Ll. J. "Constructive Murder in Canadian and English Law" (1959), 3 <i>Crim. L.Q.</i> 481	663
Émérigon, M. Balthazard-Marie. <i>Traité des assurances et des contrats à la grosse</i> , t. II. Marseille: Jean Mossy, 1783.....	604
<i>Encyclopédie juridique Dalloz: Répertoire de droit civil</i> , t. I, 2 ^e éd., "Assurances terrestres" par Georges Durry.....	1024
<i>Encyclopédie juridique Dalloz: Répertoire de droit civil</i> , t. 5, 2 ^e éd. "Mandat", par René Rodière	1067
<i>Encyclopédie juridique Dalloz: Répertoire de procédure civile</i> , t. II, 2 ^e éd., "Litispendance", par Pierre Julien	450
Evans, J. M. "Developments in Administrative Law: The 1984-85 Term" (1986), 8 <i>Sup. Ct. L. Rev.</i> 1	1337
Evans, J. M. et al. <i>Administrative Law</i> , 3rd ed. Toronto: Emond Montgomery Publications Ltd., 1989.....	1331
Ewaschuk, Eugene G. <i>Criminal Pleadings and Practice in Canada</i> , 2nd ed. Aurora, Ontario: Canada Law Book, 1987	49, 72
Fabien, Claude. "Les règles du mandat". Dans <i>Répertoire de droit: Mandat</i> . Montréal: Chambre des notaires du Québec, 1982.....	1007
Faribault, Bernard. "Du papillon à la chrysalide ou l'étrange métamorphose de l'assurance de responsabilité" (1987), 55 <i>Assurances</i> 300.....	1004, 1082
Fleming, John G. "Probabilistic Causation in Tort Law" (1989), 68 <i>Can. Bar Rev.</i> 661	320
Fox, H. G. <i>The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs</i> (2nd ed.). Toronto: Carswells, 1967	485
Freedman, Samuel. "Admissions and Confessions". In Roger E. Salhany and Robert J. Carter, eds., <i>Studies in Canadian Criminal Evidence</i> . Toronto: Butterworths, 1972	171
Fridman, G. H. L. <i>The Law of Torts in Canada</i> , vol. 2. Toronto: Carswells, 1990	985
Galligan, D. J. "The Right to Silence Reconsidered" (1988), 41 <i>C.L.P.</i> 69	162
Garsonnet, Eugène. <i>Traité théorique et pratique de procédure</i> , t. I, Paris: Larose et Forcel, 1882.....	449
Gilbert, M. L. "Degrees of Felony Murder" (1983), 40 <i>Wash. & Lee L. Rev.</i> 1601	670

Gilli, Jean-Paul. <i>La cause juridique de la demande en justice</i> . Paris: L.G.D.J., 1962	456
Goff, Robert, Lord Goff. "The Mental Element in the Crime of Murder" (1988), 104 <i>L.Q.R.</i> 30.....	666
Gordon, Gerald H. "Subjective and Objective Mens Rea," [1975] 17 <i>Crim. L.Q.</i> 355.....	655
Goré, François. <i>L'enrichissement aux dépens d'autrui</i> . Paris: Dalloz, 1949.....	1284
Great Britain. Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury. <i>Report</i> , vol. I. London: H. M. Stationery Off., 1978	327
Grisso, Thomas. "Juveniles' Capacities to Waive <i>Miranda</i> Rights: An Empirical Analysis" (1980), 68 <i>Cal. L. Rev.</i> 1134	782
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 36, 4th ed. London: Butterworths, 1981.....	969
Harding, Len. "Current Problems and Trends in Products & Liability" (1967), 34 <i>Canadian Underwriter</i> 24 ..	610
Harris, M. H. "Concerning Statements to Police Officers" (1964-65), 7 <i>Crim. L.Q.</i> 395	169
Hart, H. L. A. <i>Punishment and Responsibility</i> . Oxford: Clarendon Press, 1968.....	645
Harvey, David M. <i>Medical Malpractice</i> . Indianapolis: A. Smith, 1973	330
Herrmann, Joachim. "Causing the Conditions of One's Own Defense: The Multifaceted Approach of German Law," [1986] <i>B.Y.U. L. Rev.</i> 747	902
Hewart of Bury, Lord. <i>The New Despotism</i> . London: E. Benn Ltd., 1945	1333
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985	101, 360, 829
Hogg, Peter W. <i>Liability of the Crown</i> , 2nd ed. Toronto: Carswells, 1989	118
Holmes, Oliver Wendell, Jr. <i>The Common Law</i> . Boston: Little, Brown & Co., 1881	655
<i>House of Commons Debates</i> , 1st Sess., 32nd Parl., 30 Eliz. II, 1981, vol. VIII, p. 9309.....	270
<i>House of Commons Debates</i> , 1st Sess., 32nd Parl., 30 Eliz. II, 1981, vol. IX, pp. 9516, 9517, 9647, 10073	778, 780
Howard, Colin. "The Protection of Principle Under a Criminal Code" (1962), 25 <i>M.L.R.</i> 190	917
Howland, W. G. C. "Reports on the Administration of Justice in Ontario on the Opening of the Courts for 1990" (1990), 24 <i>L. Soc. Gaz.</i> 5	1238
Hudson, Joe and Joseph P. Hornick and Barbara A. Burrows, eds. <i>Justice and the Young Offender in Canada</i> . Toronto: Wall & Thompson, 1988.....	278
Jenks, C. Wilfred. <i>Human Rights and International Labour Standards</i> . London: Stevens & Sons, 1960	379
Jennings, Sir Ivor. <i>The Law and the Constitution</i> , 5th ed. London: University of London Press, 1959.....	1334
Kaufman, Fred. <i>The Admissibility of Confessions</i> , 3rd ed. Toronto: Carswells, 1979.....	168
Kaufman, Fred. <i>The Admissibility of Confessions</i> . Third supplement (cumulative) to the third edition. Toronto: Carswells, 1986.....	173
Kenny, Courtney Stanhope. <i>Kenny's Outlines of Criminal Law</i> , 19th ed. By J. W. Cecil Turner. Cambridge: University Press, 1966	916
Kent, James. <i>Commentaries on American Law</i> , vol. III, 6th ed. New York: William Kent, 1848	577
Keyes, A. A. and C. Brunet. <i>Copyright in Canada: Proposals for a Revision of the Law</i> . Ottawa: Consumer and Corporate Affairs Canada, 1977	484
Keyes, A. A. et C. Brunet. <i>Le droit d'auteur au Canada: Propositions en vue d'une révision de la Loi</i> . Ottawa: Consommation et Corporations Canada, 1977.....	484
Knight, Philip A. "Splitting and Sharing Pension Assets on Marriage Breakdown" (1985), 14 <i>Man. L. J.</i> 419..	827
Lacoste, Paul. <i>De la chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative</i> . 3 ^e éd. Par Ph. Bonnacarrère. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1914	454
LaFave, Wayne R. and Austin W. Scott, Jr. <i>Substantive Criminal Law</i> , vol. 2. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986	670

Lambert-Faivre, Yvonne. <i>Droit des assurances</i> , 6 ^e éd. Paris: Dalloz, 1988	1024
Langelier, François. <i>De la preuve en matière civile et commerciale</i> . Québec: Darveau, 1894	454
Langille, Brian. "Developments in Labour Law: The 1981-82 Term" (1983), 5 <i>Sup. Ct. L. Rev.</i> 225.....	1340
Langille, Brian. "Judicial Review, Judicial Revisionism and Judicial Responsibility" (1986), 17 <i>R.G.D.</i> 169.....	1341
Laskin, Bora. <i>The British Tradition in Canadian Law</i> . London: Stevens & Sons, 1969.....	360
Laskin, Bora. "The Constitutional Systems of Canada and the United States: Some Comparisons" (1967), 16 <i>Buffalo L. Rev.</i> 591	360
Ledru-Rollin. "Coup d'œil sur les praticiens, les arrêttistes et la jurisprudence". Dans <i>Journal du Palais</i> , t. 1, 3 ^e éd. Par Ledru-Rollin. Paris: F.-F. Patris, 1842.....	1005
Lindsay, Peter. "The Implications of <i>R. v. Vaillancourt</i> : Much Ado About Nothing?" (1989), 47 <i>U. of T. Fac. Law Rev.</i> 465.....	678
Lorimier, Charles C. de. <i>La bibliothèque du Code civil de la province de Québec</i> , vol. IX. Montréal: Eusèbe Sénécal & Fils, 1883.....	454
Louisell, David W. <i>Medical Malpractice</i> , vol. 3. By Charles Kramer. New York: Matthew Bender, 1977-1990	330
<i>Louisiana Civil Law Treatise</i> , vol. 15. By William Shelby McKenzie and H. Alston Johnson. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986	1018
MacNamara, Donal E. J. and Edward Sagarin. <i>Sex, Crime, and the Law</i> . New York: Free Press, 1977.....	921
Marmer, Jack. "Valuing Registered Retirement Savings Plans" (1987), 2 <i>C.F.L.Q.</i> 97	827
Marshall, Samuel. <i>A Treatise on the Law of Insurance</i> , vol. I, 3rd ed. London: Butterworth and Son, 1823.....	577
Martin, Raymond. "Les contradictions de la chose jugée", <i>J.C.P.</i> 1979.I.2938.....	454
Martin, Raymond. "Sur la notion de moyen", <i>J.C.P.</i> 1976.I.2768.....	458
Maxwell, Sir Peter B. <i>Maxwell on the Interpretation of Statutes</i> , 12th ed. By P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969	630
McBean, Jean M. "The Treatment of Pensions Under the Alberta Matrimonial Property Act: Some Unresolved Issues". In <i>Payne's Divorce and Family Law Digest</i> . Edited by Julien D. Payne. Don Mills: De Boo, 1986, p. E-25.....	827
McCormick, Charles Tilford. <i>McCormick on Evidence</i> , 3rd ed. By Kenneth S. Brown et al. St. Paul, Minn.: West, 1984.....	542
McCormick on Evidence, 3rd ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984.....	1435
McLachlin, Beverly M. and James P. Taylor. <i>British Columbia Practice</i> , vol. 1, 2nd ed. Vancouver: Butterworths, 1979	968
McWilliams, Peter K. <i>Canadian Criminal Evidence</i> , 2nd ed. Aurora, Ontario: Canada Law Book, 1984	22
Mewett, Alan W. & Morris Manning. <i>Criminal Law</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.....	230, 677
Mignault, Pierre Basile. <i>Le droit civil canadien</i> , t. 6. Montréal: Théorêt, 1902.....	451
Milsom, S. F. C. <i>Historical Foundations of the Common Law</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1981.....	969
Mitchell, Chester N. "The Intoxicated Offender — Refuting the Legal and Medical Myths" (1988), 11 <i>Int. J.L. Psychiatry</i> 77.....	902
Morgan. "Proof of Facts in Charter Litigation," in Robert J. Sharpe, ed., <i>Charter Litigation</i> . Toronto: Butterworths, 1987	1099
Motulsky, Henri. "Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile", <i>D.</i> 1968. Chron., p. 1.....	454
Nadeau, André. "L'autorité de la chose jugée" (1963), 9 <i>McGill L.J.</i> 102.....	448
Nadeau, André et Richard Nadeau. <i>Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle</i> . Montréal: Wilson & Lafleur, 1971	460

New Brunswick. Law Reform Division of the New Brunswick Department of Justice. <i>Third Report of the Consumer Protection Project</i> , vol. II. <i>Legal Remedies of the Unsecured Creditor After Judgment</i> . Fredericton: 1976.....	120
Nouveau-Brunswick. Division de réforme du droit du ministère de la Justice. <i>Third Report of the Consumer Protection Project</i> , vol. II. <i>Legal Remedies of the Unsecured Creditor After Judgment</i> . Fredericton: 1976.....	120
Ontario. Commission de réforme du droit. <i>Report on the Enforcement of Judgment Debts and Related Matters</i> . Toronto: 1981.....	118
Ontario. Commission de réforme du droit. <i>Report on the Liability of the Crown</i> . Toronto: 1989.....	119
Ontario. Law Reform Commission. <i>Report on the Enforcement of Judgment Debts and Related Matters</i> . Toronto: 1981.....	118
Ontario. Law Reform Commission. <i>Report on the Liability of the Crown</i> . Toronto: 1989.....	119
<i>Oxford English Dictionary</i> , vol. IX, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "may".....	273
Paizes, Andrew. "Intoxication Through the Looking-Glass" (1988), 105 <i>S.A.L.J.</i> 776.....	903
Patterson, J. B. "Determining a Realistically High Value of the Spouse's Interest in the Employee's Pension" (1987), 1 <i>C.F.L.Q.</i> 345.....	827
<i>Petit Robert 1</i> . Par Paul Robert. Paris: Le Robert, 1987, "notamment".....	1041
Phillips, Willard. <i>Treatise on the Law of Insurance</i> . Boston: Wells & Lilly, 1823.....	585
Phillips, Willard. <i>Treatise on the Law of Insurance</i> , vol. II. Boston: Hilliard, Gray and Co., 1834.....	580
Picard, Maurice et André Besson, <i>Les assurances terrestres</i> , t. I, 5 ^e éd. Par André Besson. Paris: L.G.D.J., 1982.....	1025
Picard, Maurice et André Besson. <i>Traité général des assurances terrestres en droit français</i> , t. 2. Paris: L.G.D.J., 1940.....	1016, 1070
Platt, Priscilla. <i>Young Offenders Law in Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1989.....	785
Pollock, Michael L. "Division of Pension Rights on Marriage Breakdown in Alberta: A Review of some Proposed Amendments to the Alberta Matrimonial Property Act" (1987), 2 <i>C.F.L.Q.</i> 83.....	827
Posner, James R. "Trends in Medical Malpractice Insurance, 1970-1985", 49 <i>Law & Contemp. Probs.</i> , Spring 1986, p. 37.....	327
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats</i> , vol. 15, n ^o 82, le 19 novembre 1974, p. 2873.....	1023
Québec. Ministère des Institutions financières, Compagnies et Coopératives. Service des assurances. <i>Rapport Faribault, 1957-60</i>	1023
Quigley, Tim. "Reform of the Intoxication Defence" (1987), 33 <i>McGill L.J.</i> 1.....	903
Rabinovitch, Paul. "Diversion Under Section 4: Is There a Future for It in Ontario?". In Nicholas Bala and Heino Lilles, <i>Young Offenders Service</i> , vol. 1. Edited by Roman N. Komar and Priscilla Platt. Toronto: Butterworths, 1984.....	271
Ratushny, Ed. "Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada?" (1973), 19 <i>McGill L.J.</i> 1174.....	197
Ratushny, Ed. <i>Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process</i> . Toronto: Carswells, 1979.....	174
Rauf, M. Naeem. "Recent Developments in Wire-tap Law" (1989), 31 <i>Crim. L.Q.</i> 208.....	1131
Raymond, Paul E. "The Origin and Rise of Moral Liability in Anglo-Saxon Criminal Law" (1936), 15 <i>Or. L. Rev.</i> 93.....	916
Robinson, Glen O. "The Medical Malpractice Crisis of the 1970's: A Retrospective", 49 <i>Law & Contemp. Probs.</i> , Spring 1986, p. 5.....	327
Roche, Evita M. "Treatment of Pensions upon Marriage Breakdown in Canada: A Comparative Study" (1987), 1 <i>C.F.L.Q.</i> 189.....	827
Royer, Jean-Claude. <i>La preuve civile</i> . Cowansville: Yvon Blais Inc., 1987.....	454
Sanderson, P. <i>Musicians and the Law in Canada</i> . Toronto: Carswells, 1985.....	478

Savatier, René. Note. D.P. 1928.1.153	460
Schabas, Paul B. "Intoxication and Culpability: Towards an Offence of Criminal Intoxication" (1984), 42 <i>U.T. Fac. L. Rev.</i> 147.....	903
Schiff, Stanley. <i>Evidence in the Litigation Process</i> , vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1988	17
Sicot, Lucien et Henri Margeat. <i>Précis de la loi sur le contrat d'assurance</i> , 4 ^e éd. Paris: L.G.D.J., 1962.....	1027
Simard Jr., François-Xavier. "La faute intentionnelle de l'assuré et la clause de garantie hypothécaire" (1987), 21 <i>R.J.T.</i> 335	1014, 1054
Skeen, A. St. Q. "Intoxication is No Longer a Complete Defence in Bophuthatswana: Will South Africa Follow Suit" (1984), 101 <i>S.A.L.J.</i> 707.....	903
Slattery, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 <i>Can. Bar Rev.</i> 727	130
Solus, Henry and Roger Perrot. <i>Droit judiciaire privé</i> , t. II. Paris: Sirey, 1973	450
Stroud, Douglas Aikenhead. <i>Mens Rea</i> . London: Sweet & Maxwell, 1914.....	917
<i>Stroud's Judicial Dictionary</i> , vol. 3, 5th ed. By John S. James. London: Sweet & Maxwell, 1986, "include", "including"	1041
Stuart, Don. <i>Canadian Criminal Law</i> , 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.....	648
Sumien, Paul. <i>Traité théorique et pratique des assurances terrestres des opérations de capitalisation, d'épargne et de crédit différé</i> , 7 ^e éd. Paris: Dalloz, 1957	1027
Summers, Clyde W. "Freedom of Association and Compulsory Unionism in Sweden and the United States" (1964), 112 <i>U. Pa. L. Rev.</i> 647	379
Swinton, Katherine E. "Competing Visions of Constitutionalism: Of Federalism and Rights". In Katherine E. Swinton and Carol J. Rogerson, eds., <i>Competing Constitutional Visions: The Meech Lake Accord</i> . Toronto: Carswells, 1988.....	287
Tarnopolsky, Walter Surma and William F. Pentney. <i>Discrimination and the Law</i> . Fifth Cumulative Supplement (September 1989). By William F. Pentney. Don Mills, Ont.: De Boo, 1989.....	516, 526
Thisdale, Louise. "Quelques innovations législatives en assurance de dommages", [1978] <i>C.P. du N.</i> 1	1010
Tomasin, Daniel. <i>Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile</i> . Paris: L.G.D.J., 1975.....	455
<i>Traité de Droit civil du Québec</i> , t. 9 par André Nadeau et Léo Ducharme. Montréal: Wilson & Lafleur, 1965.	451
United Kingdom. Criminal Law Revision Committee. <i>Fourteenth Report: Offences against the Person</i> , Cmnd 7844. London: H.M.S.O., 1980	902
United Kingdom. Home Office. Department of Health and Social Security. <i>Report of the Committee on Mentally Abnormal Offenders</i> , Cmnd 6244. London: H.M.S.O., 1975.....	902
Viatte, Jean. "À propos de la litispendance", <i>Gaz. Pal.</i> 1976.1. Doct. 354.....	454
Victor, A. Paul. "Injury Determinations by the United States International Trade Commission in Antidumping and Countervailing Duty Proceedings" (1984), 16 <i>N.Y.U.J. Int'l L. & Pol.</i> 749.....	1379
Wade, Sir William. <i>Administrative Law</i> , 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988.....	1332
Watt, David. <i>Law of Electronic Surveillance in Canada</i> . Toronto: Carswells, 1979.....	1173, 1511
Wells, Celia. "Swatting the Subjectivist Bug", [1982] <i>Crim. L.R.</i> 209	674
Wharton, Francis. <i>Wharton's Criminal Evidence</i> , 13th ed. Rochester, N.Y.: Lawyers' Co-operative Publishing Co., 1972	542
Wharton, Francis. <i>Wharton's Criminal Law</i> . 14th ed. by Charles E. Torcia. New York: The Lawyers Co-operative Publishing Co., 1979	670
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 9. Revised by James H. Chadbourne. Boston: Little, Brown & Co., 1981	321
Williams, Glanville. "Convictions and Fair Labelling," [1983] 42 <i>C.L.J.</i> 85.....	646

DOCTRINE CITÉE

liii
PAGE

Williams, Glanville. <i>The Mental Element in Crime</i> . Jerusalem: Magnes Press, The Hebrew University, 1965...	646
Winokur, Paul M. and Stephen A. Eadie. "Current Pension Valuation Issues from an Ontario Perspective" (1988), 3 <i>C.F.L.Q.</i> 197	827
Zuber, T. G. <i>Report of the Ontario Courts Inquiry</i> . Toronto: Queen's Printer, 1987	1221

Warden of Mountain Institution *Appellant*

v.

Theodore Steele *Respondent*

INDEXED AS: STEELE v. MOUNTAIN INSTITUTION

File No.: 21878.

1990: May 25; 1990: November 8.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Indeterminate sentence — Necessary psychiatric treatment not available — Parole repeatedly denied — Whether or not Parole Board erred in refusing to release prisoner — Whether or not flaw in operation of the parole review process — Whether or not flaw amounting to cruel and unusual punishment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 12, 24(1) — Parole Act, R.S.C., 1985, c. P-2, s. 16(1)(a) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 761(2).

Respondent was 55 years old and had been imprisoned almost 37 years. He had pleaded guilty to a charge of attempted rape when he was 18 and was shortly after declared to be a “criminal sexual psychopath” as defined in the *Criminal Code*. The judge, in imposing an indeterminate sentence, took into account incidents that had occurred on the same day when respondent had been drinking heavily. He emphasized that respondent should receive proper treatment for his condition.

No penitentiary facilities were available to treat respondent's condition and yet he initially responded well to his incarceration. When various attempts at supervised parole were tried, they ended because of some infraction usually stemming from substance abuse or breach of discipline. Through the years, respondent found himself in an ever worsening “Catch-22” situation in that he had little hope for release unless he could receive psychiatric treatment and yet the institutions to which he was condemned to serve his sentence did not

* Chief Justice at the time of hearing.

** Chief Justice at the time of judgment.

Le directeur de l'établissement Mountain
Appelant

c.

a Theodore Steele *Intimé*

RÉPERTORIÉ: STEELE c. ÉTABLISSEMENT MOUNTAIN

N° du greffe: 21878.

b 1990: 25 mai; 1990: 8 novembre.

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

c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Peine d'une durée indéterminée — Absence de traitement psychiatrique requis — Refus répété d'accorder la libération conditionnelle — La Commission des libérations conditionnelles a-t-elle commis une erreur en refusant de libérer le détenu? — Y a-t-il un vice de fonctionnement du processus d'examen des demandes de libération conditionnelle? — Ce vice entraîne-t-il une peine cruelle et inusitée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12, 24(1) — Loi sur la libération conditionnelle, L.R.C. (1985), ch. P-2, art. 16(1)a) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 761(2).

f L'intimé a 55 ans et il a passé près de 37 ans de sa vie en prison. Il a reconnu sa culpabilité à une accusation de tentative de viol à l'âge de 18 ans et il a été, peu de temps après, déclaré atteint de «psychopathie sexuelle criminelle» au sens du *Code criminel*. En le condamnant à une peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée, le juge a tenu compte d'autres d'incidents survenus le même jour alors que l'intimé avait consommé beaucoup d'alcool. Le juge a souligné que l'intimé devrait recevoir un traitement approprié à son état.

h Il n'y avait, au pénitencier, aucun service disponible pour traiter l'intimé, mais celui-ci a tout de même bien réagi au début à son incarcération. Divers essais de libération conditionnelle surveillée ont eu lieu, mais ils ont pris fin en raison d'une faute quelconque découlant habituellement d'un problème de consommation d'alcool ou d'un manquement à la discipline. Avec les années, l'intimé s'est retrouvé dans une situation sans issue qui allait en s'aggravant puisqu'il avait peu d'espoir d'être libéré à moins de pouvoir suivre un traitement psychia-

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

** Juge en chef à la date du jugement.

have the facilities to provide this treatment. When the facilities for treatment finally became available after some 20 years' imprisonment, admission was twice denied because respondent's condition had deteriorated to the point where he would not benefit from the program. The great majority of the psychiatric reports throughout respondent's incarceration recommended some form of release; those that did not noted that respondent had become "institutionalized" and that he had not been treated for his disorder. The Parole Board repeatedly denied parole because of his risk to society.

Respondent filed a petition seeking an order in the nature of *habeas corpus* with *certiorari* and relief pursuant to s. 24(1) of the *Charter*. The Court concluded that respondent's continuing detention was in violation of s. 12 and ordered his unconditional release. The Court of Appeal confirmed respondent's release but varied the unconditional release to provide that the Crown could apply to the British Columbia Supreme Court for an order that respondent be returned to custody should his conduct after release demonstrate a danger of serious harm justifying a resumption of incarceration under the indeterminate sentence. (The Parole Board and the Correctional Service of Canada had no jurisdiction to impose terms on respondent's release because he had brought his application outside of the parole review process.)

At issue here was whether the Parole Board erred in refusing to release respondent on parole with the result that his continuing imprisonment constituted cruel and unusual punishment. Respondent conceded that the *Criminal Code's* dangerous offender sentencing provisions were not cruel and unusual punishment contrary to s. 12 of the *Charter*.

Held: The appeal should be dismissed.

Respondent's lengthy incarceration was cruel and unusual punishment contrary to s. 12 of the *Charter*. The infringement was caused by errors committed by the National Parole Board and not by any structural flaw in the dangerous offender provisions.

trique et que les établissements où il devait purger sa peine n'étaient pas en mesure de fournir ce traitement. Quand le traitement est enfin devenu disponible, après que l'intimé eut passé une vingtaine d'années en prison, on le lui a refusé deux fois parce que son état s'était détérioré au point qu'il ne pourrait plus profiter du programme. La plupart des rapports psychiatriques établis tout au long de l'incarcération de l'intimé recommandaient sa mise en liberté sous une forme ou une autre; ceux qui ne le faisaient pas signalaient qu'il avait pris l'habitude de vivre en prison et qu'il n'avait pas été traité pour ses problèmes. La Commission des libérations conditionnelles a continué de lui refuser sa libération conditionnelle parce qu'il constituait un risque pour la société.

L'intimé a présenté une requête en vue d'obtenir une ordonnance tenant d'un *habeas corpus* assorti d'un *certiorari* et une réparation conformément au par. 24(1) de la *Charte*. La cour a statué que la prolongation de l'incarcération de l'intimé violait l'art. 12 et a ordonné sa mise en liberté inconditionnelle. La Cour d'appel a confirmé que l'intimé devait être libéré, mais elle a modifié l'ordonnance de mise en liberté inconditionnelle pour ajouter que le ministère public pourrait demander à la Cour suprême de la Colombie-Britannique d'ordonner que l'intimé soit remis sous garde si jamais sa conduite, après sa mise en liberté, démontrait un risque de préjudice grave justifiant la reprise de son incarcération pour une durée indéterminée. (La Commission des libérations conditionnelles et le Service correctionnel du Canada n'avaient pas compétence pour fixer des conditions à la mise en liberté de l'intimé parce qu'il avait présenté sa demande en dehors du processus d'examen des demandes de libération conditionnelle.)

Le présent pourvoi soulève la question de savoir si la Commission des libérations conditionnelles a commis une erreur en refusant sa libération conditionnelle à l'intimé de sorte que la prolongation de son incarcération constitue une peine cruelle et inusitée. L'intimé reconnaît que les dispositions du *Code criminel* relatives à la détermination de la peine des délinquants dangereux n'entraînent pas une peine cruelle et inusitée contrairement à l'art. 12 de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

L'incarcération prolongée de l'intimé constitue une peine cruelle et inusitée contrairement à l'art. 12 de la *Charte*. La violation résulte d'erreurs commises par la Commission nationale des libérations conditionnelles et non de quelque vice interne des dispositions relatives aux délinquants dangereux.

The *Parole Act* required that an indeterminate sentence of a "criminal sexual psychopath" be reviewed by the National Parole Board once every three years. The criteria included consideration of (i) whether the inmate had derived the maximum benefit from imprisonment and (ii) whether the inmate's reform and rehabilitation would be furthered by parole. A third condition, that the inmate's release would not constitute an undue risk to society, was added in 1968. These criteria must be carefully applied in order to fit the indeterminate sentence to the prisoner's circumstances and so ensure that it does not violate s. 12 of the *Charter*. If it is clear on the face of the record that the Board has misapplied or disregarded these criteria over a period of years with the result that an offender remains incarcerated far beyond the time when he or she should have been properly paroled, then the Board's decision to keep the offender incarcerated may well violate s. 12.

Respondent's imprisonment had long ago reached the point at which he had derived "the maximum benefit from imprisonment". His incarceration was longer than that served by the vast majority of the most cruel and callous murderers and was of doubtful benefit given the unavailability of psychiatric treatment. Specialists expressly stated throughout the course of respondent's incarceration that he had received the maximum benefit from imprisonment and that continued detention would cause him to deteriorate. The second criterion had also long been satisfied. Most reports advised respondent's rehabilitation could only be facilitated by his gradual supervised release into the community. Respondent's behaviour during the last 20 years did not indicate that he remained an undue risk to society. His parole violations resulted from a problem dealing with substance abuse and rigid discipline and not from a tendency to repeatedly engage in violent or sexually deviant behaviour. Breaches of parole conditions should be seriously considered, but as well there should be taken into account all the circumstances and explanations relating to the breach.

The length of time served may be one of the circumstances considered in applying the statutory criteria to an individual's circumstances. It may not of itself justify parole but it may well serve as an indication that the

La *Loi sur la libération conditionnelle* exige que la peine d'une durée indéterminée à laquelle un délinquant atteint de «psychopathie sexuelle criminelle» est assujéti soit examinée tous les trois ans par la Commission nationale des libérations conditionnelles. Les critères à considérer sont (i) si l'effet positif maximal de l'emprisonnement a été atteint par le détenu, et (ii) si la libération conditionnelle facilitera l'amendement et la réadaptation du détenu. Une troisième condition, ajoutée en 1968, est que la mise en liberté du détenu ne constitue pas un trop grand risque pour la société. Ces critères doivent être soigneusement appliqués de manière à adapter la peine d'une durée indéterminée à la situation du détenu et à assurer ainsi qu'elle ne viole pas l'art. 12 de la *Charte*. S'il ressort clairement de la lecture du dossier que la Commission a mal appliqué ces critères ou n'en n'a pas tenu compte pendant un certain nombre d'années de sorte qu'un délinquant est resté en prison bien au-delà du moment où il aurait dû obtenir sa libération conditionnelle, alors la décision de la Commission de garder le délinquant en prison peut fort bien violer l'art. 12.

L'incarcération de l'intimé avait depuis longtemps dépassé le stade où celui-ci avait tiré «l'effet positif maximal de l'emprisonnement». Son incarcération a été plus longue que celle de la plupart de tous les meurtriers les plus cruels et les plus impitoyables et il est douteux qu'elle lui ait été profitable à cause de l'absence de traitement psychiatrique. Pendant toute la durée de l'emprisonnement de l'intimé, des spécialistes ont déclaré qu'il avait tiré le bénéfice maximal de son incarcération et que la prolongation de celle-ci entraînerait une détérioration de sa situation. Le deuxième critère a aussi été rempli depuis longtemps. La majorité des rapports soulignent que la réadaptation de l'intimé ne pouvait être facilitée que par sa mise en liberté progressive et surveillée dans la société. La conduite de l'intimé au cours des vingt dernières années n'indique pas qu'il a continué de constituer un trop grand risque pour la société. Les manquements à ses libérations conditionnelles résultent d'un problème de consommation d'alcool et de respect d'une discipline stricte, et non d'une tendance à s'adonner constamment à la violence et à un comportement sexuel anormal. Il faut prendre au sérieux les violations des conditions de la libération, mais il faut aussi tenir compte de toutes les circonstances de la violation et des explications données quant aux motifs qui l'ont provoquée.

La longueur de la peine déjà purgée peut être l'une des circonstances dont il faut tenir compte en appliquant, aux circonstances de chaque détenu, les critères établis par la Loi. Il se peut qu'elle ne justifie pas à elle

inmate is no longer dangerous. As well, a lengthy incarceration with the concomitant institutionalizing effect upon the inmate may serve to explain and perhaps to some extent excuse certain breaches of discipline.

The National Parole Board erred in its application of the criteria set out in s. 16(1)(a) of the *Parole Act*. Its decision to deny parole appears to have been based upon relatively minor and apparently explicable breaches of discipline rather than focussing upon the crucial issue of whether granting him parole would constitute an undue risk to society. The parole review process accordingly failed to ensure that respondent's sentence was tailored to fit his circumstances. The inordinate length of his incarceration has long since become grossly disproportionate to the circumstances of this case.

The test for determining whether a sentence is disproportionately long must be stringent and demanding because of the need to avoid trivializing the *Charter*. Further, there already exists a mechanism whereby appellate courts can review sentences to ensure that they are appropriate.

Since any error that may be committed occurs in the parole review process itself, an application challenging the decision should be made by means of judicial review rather than by means of an application for *habeas corpus*. The release of a long-term inmate should be supervised by those who are experts in this field. However, in this case it would be unfair to require respondent to commence new proceedings by way of judicial review given his age and the length of his incarceration.

Cases Cited

Referred to: *Mitchell v. Attorney General of Ontario* (1983), 35 C.R. (3d) 225; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Milne*, [1987] 2 S.C.R. 512; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 12, 24(1).
Criminal Code, R.S.C. 1927, c. 36, s. 1054A.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 687.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 761(2).
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.

seule la libération conditionnelle, mais elle peut bien servir d'indication que le détenu n'est plus dangereux. De même, un long emprisonnement et l'effet concomitant d'habitude de vie en prison qu'il a sur un détenu peut expliquer et même excuser certains manquements à la discipline.

La Commission nationale des libérations conditionnelles a commis une erreur en appliquant les critères énoncés à l'al. 16(1)a) de la *Loi sur la libération conditionnelle*. La Commission semble avoir fondé sa décision de refuser la libération conditionnelle de l'intimé sur des manquements à la discipline relativement mineurs et apparemment explicables plutôt que de se concentrer sur le point crucial de savoir si sa libération conditionnelle constituerait un trop grand risque pour la société. Le processus d'examen de la demande de libération conditionnelle n'a donc pas permis d'adapter la peine de l'intimé à la situation dans laquelle il se trouvait. La durée excessive de son incarceration est depuis longtemps devenue exagérément disproportionnée aux circonstances de l'espèce.

Le critère qui sert à déterminer si une peine est beaucoup trop longue doit être strict et exigeant parce qu'il faut éviter de banaliser la *Charte*. De plus, il existe déjà un moyen pour les cours d'appel de réviser les peines et de faire en sorte qu'elles soient adéquates.

Puisque toute erreur qui peut être commise se produit au cours du processus même d'examen des demandes de libération conditionnelle, la contestation d'une décision doit se faire sous forme de demande d'examen judiciaire plutôt que par voie de demande d'*habeas corpus*. La mise en liberté d'une personne détenue depuis de nombreuses années doit être surveillée par des experts dans ce domaine. Toutefois, en raison de l'âge de l'intimé et de la durée de son incarceration, il serait injuste en l'espèce de l'obliger à entamer de nouvelles procédures sous forme de demande d'examen judiciaire.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Mitchell v. Attorney General of Ontario* (1983), 35 C.R. (3d) 225; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Milne*, [1987] 2 R.C.S. 512; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 12, 24(1).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 761(2).
Code criminel, S.R.C. 1927, ch. 36, art. 1054A.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 687.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10, art. 28.

Parole Act, R.S.C., 1985, c. P-2, s. 16(1)(a).
Parole Act, S.C. 1958, c. 38, s. 8(a).

Authors Cited

Canada. *Report of the Inquiry into Habitual Criminals in Canada*, vol. 1. (By Stuart M. Leggett). 1984.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1990), 45 B.C.L.R. (2d) 273, 54 C.C.C. (3d) 334, 76 C.R. (3d) 307, dismissing an appeal from a decision of Paris J. (1989), 72 C.R. (3d) 58, ordering the respondent's unconditional release. Appeal dismissed.

I. G. Whitehall, Q.C., and *M. Taylor*, for the appellant.

Michael Jackson, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CORY J.—Theodore Steele, the respondent, has attained the age of 55. For almost 37 of those years he has been detained in an institution. In my view the issue raised on this appeal is whether the Parole Board erred in refusing to release him on parole with the result that his continuing imprisonment constitutes cruel and unusual punishment.

The period of incarceration has been long indeed. When the respondent entered prison, Mr. St. Laurent was Prime Minister and General Eisenhower was President. He remained incarcerated through the Cuban missile crisis, the assassination of President Kennedy, the Vietnam War, the F.L.Q. crisis, the Watergate scandal, the Iran/Iraq War, the easing of tension between the Soviet Union and the United States, and the enactment of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. An era has passed.

The respondent acknowledges that this Court has determined that the dangerous offender sentencing provisions found currently in Part XXIV of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, do

Loi sur la libération conditionnelle, L.R.C. (1985), ch. P-2, art. 16(1)a).

Loi sur la libération conditionnelle de détenus, S.C. 1958, ch. 38, art. 8a).

^a Doctrine citée

Canada. *Rapport de la Commission d'enquête sur les repris de justice au Canada*, vol. 1. (Par Stuart M. Leggett). 1984.

^b POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1990), 45 B.C.L.R. (2d) 273, 54 C.C.C. (3d) 334, 76 C.R. (3d) 307, qui a rejeté l'appel interjeté contre une décision du juge Paris (1989), 72 C.R. (3d) 58, qui avait ordonné la mise en liberté inconditionnelle de l'intimé. Pourvoi rejeté.

^c *I. G. Whitehall, c.r.*, et *M. Taylor*, pour l'appellant.

^d *Michael Jackson*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

^e LE JUGE CORY—L'intimé Theodore Steele est âgé de 55 ans. Il a passé près de 37 années de sa vie dans un pénitencier. Selon moi, le présent pourvoi soulève la question de savoir si la Commission des libérations conditionnelles a commis une erreur en refusant sa libération conditionnelle de sorte que la prolongation de son incarcération constitue une peine cruelle et inusitée.

^f La durée de son incarcération a été exceptionnellement longue. Quand l'intimé a été incarcéré pour la première fois, M. St-Laurent était premier ministre du Canada et le général Eisenhower était président des États-Unis. Il était incarcéré lors de la crise des missiles de Cuba, de l'assassinat du président Kennedy, de la guerre du Vietnam, de la crise du F.L.Q., du scandale du Watergate, de la guerre entre l'Iran et l'Iraq, de la fin de la guerre froide entre l'Union soviétique et les États-Unis et de l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Toute une époque s'est donc écoulée pendant qu'il était en prison.

^g L'intimé reconnaît que notre Cour a statué que les dispositions relatives à la détermination de la peine des délinquants dangereux, que l'on trouve actuellement dans la partie XXIV du *Code crimi-*

not infringe s. 12 of the *Charter*. Rather, throughout these proceedings the respondent has challenged the way in which the legislation has been applied to him. It is necessary for the purposes of this appeal to undertake a detailed review of the factual background.

Factual Background

1. *The Original Conviction, 1953*

On October 22, 1953, Steele, then 18 years of age, entered a plea of guilty to a charge of attempted rape. On November 12 of the same year, he was declared a "criminal sexual psychopath" pursuant to the provisions of s. 1054A of the *Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36 (added by S.C. 1948, c. 39, s. 43). He was sentenced to five years in prison for the attempted rape and to an indeterminate period of detention thereafter. Davey J., as he then was, took into account a prior conviction of contributing to juvenile delinquency as well as two other incidents admitted by Steele involving misconduct of a sexual nature with children. These incidents were described by Steele in his affidavit in this manner:

The facts of the attempted rape were that I attempted to have sexual intercourse with an eleven year old girl three times and having failed I ejaculated and made the girl lick my penis. No penetration took place. The facts of the contributing to juvenile delinquency offence were that I took down the panties of a six year old girl and laid on top of her. The facts of the two incidents that were admitted were (1) on June 26, 1953, that I exposed myself to a ten year old girl and attempted to force her to touch my penis. When she cried I released her. (2) That on September 8, I exposed myself to two girls aged five and a half and four.

It should be noted that the offence of contributing to juvenile delinquency, one of the admitted incidents and the attempted rape all took place on the same day, a day during which the petitioner was drinking heavily.

At the time of sentencing Steele was an adolescent, small in stature and with limited intelligence. He left school while in grade eight and had difficulty adjusting socially. He was described as

nel, L.R.C. (1985), ch. C-46, ne contreviennent pas à l'art. 12 de la *Charte*. Dans toutes les procédures de l'espèce, l'intimé a plutôt contesté la façon dont ces dispositions ont été appliquées à son égard. Il est nécessaire aux fins du présent pourvoi de relater les faits en détail.

Les faits

1. *La première déclaration de culpabilité, 1953*

Le 22 octobre 1953, Steele, alors âgé de 18 ans, a reconnu sa culpabilité à une accusation de tentative de viol. Le 12 novembre de la même année, il a été déclaré atteint de «psychopathie sexuelle criminelle» conformément à l'art. 1054A du *Code criminel*, S.R.C. 1927, ch. 36 (ajouté par S.C. 1948, ch. 39, art. 43). Il a été condamné à cinq ans d'emprisonnement pour tentative de viol et à une incarcération d'une durée indéterminée par la suite. Le juge Davey, plus tard juge en chef de la Colombie-Britannique, a tenu compte d'une déclaration antérieure de culpabilité d'avoir contribué à la délinquance juvénile et de deux autres incidents, reconnus par Steele, comportant une inconduite de nature sexuelle avec des enfants. Steele donne la description suivante de ces incidents dans son affidavit:

[TRADUCTION] Lors de la tentative de viol, j'ai essayé, à trois reprises, d'avoir des rapports sexuels avec une fillette de onze ans; ayant échoué, j'ai éjaculé et je l'ai forcée à me lécher le pénis. Il n'y a pas eu de pénétration. Pour ce qui est d'avoir contribué à la délinquance juvénile, les faits consistent à avoir enlevé la culotte d'une fillette de six ans et à m'être étendu sur elle. Les faits relatifs aux deux incidents reconnus sont les suivants (1) le 26 juin 1953, je me suis exhibé à une fillette de dix ans et j'ai voulu la forcer à me toucher le pénis. Lorsqu'elle s'est mise à crier, je l'ai relâchée. (2) Le 8 septembre, je me suis exhibé à deux fillettes, l'une de cinq ans et demi et l'autre de quatre ans.

Il faut se rappeler que l'infraction consistant à avoir contribué à la délinquance juvénile, l'un des incidents reconnus, et la tentative de viol ont tous eu lieu le même jour, alors que le requérant avait consommé beaucoup d'alcool.

Au moment d'être condamné, Steele était un adolescent de petite taille et d'intelligence limitée. Il avait quitté l'école en huitième année et il avait un problème d'adaptation sociale. On l'a décrit

“physically immature” with “the personality development of a nine year old”. The pre-sentence report indicated that “his anxiety to solve sex has led him to immature attempts to effect a relationship of some sort with little girls toward whom he is presumably able to feel equal.”

Dr. Joseph Thomas, a psychiatrist called by the Crown on the sentencing, stated that Steele’s sexual deviance stemmed from his very low intelligence and did not represent the classic behaviour of a sexual psychopath. He expressed the opinion that Steele would be able to control himself if his level of intelligence were higher. Dr. Ernest Campbell, another psychiatrist called by the Crown, gave his opinion that Steele came within the definition of a criminal sexual psychopath set out in s. 1054A. Asked by the trial judge what treatment Steele could expect to receive in a penitentiary, Dr. Campbell replied that “treatment is sadly lacking”.

In his reasons for sentence, Davey J. emphasized his desire that Steele receive proper treatment for his sexually deviant behaviour. He stated at p. 83:

It was therefore with considerable alarm that I listened to Dr. Campbell’s evidence as to lack of suitable treatment and training in the penitentiary for this young man. I recommend in the strongest way that the responsible authorities provide proper psychiatric treatment for this young man, and treatment by trained psychologists, if that is necessary, to give him every opportunity of responding to it and taking his place in society. [Emphasis added.]

2. *The First Seven Years of Detention, 1953-1960*

During the first seven years he served in the B.C. Penitentiary, Steele was close to being a model inmate. Sadly, as Dr. Campbell had warned, medical treatment was sorely lacking. It consisted of two years of group therapy sessions with the prison psychiatrist, Dr. D. C. MacDonald. Nonetheless, Steele appeared to make rapid progress.

comme «physiquement immature» et «ayant le développement de personnalité d’un enfant de neuf ans». Le rapport présentiel indiquait que [TRADUCTION] «son grand désir de résoudre ses problèmes sexuels l’avait amené à des tentatives puérides d’avoir certains rapports avec des fillettes auxquelles il doit présument se sentir égal».

Un psychiatre appelé comme témoin à charge lors du processus de détermination de la peine, le Dr Joseph Thomas, a affirmé que la déviation sexuelle de Steele découlait de son très faible niveau d’intelligence et ne correspondait pas au comportement classique d’un psychopathe sexuel. Il a exprimé l’avis que Steele pourrait se contrôler si son niveau d’intelligence était plus élevé. Un autre psychiatre appelé à témoigner par le ministère public, le Dr Ernest Campbell, a exprimé l’avis que Steele était atteint de psychopathie sexuelle criminelle au sens de l’art. 1054A. Quand le juge du procès a demandé au Dr Campbell quel traitement Steele pouvait s’attendre à recevoir dans un pénitencier, le médecin a répondu [TRADUCTION] «aucun traitement malheureusement».

Dans ses motifs sur la peine imposée, le juge Davey a insisté pour que Steele soit traité adéquatement pour sa déviation sexuelle. Il dit ceci à la p. 83:

[TRADUCTION] C’est avec beaucoup d’inquiétude que j’ai écouté le témoignage du Dr Campbell au sujet de l’absence au pénitencier de traitement et de formation adéquats pour ce jeune homme. Je recommande vivement que les autorités responsables veillent à ce que ce jeune homme reçoive un traitement psychiatrique approprié, et qu’il soit traité par des psychologues qualifiés, si nécessaire, afin d’avoir toutes les chances de guérir et de prendre sa place dans la société. [Je souligne.]

2. *Les sept premières années d’incarcération, 1953-1960*

Pendant les sept premières années qu’il a passées au pénitencier de la Colombie-Britannique, Steele était presque un détenu exemplaire. Malheureusement, comme le Dr Campbell l’avait déclaré, le traitement médical faisait cruellement défaut. Il consistait en deux ans de séances de thérapie de groupe avec le psychiatre de la prison, le Dr D. C. MacDonald. Néanmoins, Steele a paru faire des progrès rapides.

By 1956, both Dr. MacDonald and the warden of the B.C. Penitentiary recommended that Steele “be given a high priority when considering the sexual psychopaths here for release”. By 1958, that recommendation had the support of the Regional Representative of the Department of Justice Remission Service. In 1960, Dr. MacDonald’s successor, Dr. P. Middleton, once again recommended that Steele be released, noting that “his continued incarceration here during at least the past three years has been against psychiatric recommendations”. Dr. Middleton also commented on the lack of medical treatment available for sexual offenders. He said:

If Penitentiaries were correctional institutions well supplied with counsellors and psychiatrists one might hope that prolonged incarceration would lead to better adaptation and understanding. In fact, however, the services available are quite minimal and it is quite doubtful whether they even offset the pernicious effects of association with the distorted values and perverted outlooks of so many of the other inmates.

In December 1960, Steele was granted parole with a period of gradual release.

3. *Parole, December 1960 to July 1962*

Steele initially adjusted well to his release. He quickly found employment as an autobody painter, the trade in which his father had worked and that Steele himself had learned in the penitentiary. He lived at home with his parents and regularly visited his psychiatrist, Dr. MacDonald. His only problems seemed to relate to an excessive use of alcohol. In June 1961 he was convicted of impaired driving. His parole was modified to require that he abstain from the use of alcohol. At about this time Steele met Wendy Whitehouse. They became engaged on Christmas Day 1961 and planned to marry in August of the next year.

This promising period of parole came to an abrupt end as a result of the events that occurred on July 23, 1962. They were described by a National Parole Board representative in this way:

En 1956, le Dr MacDonald et le directeur du pénitencier de la Colombie-Britannique ont l’un et l’autre recommandé que Steele [TRADUCTION] «ait la plus grande priorité en matière de libération des psychopathes sexuels incarcérés ici». En 1958, cette recommandation recevait l’aval du représentant régional du Service des remises de peines du ministère de la Justice. En 1960, le successeur du Dr MacDonald, le Dr P. Middleton recommandait à nouveau la libération de Steele soulignant que [TRADUCTION] «la prolongation de son incarcération, depuis trois ans au moins, a eu lieu en dépit des recommandations des psychiatres». Le docteur Middleton parle aussi de l’absence de traitement médical destiné aux auteurs de crimes sexuels. Il dit ceci:

[TRADUCTION] Si les pénitenciers étaient des établissements correctionnels dotés de conseillers et de psychiatres, on pourrait espérer que de longues peines d’incarcération entraîneraient une meilleure adaptation et compréhension. En réalité, les services disponibles sont très limités et on peut même douter qu’ils compensent les effets nocifs de l’exposition aux valeurs et attitudes dénuées qui caractérisent tant d’autres détenus.

En décembre 1960, Steele a obtenu une libération conditionnelle avec période d’élargissement progressif.

3. *La libération conditionnelle, de décembre 1960 à juillet 1962*

Steele s’est d’abord bien adapté à sa mise en liberté. Il a rapidement trouvé un emploi de peintre d’automobile, métier qu’avait exercé son père et qu’il avait lui-même appris au pénitencier. Il habitait chez ses parents et rendait régulièrement visite à son psychiatre, le Dr MacDonald. Ses seuls problèmes semblaient découler d’un abus d’alcool. En juin 1961, il a été déclaré coupable de conduite avec facultés affaiblies. L’obligation de s’abstenir de consommer des boissons alcooliques a été ajoutée aux conditions de sa libération conditionnelle. Vers la même époque, Steele a connu Wendy Whitehouse. Ils se sont fiancés le jour de Noël 1961 et ils projetaient de se marier en août de l’année suivante.

Cette période prometteuse de libération conditionnelle a brutalement pris fin à cause des événements survenus le 23 juillet 1962. Un représentant de la Commission nationale des libérations conditionnelles les relate ainsi:

The information from the police indicates that Steele accosted a 19-year-old girl at 2 a.m. on July 23, 1962 on the pretense of asking directions to a certain street. She refused to talk to him and he then backed his car on the boulevard to block her way, got out of the car and when she tried to run away he twisted her arm into a hammerlock and attempted to force her into his car. At that moment another motorist came by, stopped, but before he could do anything Steele got away in his car . . .

. . . Steele was planning to get married sometime this month and I was beginning to wonder if this impending marriage was stirring up emotional problems within him, which he was unable to control.

Unfortunately Steele turned up at Dr. McDonald's office at 6:00 p.m. on July 23, 1962 without proper referral from his family physician. I had explained this arrangement to Mr. Hansen but apparently Steele did not follow through with instructions. . . . He was somewhat hostile when he left the office. Eight hours later he is alleged to have committed the present offences.

Steele was convicted of common assault and his parole was revoked.

4. *Imprisonment, 1962-1970*

Steele spent six months at the Oakalla Prison Farm and then returned again to the B.C. Penitentiary. There he remained from December 1962 to July of 1967. For several years he maintained close ties with his fiancée and their son, Ronald, who was born in January 1963. Not unexpectedly, this close relationship waned after several years. Yet Steele has maintained some contact with his son up to the present time.

In 1963, ten years after his conviction, the facilities for medical treatment at the institution remained inadequate. The problem is illustrated by the reports completed by correctional and parole officers in 1963. One prepared by Classification Officer T. Taylor reads in part:

One can only hope that in the near future a comprehensive forensic clinic will be established in the Lower Mainland area where individuals such as Steele may

[TRADUCTION] La dénonciation de la police indique que Steele a accosté une jeune fille de 19 ans, à 2 h du matin, le 23 juillet 1962 sous prétexte de lui demander comment se rendre à une rue donnée. Elle a refusé de lui parler. Il a alors reculé avec sa voiture sur le boulevard de manière à lui barrer la route, il est sorti de sa voiture et lorsque la jeune fille a tenté de s'enfuir, il lui a appliqué une clé de bras et a tenté de l'amener de force dans sa voiture. Au même moment, un autre automobiliste est passé par là, s'est arrêté, mais avant qu'il puisse faire quoi que ce soit, Steele s'était enfui dans sa voiture . . .

. . . Steele avait l'intention de se marier au cours du présent mois et je me demande si l'imminence de son mariage ne lui a pas causé des problèmes émotifs qu'il n'a pas su surmonter.

Malheureusement, Steele s'est présenté au cabinet du Dr McDonald à 18 h le 23 juillet 1962, sans que son médecin de famille ait dûment pris rendez-vous pour lui. J'avais expliqué cet arrangement à M. Hansen, mais il semble que Steele n'ait pas respecté ces directives. [. . .] Il était assez agressif quand il a quitté le cabinet. Huit heures plus tard, il aurait commis les infractions qu'on lui reproche.

^e Steele a été déclaré coupable de voies de fait simples et sa libération conditionnelle a été révoquée.

4. *L'emprisonnement, 1962-1970*

^f Steele a passé six mois à la ferme pénitentiaire d'Oakalla, puis est retourné au pénitencier de la Colombie-Britannique. Il y est resté de décembre 1962 à juillet 1967. Pendant plusieurs années, il a entretenu des relations étroites avec sa fiancée et leur fils, Ronald, né en janvier 1963. Comme on pouvait s'y attendre ces relations étroites se sont estompées après quelques années. Steele a quand même gardé un certain contact avec son fils jusqu'à aujourd'hui.

^g En 1963, dix ans après que Steele eut été déclaré coupable, les services de traitement médical dans cet établissement étaient encore insuffisants. Les rapports préparés par les agents de correction et de libération conditionnelle en 1963 illustrent ce problème. Le rapport de l'agent de classement T. Taylor souligne notamment:

^h [TRADUCTION] On ne peut qu'espérer que soit prochainement mise en place une clinique de médecine légale dans le secteur de Lower Mainland, où des personnes

have a chance of recovery through the appropriate psychiatric facilities. In the meantime no such clinic is available and parole is not recommended for Steele.

Field Representative B. K. Stevenson stated:

In order to protect the community it is recommended that this inmate remain in custody for a further period even though his disorder is virtually untreatable with the present resources at hand.

By 1964 there were many who were recommending that Steele would be better off under supervision in the community than in the penitentiary. Dr. MacDonald stated:

It is my candid opinion that we are not going to be able to rehabilitate this man by keeping him indefinitely in prison. It is also my opinion that if he had been able to avail himself of the services of a forensic clinic after his release in 1960, and had been closely followed up in psychotherapy, he might well have avoided returning to the B.C. Penitentiary.

Deputy Warden W. H. Collins took the same position. He recommended that Steele be released on parole. It was his opinion that the institution was not going to rehabilitate Steele and that he needed guidance but not the type that could be given in an institution.

Field Representative P. D. Redecopp also recommended that Steele "be given another chance" and warned that "[i]f we don't try him now, a few years from now the prognosis will probably be poorer". Dr. A. M. Marcus, a psychiatrist from the University of British Columbia, gave a guardedly optimistic assessment of Steele's personality and stated that "[h]e has the opportunity to do well, should he leave the institution . . ."

Despite these favourable recommendations, when Steele's case was reviewed by a panel of experts on March 8, 1965 it was concluded that:

In spite of the somewhat improved report submitted by Dr. Marcus on August 24, 1964, it would appear that unless complete and total control is exercised over this man when he returns to the community, additional offences will be committed. It is impossible to guarantee

comme Steele auront la possibilité de guérir grâce à des services psychiatriques appropriés. D'ici à ce que ce soit fait, il n'existe pas de telle clinique de sorte que je ne recommande pas la libération conditionnelle de Steele.

^a Le représentant communautaire B. K. Stevenson dit:

[TRADUCTION] Pour protéger la société, je recommande que ce détenu soit maintenu sous garde plus longtemps même s'il est pratiquement impossible de traiter les troubles dont il souffre avec les ressources dont nous disposons maintenant.

^c À partir de 1964, de nombreuses personnes ont exprimé l'avis que Steele serait mieux en liberté surveillée dans la société plutôt qu'au pénitencier. Le docteur MacDonald a écrit ceci:

[TRADUCTION] Je crois tout bonnement que nous ne pourrions pas réadapter cet homme en le maintenant indéfiniment incarcéré. Je crois aussi que s'il avait eu accès aux services d'une clinique de médecine légale après sa libération en 1960, et s'il avait été suivi de près par un psychothérapeute, il aurait bien pu éviter de revenir au pénitencier de la Colombie-Britannique.

^e Le sous-directeur W. H. Collins a exprimé le même avis. Il avait recommandé que Steele soit libéré conditionnellement. Selon lui, l'établissement ne pourrait pas réadapter Steele et il avait besoin d'un suivi différent de ceux que l'établissement pouvait lui offrir.

^g Le représentant communautaire P. D. Redecopp a aussi recommandé de [TRADUCTION] «donner une autre chance» à Steele et il a souligné que «[s]i nous ne le mettons pas à l'épreuve tout de suite, dans quelques années les chances de réussite seront probablement moindres». Le docteur A. M. Marcus, psychiatre à l'Université de la Colombie-Britannique, a fourni une évaluation modérément optimiste de la personnalité de Steele et il a affirmé que [TRADUCTION] «[i]l a la possibilité de s'en tirer, s'il quitte l'établissement. . .»

ⁱ Malgré ces recommandations favorables, lors de l'examen du cas de Steele par un comité d'experts, le 8 mars 1965, ceux-ci ont conclu:

[TRADUCTION] En dépit du rapport un peu plus favorable présenté par le Dr. Marcus, le 24 août 1964, il semble qu'à moins d'être soumis à un contrôle absolu quand il sera renvoyé dans la société, cet homme commettra d'autres infractions. Il est impossible d'assurer qu'il n'y

that there will be no alcohol in his environment and no after-care agency is capable of providing the total control that seems to be required. Perhaps when a forensic clinic is established in this area and competent psychiatric follow-up available through it then a second opportunity could be given to this dangerous sexual offender. At the present time, however, we would not be prepared to support parole and can only recommend that no action be taken with respect to his present review.

From 1965 to 1968 Steele seemed to lose hope and his situation deteriorated. Although his eligibility for parole was reviewed on an annual basis it was deferred each year. When he was interviewed by parole officials, Steele conceded that he was “just putting in time” and when asked in 1966 if he would apply for parole, he stated “what’s the use”. In 1968 he was transferred to Agassiz Correctional Work Camp and there he seemed to improve. However, B. B. Smyth, the Classification Officer at the camp, observed that Steele “has become dependent upon the institution in respect to leading an orderly and productive life”. Yet again the lack of medical treatment seemed to undermine Steele’s chances of being released. Parole Officer Fred Jones examined Steele in 1968 and reported:

As far as I am concerned I see no indication in the institution report that there has been any kind of treatment program embarked on by the staff that would make some effort to bring about a change or better still to find out just what the difficulty is in Steele and try to do something about it. . . . I think it is unrealistic for the Parole Board to consider a dangerous sex offender for parole until such a program has been embarked on or until such time as he is too old, feeble, and infirmed to present a threat

His evaluation was just as pessimistic in 1969.

Others again took the position that Steele’s prospects would be better in the community than in jail. Dr. J. C. Bryce, who interviewed Steele at Dr. MacDonald’s request, concluded:

aura pas d’alcool dans son milieu et aucune agence d’assistance post-pénale ne peut exercer le contrôle absolu qui paraît nécessaire. Peut-être, quand on aura établi, dans notre secteur, une clinique de médecine légale où on pourra disposer du suivi psychiatrique approprié pourra-t-on donner une deuxième chance à ce délinquant sexuel dangereux. Pour le moment, toutefois, nous ne sommes pas disposés à nous prononcer en faveur d’une libération conditionnelle et nous ne pouvons que recommander que le présent examen n’entraîne aucune mesure concrète.

De 1965 à 1968, Steele a semblé perdre espoir et sa situation s’est détériorée. Bien que la possibilité de sa libération conditionnelle ait été étudiée chaque année, celle-ci était reportée d’année en année. Aux agents de libération conditionnelle qui l’interviewait, Steele a admis qu’il [TRADUCTION] «faisait seulement du temps» et quand on lui a demandé s’il ferait une demande de libération conditionnelle, il a répondu [TRADUCTION] «à quoi bon?» En 1968, on l’a transféré au camp de correction d’Agassiz et il a semblé y faire des progrès. Cependant, l’agent de classement du camp, B. B. Smyth, a fait remarquer que Steele [TRADUCTION] «dépendait maintenant de l’établissement pour mener une vie ordonnée et productive». Encore là, l’absence de traitement médical semble avoir nui aux chances de Steele d’être libéré. L’agent de libération conditionnelle Fred Jones a examiné Steele en 1968 et a fait le rapport suivant:

[TRADUCTION] Quant à moi, je ne vois rien dans le rapport de l’établissement qui indique que le personnel ait tenté de mettre sur pied un programme de traitement qui viserait à provoquer un changement quelconque, ou mieux encore, qui viserait à identifier ce qui ne va pas chez Steele et à y remédier. [...] Je crois qu’il est irréaliste pour la Commission des libérations conditionnelles d’envisager la libération conditionnelle d’un délinquant sexuel dangereux avant qu’un tel programme soit appliqué ou avant que le sujet soit si vieux, si faible et si diminué qu’il ne présente plus aucun danger . . .

Son évaluation était tout aussi pessimiste en 1969.

D’autres personnes ont exprimé l’avis que les chances de Steele seraient meilleures dans la société qu’en milieu carcéral. Le docteur J. C. Bryce, qui a interviewé Steele à la demande du Dr MacDonald, conclut ceci:

On the basis of the present interview I feel that this man is as well as we can hope for, that continued incarceration is definitely likely to be harmful and that he should be paroled forthwith.

Classification Officer Smyth reported that Steele was in a "rut . . . that is getting deeper year by year". He recommended parole on the following basis:

Provided the psychiatric reports are favourable and a constructive post-release planning is undertaken . . . parole is recommended as the next step in his rehabilitation.

Despite these recommendations, parole was still deferred in 1969.

Steele himself appreciated that he was in a "Catch-22" situation. In 1970 he wrote to the Parole Board complaining that he had little hope for release unless he could receive psychiatric treatment. He asked if the Board would consider parole to an institution where he could undertake a definite program of treatment. He expressed his willingness to cooperate and undergo treatment in this way:

Would the Board consider paroling me to an institution where a definite program of treatment can be undertaken? I am aware that there are no federal institutions with such a program. Riverview Mental Hospital in New Westminster has such a program. What about the new research centre at the University of B.C.? Is there a clinic in Penatung, Ontario, that offers a treatment program for sex offenders?

My parents would be willing to assume the expense of this treatment if necessary.

Subsequent to the receipt of this letter the Parole Board decided to convene a psychiatric panel to examine Steele and report on his condition prior to his parole review in 1970. Further, the penitentiary allowed Steele to visit his family and friends in Vancouver on three-day supervised passes over a six-month period.

[TRADUCTION] D'après l'entrevue qui vient d'avoir lieu, j'estime que le sujet est dans le meilleur état qu'il est possible d'espérer le voir, que la prolongation de son incarcération peut certainement lui être néfaste et qu'il devrait être libéré conditionnellement tout de suite.

L'agent de classement Smyth a mentionné dans un rapport que Steele était [TRADUCTION] «dans une ornière [. . .] qui devient de plus en plus profonde d'une année à l'autre». Il a recommandé sa libération conditionnelle pour les motifs suivants:

[TRADUCTION] Pourvu que les rapports psychiatriques soient favorables et qu'on procède à la planification constructive de la période post-pénale [. . .] je recommande la libération conditionnelle comme prochaine étape de sa réadaptation.

Malgré ces recommandations, la libération conditionnelle a encore été remise à plus tard en 1969.

Steele lui-même se rendait compte qu'il se trouvait dans une situation sans issue. En 1970, il a écrit à la Commission des libérations conditionnelles pour se plaindre qu'il avait peu d'espoir d'être libéré à moins de pouvoir suivre un traitement psychiatrique. Il a demandé si la Commission pouvait envisager de lui accorder une libération conditionnelle dans un établissement où il pourrait suivre un programme précis de traitement. Il a fait état de sa volonté de coopérer avec la Commission et de suivre un traitement dans les termes suivants:

[TRADUCTION] La Commission serait-elle prête à m'accorder la libération conditionnelle dans un établissement où il est possible de suivre un programme précis de traitement. Je sais qu'il n'y a pas d'établissement fédéral qui offre pareil programme. L'hôpital psychiatrique Riverview de New Westminster offre un tel programme. Qu'en est-il du nouveau centre de recherches de l'Université de la Colombie-Britannique? Existe-t-il, à Penatung, en Ontario, une clinique qui offre un programme de traitement pour les délinquants sexuels?

Mes parents seraient prêts à assumer les dépenses de ce traitement, s'il le faut.

Après avoir reçu cette lettre, la Commission des libérations conditionnelles a décidé de réunir un comité de psychiatres pour examiner Steele et faire rapport sur son état avant l'examen de sa demande de libération, en 1970. De plus, pendant une période de six mois, l'établissement pénitentiaire a permis à Steele de rendre visite à sa famille et à des amis à Vancouver dans le cadre de sorties surveillées de trois jours.

In 1970, Steele was examined by psychiatrists Dr. E. Lipinski and Dr. G. Ross Bulmer and by a psychologist, Dr. L. Pulos. All three recommended that Steele be released although they emphasized that he should have extensive supervision and treatment. Dr. Lipinski thought that Steele would do well in a half-way house. Dr. Bulmer found “the degree of probability of his violating [the sexual offence provisions of the *Criminal Code*] to be less than average”. On the basis of these and other recommendations, the National Parole Board granted Steele “parole in principle”.

5. *The Stay in a Half-way House, December 1970*

On December 2, 1970 Steele was transferred to the Georgia Release Centre, a half-way house in Vancouver. Two weeks later Steele went out drinking with another resident. He apparently made “passes” at some women who were drinking at a skid row hotel. When Steele and the other resident returned to the Centre, Steele asked to go out again for “groceries”. When the Centre’s staff refused permission he left on his own and did not return until 4:30 a.m. He was then transferred back to the B.C. Penitentiary. The reason for the transfer was expressed in this way by T. Watson, the Centre’s Superintendent:

The prime reason for transfer was that he would not admit to the offence and that I am convinced that he could not have made it through our program for four months (this does not mean he would commit a sexual offence) and the transfer might be of a therapeutic nature. [Emphasis added.]

It was apparent that Steele had been frustrated by the rules of the half-way house, which were more restrictive than those governing the three-day passes he had received earlier in 1970. Mr. Watson of the half-way house stated that he was prepared to have Steele back provided his program was “worked through” carefully. Nevertheless the

En 1970, les D^{rs} E. Lipinski et G. Ross Bulmer, psychiatres, et D^r L. Pulos, psychologue, ont examiné Steele. Tous les trois ont recommandé sa mise en liberté tout en soulignant qu’il devrait faire l’objet d’une surveillance étroite et suivre de nombreux traitements. Le docteur Lipinski a estimé qu’il serait indiqué d’envoyer Steele dans un foyer de transition. Le docteur Bulmer a conclu que [TRADUCTION] «la probabilité qu’il viole [les dispositions du *Code criminel* relatives aux infractions sexuelles] était inférieure à la moyenne». Compte tenu de ces recommandations ainsi que d’autres, la Commission nationale des libérations conditionnelles a accordé à Steele une [TRADUCTION] «libération conditionnelle en principe».

5. *Le séjour en foyer de transition, décembre 1970*

Le 2 décembre 1970, Steele a été envoyé au centre de libération Georgia, un foyer de transition de Vancouver. Deux semaines plus tard, Steele est allé boire avec un autre pensionnaire. Il aurait, semble-t-il, fait des «propositions» à des femmes qui prenaient une consommation dans un hôtel mal famé. Après être revenu au centre avec l’autre pensionnaire, Steele a demandé à ressortir pour acheter des «provisions». Après s’être fait refuser la permission de sortir par les préposés du centre, Steele est sorti sans permission et n’est rentré qu’à 4 h 30 du matin. Il a alors été renvoyé au pénitencier de la Colombie-Britannique. Monsieur T. Watson, directeur du centre, a exposé le motif de son renvoi dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Le motif principal de son renvoi tient à ce qu’il ne veut pas reconnaître qu’il a mal agi et que je suis convaincu qu’il n’aurait pas pu se rendre au bout de notre programme de quatre mois (cela ne signifie pas qu’il commettrait une infraction de nature sexuelle) et que le renvoi peut avoir un effet thérapeutique. [Je souligne.]

Il est évident que Steele supportait mal les règlements du foyer de transition qui étaient plus sévères que ceux qui s’appliquaient aux permissions de sortir pendant trois jours qu’il avait obtenues plus tôt en 1970. Monsieur Watson, du foyer de transition, a affirmé qu’il était prêt à reprendre Steele pourvu que son programme soit [TRADUC-

National Parole Board cancelled the parole with a further review set for one year later.

6. *Reincarceration, 1970 to 1980*

Between 1970 and 1972 Steele moved back and forth between the B.C. Penitentiary and the Agassiz Work Camp. He was granted and completed without incident several three-day passes during this period. A number of reports urged the National Parole Board to again release Steele to a halfway house. Still, the Board continued to defer parole.

Prior to the 1972 review, Mr. P. DesLauriers, a psychologist who reviewed Steele, recommended:

It would seem that therapy would be better served if the important matters in this case were remembered, and forgotten the short-lived incident that momentarily interrupted his march forward. The important matters at hand would be his participation in a positive community project that he has earned the right to become involved in.

This view was echoed by the Field Parole Officer William F. Foster:

Although subject did fail on his last period at the Community Release Center I think it might be noted that his failure was more based on adjustment problems than indications of a tendency to repeat his previous type of offence. For this reason I would suggest that consideration might be given to his transfer back to the Community Release Center in Vancouver. [Emphasis added.]

Classification Officer B. B. Smyth recommended parole in principle with gradual release. At the request of the National Parole Board, Dr. Lipinski and Dr. Pulos once again examined Steele. They both recommended that he be released under supervision. Despite this, the Board decided to defer parole for another year.

TION] «révisé soigneusement». Néanmoins, la Commission nationale des libérations conditionnelles a annulé la libération conditionnelle et fixé un nouvel examen annuel à un an plus tard.

^a 6. *La réincarcération, de 1970 à 1980*

^b De 1970 à 1972, Steele a fait la navette entre le pénitencier de la Colombie-Britannique et le camp de correction Agassiz. Pendant cette période, il eut la permission de prendre plusieurs congés de trois jours qui se sont déroulés sans incident. Dans un certain nombre de rapports, on a pressé la Commission nationale des libérations conditionnelles ^c d'envoyer de nouveau Steele dans un foyer de transition. Même à cela, la Commission a continué de remettre à plus tard sa libération conditionnelle.

^d Avant l'examen de 1972, M. P. DesLauriers, le psychologue qui avait examiné le cas de Steele, a fait la recommandation suivante:

[TRADUCTION] Il semblerait que l'on favoriserait sa thérapie en se rappelant ce qui importe en l'espèce et en oubliant l'incident passager qui a momentanément interrompu ses progrès. Ce qui importe pour le moment c'est ^e qu'il puisse participer à un projet communautaire formel auquel il a gagné le droit de participer.

^f L'agent communautaire de libération conditionnelle, William F. Foster, s'est dit également de cet avis:

[TRADUCTION] Bien que le sujet ait connu un échec lors de son dernier séjour au centre communautaire de libération, je crois que l'on pourrait faire remarquer que son échec tient à des problèmes d'adaptation plutôt qu'à la manifestation d'une tendance à commettre le même genre d'infractions que celles qu'il a déjà commises. ^g Pour ce motif, je propose qu'on étudie la possibilité de le renvoyer au centre communautaire de libération de Vancouver. [Je souligne.] ^h

ⁱ L'agent de classement B. B. Smyth a recommandé la libération conditionnelle en principe avec ^j élargissement progressif. À la demande de la Commission nationale des libérations conditionnelles, les D^{rs} Lipinski et Pulos ont de nouveau examiné Steele. Ils ont tous deux recommandé qu'il soit mis en liberté surveillée. Malgré cela, la Commission a décidé de reporter sa libération conditionnelle d'une autre année.

In July 1973, the Commissioner of Penitentiaries called for a review of all dangerous offenders who had been released on temporary passes. For the purposes of the Commissioner's inquiry, Steele was assessed by W. R. Kelly, a psychologist. He expressed the view that although Steele might encounter difficulties accepting parole regulations, he showed "no indications of abnormal sexual values or attitudes" and "is very unlikely to be a violent offender".

Later in 1973, a programme for the treatment of sexual offenders was finally established at the British Columbia Regional Medical Centre, renamed the Regional Psychiatric Centre in the mid-1970s. Early in 1974, Steele was transferred to the Centre in order that an evaluation could be carried out to determine whether he should be included in the Sexual Offenders' Programme. He was interviewed by psychiatrists Dr. Milton H. Miller and Dr. A. Saad and by psychologists F. M. Van Fleet and K. S. Oey. They all concluded that Steele by this time was not willing or ready to benefit from the Sexual Offenders' Programme. However, they were unanimous in their opinion that Steele should be released on a closely supervised parole. They stated that Steele would only deteriorate further if he remained in prison. The situation was summarized in the report of Mr. Van Fleet, the Centre's chief psychologist, in the following terms:

The sad fact is that this individual, who is barely able to cope with the normal demands of society, has already spent nearly twenty-one years of his life behind bars as a D.S.O. for two offences, both of which involved female victims, and both of which were bungled. Perhaps, if years ago, he had been given some guidance in making normal social-sexual contacts, his behaviour might have been different. Now, I believe, it is probably too late in his sentence for him to benefit much from our sexual-offenders programs. The fellow remains inadequate.

Whether or not he remains a threat to society I cannot predict. Certainly I can foresee circumstances in which he might still have problems, but in spite of this and the

En juillet 1973, le Commissaire des pénitenciers a ordonné l'examen des cas de tous les délinquants dangereux qui avaient obtenu des permissions de sortir. Dans le cadre de l'examen ordonné par le Commissaire, Steele a été examiné par le psychologue W. R. Kelly. Celui-ci a été d'avis que même si Steele pouvait avoir de la difficulté à accepter le règlement des libérations conditionnelles, il ne donnait [TRADUCTION] «pas de signes de valeurs ou d'attitudes anormales à l'égard de la sexualité», et qu'il était «très improbable qu'il commette quelque crime de violence».

Plus tard, au cours de l'année 1973, le centre médical régional de la Colombie-Britannique a finalement établi un programme de traitement à l'intention des délinquants sexuels. Ce centre a été rebaptisé Centre régional de psychiatrie au milieu des années 1970. Au début de 1974, Steele a été envoyé à ce centre afin d'être évalué pour savoir s'il devait participer au programme de traitement des délinquants sexuels. Les docteurs Milton H. Miller et A. Saad, psychiatres, et MM. F. M. Van Fleet et K. S. Oey, psychologues, ont examiné Steele. Ils ont tous conclu que celui-ci ne voulait pas alors participer au programme destiné aux délinquants sexuels et qu'il n'en tirerait aucun avantage. Par contre, ils ont tous été d'avis que Steele devrait jouir d'une libération conditionnelle assortie d'un régime de surveillance étroit. Ils ont affirmé que l'état de Steele ne pouvait qu'empirer s'il demeurait incarcéré. Le rapport de M. Van Fleet, psychologue en chef du centre, résume la situation dans les termes suivants:

[TRADUCTION] La triste réalité est que cet individu arrive à peine à répondre aux exigences normales de la société et qu'il a déjà passé près de vingt et un ans de sa vie en prison comme délinquant sexuel dangereux, à cause de deux infractions dont les victimes étaient de sexe féminin et qui ont échoué. Peut-être que si, il y a plusieurs années, on lui avait enseigné la manière d'avoir des relations sociales et sexuelles normales, son comportement aurait changé. Aujourd'hui, je crois qu'il est probablement trop tard pour qu'il puisse profiter de nos programmes de traitement destinés aux délinquants sexuels. Le sujet demeure inadapté.

Je ne puis dire s'il constitue encore une menace pour la société. Je puis certainement prévoir des situations dans lesquelles il pourrait rencontrer des difficultés, mais en

lengthy sentence he has served, I would argue for his release on mandatory supervision.

In 1973, Steele brought an application for judicial review under s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10. In the course of the preparation for that application he was examined by Dr. Robert Halliday, a psychiatrist. It was the opinion of Dr. Halliday that Steele was not, at that time, a criminal psychopath and that he was not a dangerous sexual offender within the meaning of s. 687 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. He further expressed the view that Steele was not in any way likely to cause injury or pain to any person "through failure in the future to control his sexual impulses".

The application was dismissed in 1975. The reasons do not form part of the material on this appeal. However, the evidence suggests that the Board was concerned by the application and believed there might be further court proceedings. At Steele's 1976 parole review the Board invited him to submit a proposal for a two-to-five year gradual release which was to begin with a stay at a minimum security institution. Unfortunately, this plan became unworkable as a result of new prison regulations that excluded dangerous sexual offenders from minimum security institutions.

In June 1976, in a fit of depression, Steele escaped from Mountain Institution but returned the same evening. At that time he was diagnosed as a "serious suicidal risk".

In 1977, Steele was transferred for a second assessment at the Regional Psychiatric Centre at the request of the Parole Board. Although he was admitted for a 90-day assessment, he arranged for his own discharge after 34 days. In her discharge report, psychiatrist Florence L. Nichols did not make any recommendation as to whether or not Steele should be released, although she emphasized that any release would have to be carefully supervised. In 1977, on Steele's application for

dépit de cela et de la longue peine qu'il a purgée, je plaide en faveur de sa mise en liberté surveillée.

En 1973, Steele a présenté une demande d'examen judiciaire fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10. Lors de la préparation de cette demande, il a été examiné par le Dr Robert Halliday, psychiatre. Le docteur Halliday a estimé qu'à l'époque Steele n'était pas atteint de psychopathie criminelle et qu'il n'était pas un délinquant sexuel dangereux au sens de l'art. 687 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Il a aussi exprimé l'avis qu'il était tout à fait improbable que Steele cause une lésion corporelle ou une douleur à quelqu'un «à cause de son impuissance à maîtriser à l'avenir ses impulsions sexuelles».

La demande a été rejetée en 1975. Les motifs n'ont pas été produits avec les pièces du présent pourvoi. Cependant, la preuve semble indiquer que cette demande préoccupait la Commission qui croyait qu'il pourrait y avoir d'autres procédures judiciaires. Lors de l'examen du cas de Steele en 1976, la Commission l'a invité à soumettre un projet d'élargissement progressif sur une période de deux à cinq ans qui devait commencer par un séjour dans un établissement à sécurité minimale. Malheureusement, ce projet est devenu irréalisable à cause des nouveaux règlements pénitentiaires qui écartaient les délinquants sexuels dangereux des établissements à sécurité minimale.

En juin 1976, dans un moment de dépression, Steele s'est échappé de l'établissement Mountain, mais est rentré le soir même. À ce moment-là, on a diagnostiqué chez lui [TRADUCTION] «un risque grave de suicide».

En 1977, à la demande de la Commission des libérations conditionnelles, Steele a été envoyé au Centre régional de psychiatrie pour y subir une deuxième évaluation. Bien qu'il y ait été admis pour une période de 90 jours, il s'est arrangé pour obtenir son renvoi après 34 jours. Dans le rapport de renvoi, la psychiatre Florence L. Nichols n'a pas formulé de recommandation sur l'opportunité de libérer Steele, bien qu'elle ait souligné que toute mise en liberté devrait être assortie d'une surveil-

parole, the Board denied the application. They gave the following reasons:

This decision was made because the Board feels you are still too much of a risk for release. They indicated concern regarding drinking alcohol, marijuana use, your denial of any problems, past effort and lack of insight into your behaviour.

In 1978, the Parole Board recommended that Steele be treated under the Sexual Offenders' Programme. Once again he was referred to the Regional Psychiatric Centre and found unsuitable for the programme. The reasons for his unsuitability are set out in the report of Elsie Candlish, R.N. She stated:

It is of the writer's opinion that this man is unsuitable for the Sexual Offenders program; this being based on the following reasons:

1. His age
2. His complete denial of problems
3. His total lack of insight
4. His severe impairment of judgment
5. His pre-occupation with getting on the street

In 1979, Steele was evaluated by two eminent psychiatrists, Dr. Derek Eaves and Dr. Jim Tyhurst. Dr. Eaves' assessment was very pessimistic. He found Steele to be an "immature, egocentric, ebullient and insensitive person" who "has shown little capacity for relating to women in an appropriate manner and still regards them as sexual objects". He could not make any positive recommendations and suggested that Steele's rehabilitation might prove impossible.

Dr. Tyhurst, on the other hand, recommended his parole "unequivocally". Although he found Steele to be socially naive, of limited intelligence, and to have an incipient although not severe problem with alcohol, he concluded that "[w]ith supervision and with a planned and staged programme of rehabilitation—including continuous attention to alcohol—I would not anticipate that he would be a hazard to himself or others". In that same

lance étroite. En 1977, la Commission a rejeté la demande de libération conditionnelle présentée par Steele. Elle a donné les motifs suivants:

[TRADUCTION] La décision procède de ce que la Commission estime que vous présentez encore un trop grand risque pour être libéré. La Commission a fait part de son inquiétude concernant la consommation de boissons alcooliques, l'usage de marijuana, le fait que vous niez avoir quelque problème, l'absence d'effort de votre part dans le passé et le manque de perspicacité dans votre conduite.

En 1978, la Commission des libérations conditionnelles a recommandé que Steele suive un traitement dans le cadre du programme destiné aux délinquants sexuels. On l'a encore une fois confié au Centre régional de psychiatrie qui l'a jugé inapte à suivre ce programme. Dans son rapport, l'infirmière diplômée Elsie Candlish expose ainsi les motifs de son inaptitude:

[TRADUCTION] À mon avis, le sujet est inapte à suivre le programme destiné aux délinquants sexuels, pour les motifs suivants:

1. son âge;
2. le fait qu'il nie totalement avoir des problèmes;
3. son manque total de perspicacité;
4. sa capacité très limitée de jugement;
5. sa hantise d'être libre.

En 1979, Steele a été examiné par deux psychiatres éminents, les D^{rs} Derek Eaves et Jim Tyhurst. L'évaluation du D^r Eaves a été très négative. Il a conclu que Steele était [TRADUCTION] «immature, égocentrique, exubérant et insensible», qu'il avait «manifesté peu de capacité d'avoir des relations normales avec les femmes qu'il considère encore comme des objets sexuels». Il n'a pu faire aucune recommandation précise et il a même mentionné que la réadaptation de Steele pourrait fort bien se révéler impossible.

Par contre, le D^r Tyhurst a recommandé [TRADUCTION] «sans aucune hésitation» sa libération conditionnelle. Bien qu'il ait jugé que Steele était naïf du point de vue social et doué d'une intelligence limitée, et qu'il avait un problème naissant, quoique léger, de consommation d'alcool, il a conclu ceci: [TRADUCTION] «[à] la condition d'être surveillé et soumis à un programme progressif de réadaptation—comprenant un suivi sur la question

year the Parole Board once again denied parole but allowed Steele to begin a programme of escorted passes for one day each month to visit his parents and his 16-year-old son, Ronald.

7. *Temporary Passes, 1980-1987*

From 1980 through 1987, Steele was allowed to visit relatives and friends in Vancouver on escorted temporary passes. The assessments of Steele's adjustment during these escorted passes were positive. Classification Officer Vasha Stary, for example, reported:

Today at 45 Ted Steele is sober, careful, somewhat naive psychologically but matured emotionally. I do not believe he poses a physical danger to anyone.

Despite this report, Dr. Eaves, when he interviewed Steele a second time, reported that there had been "an apparent but not a real change in his personality". He was of the opinion that Steele remained a "poor parole risk over the long term, although his energy and enthusiasm might promote initial success". On the other hand, Dr. W. J. Ross, a psychologist who had assessed Steele on a number of occasions, recommended that he be released to a half-way house on gradual parole. When the Board denied Steele's application for unescorted temporary passes in 1981, Dr. Ross wrote:

Mr. Steele is most unlikely to make any significant improvement while in prison for the following reasons: he has been in prison many years and cannot adequately incorporate life outside of prison and its problems into his make up without experiencing it . . .

Ted's ability to change significantly really hinges on his becoming considerably older, senile or physically incapacitated and then being released to a nursing home to expire or remaining in prison to die here. The only other choice seems to realistically be releasing him now at what is relatively a high point in his life with his family, his hopes, his fears, etc. into a close monitored living situation (as was discussed in earlier reports)

de l'alcool—je ne prévois pas que Steele présentera un danger pour lui-même ou pour les autres». La même année, la Commission des libérations conditionnelles a, une fois de plus, refusé la libération conditionnelle de Steele, mais l'a autorisé à se prévaloir d'un programme de sorties avec surveillance d'une journée par mois pour rendre visite à ses parents et à son fils Ronald, âgé de seize ans.

b 7. *Les permissions de sortir, 1980-1987*

De 1980 à 1987, Steele a eu l'autorisation de rendre visite à ses parents et amis à Vancouver en vertu de permissions de sortir avec surveillance.

c Les évaluations de l'adaptation de Steele pendant ces sorties surveillées sont positives. Par exemple, l'agent de classement Vasha Stary y dit ceci:

[TRADUCTION] Aujourd'hui, à 45 ans, Ted Steele est sobre, soigneux, un peu naïf du point de vue psychologique, mais mûr du point de vue émotif. Je ne crois pas qu'il présente un danger physique pour qui que ce soit.

Malgré ce rapport, après avoir interviewé Steele une deuxième fois, le Dr Eaves a signalé qu'il y avait eu [TRADUCTION] «un changement apparent, mais non réel, de sa personnalité». Il a exprimé l'avis que Steele demeurerait [TRADUCTION] «un candidat à la libération conditionnelle qui présente des risques à long terme, même si son énergie et son enthousiasme pourraient donner de bons résultats au début». D'autre part, le Dr W. J. Ross, psychologue, qui avait évalué Steele à maintes reprises, a recommandé qu'il soit envoyé dans un foyer de transition dans le cadre d'une mise en liberté conditionnelle progressive. Lorsque la Commission a refusé à Steele sa demande de permission de sortir sans surveillance en 1981, le Dr Ross a écrit ceci:

h [TRADUCTION] Pour les raisons qui suivent, il est très improbable que M. Steele fasse quelque progrès important s'il demeure incarcéré: il a passé de nombreuses années en prison et ne peut s'adapter à la vie extérieure et à ses problèmes sans en faire l'expérience . . .

i La capacité de changement important chez Ted tient uniquement au fait qu'il vieillira, deviendra sénile ou physiquement diminué et qu'il sera alors envoyé dans une maison de retraite ou gardé en prison jusqu'à sa mort. La seule autre solution réaliste consiste à le libérer tout de suite alors qu'il s'organise assez bien avec sa famille, ses espoirs et ses craintes, pourvu que ce soit dans un cadre de vie étroitement surveillé (tel que

where he would have the opportunities to learn by incorporation into his being the rules that one must live by with others and learning to appreciate the needs, feelings and welfare of everyone about him.

Is the board prepared to tell him we think you should spend the rest of your life in prison?

During the period from 1980 to 1986, Steele manifested an increasing frustration with the parole procedure. In 1982, when he was in Vancouver on a shopping trip with an escort, he left without authorization, went to see his parents and returned to Mountain Institution on his own initiative later the same day. From 1983 to 1985, he refused to appear before the National Parole Board for its annual reviews. At this time he seems to have put his faith in a *habeas corpus* application. Apparently his lawyer anticipated that there would be a judicial review for sexual offenders sentenced under the pre-1977 provisions for indeterminate detention. When the Solicitor General announced that there would be no such judicial review, Steele appeared before the Parole Board once again in 1986 and 1987.

In 1984 and 1985, Steele was interviewed by psychiatrists Dr. Joseph A. Noone and Dr. Tyhurst. Dr. Noone noted that Steele had been assessed by a "Who's Who of Western Canadian forensic experts" but that he "has been essentially untreated for any of his pathology and, in addition, has become institutionalized in prison ways to a degree". Dr. Noone wrote:

In this case, society is presently at the stage of reaping the seeds sown some thirty years ago when an adolescent sex offender with a disordered personality received an indeterminate sentence with release being contingent on his recovery from pathology for which no treatment has taken place.

In Dr. Noone's view, Steele was still a sexual psychopath but he was unable to predict whether Steele was a dangerous individual. It was his

discuté dans les rapports antérieurs) dans lequel il aurait l'occasion d'apprendre par expérience les règles qu'il faut respecter avec autrui et de prendre conscience des besoins, des sentiments et du bien-être de ceux qui l'entoureront.

La commission est-elle prête à lui dire que nous estimons qu'il doit passer le reste de sa vie en prison?

De 1980 à 1986, Steele s'est montré de plus en plus frustré à l'égard du processus de libération conditionnelle. En 1982, alors qu'il se trouvait à Vancouver pour faire des emplettes avec un surveillant, il s'est absenté sans autorisation, est allé chez ses parents et est rentré à l'établissement Mountain de lui-même plus tard le même jour. De 1983 à 1985, il a refusé de comparaître devant la Commission nationale des libérations conditionnelles pour l'examen annuel de son cas. À ce moment-là, il semblait fonder des espoirs sur une demande d'*habeas corpus*. Il semble que son avocat prévoyait qu'il y aurait un examen judiciaire du cas de tous les délinquants sexuels condamnés à l'emprisonnement pour une durée indéterminée en vertu des dispositions antérieures à celles de 1977. Après que le Solliciteur général eut annoncé qu'il n'y aurait pas de tel examen judiciaire, Steele a comparu de nouveau devant la Commission des libérations conditionnelles en 1986 et 1987.

En 1984 et 1985, Steele a été examiné par les D^{rs} Joseph A. Noone et Tyhurst, psychiatres. Le docteur Noone a souligné que Steele avait été examiné par [TRADUCTION] «la crème des spécialistes en médecine légale de l'Ouest canadien», mais «qu'il n'a été réellement traité pour aucun de ses problèmes et qu'en plus il a, dans une certaine mesure, pris l'habitude de vivre en prison». Le docteur Noone écrit:

[TRADUCTION] Dans ce cas-ci, la société récolte le fruit de ce qu'elle a semé il y a une trentaine d'années en condamnant un délinquant sexuel adolescent à l'emprisonnement pour une durée indéterminée et en rendant sa mise en liberté conditionnelle à la guérison d'un état pathologique pour lequel il n'a reçu aucun traitement.

De l'avis du D^r Noone, Steele était encore atteint de psychopathie sexuelle et il ne pouvait pas dire si celui-ci était dangereux. Il a recom-

recommendation that Steele be treated in a specialized sexual offenders programme.

Dr. Tyhurst, once again, recommended unequivocally that Steele be paroled.

In January 1986, the Parole Board permitted Steele to undertake a programme of unescorted temporary passes of eight hours twice each month. Steele adapted well to this programme. He visited Dr. Tyhurst once each month. In December, he was granted longer unescorted temporary passes which permitted him to come to the Robson Centre, a half-way house in Vancouver, for 48 hours each month. Steele successfully completed five of these passes. However, on May 6, this programme was suspended when Steele left the half-way house without permission. He apparently had been drinking with a friend, Donna Moorman. When he returned to the Robson Centre he realized that the staff might smell alcohol on his breath and he left the Centre. He spent the night with friends, visited Donna Moorman once again in the morning and then voluntarily turned himself in.

Despite this setback, Steele's outlook at this time was optimistic. He was excited about an anticipated legal action to be brought on his behalf. He had, as well, established a good relationship with a psychologist, Dr. Peggy Koopman, who was extremely supportive of his bid for release. Shortly before his scheduled annual review in 1988, Steele was re-assessed by Dr. Noone at the request of his parole officer. Again, Dr. Noone submitted a negative report and suggested that there should be a moratorium on parole applications until the result of Steele's legal action was known. The Parole Board denied parole or any other form of conditional release in 1988, 1989 and 1990. Steele did not appear at any of these reviews.

mandé que Steele suive un programme de traitement spécialement destiné aux délinquants sexuels.

^a Le docteur Tyhurst a, de nouveau, recommandé sans hésitation la libération conditionnelle de Steele.

^b En janvier 1986, la Commission des libérations conditionnelles a permis à Steele de se prévaloir d'un programme de sorties sans surveillance de huit heures, qui auraient lieu deux fois par mois. Steele s'est bien adapté à ce programme. Il rendait visite au D^r Tyhurst une fois par mois. En décembre, il a reçu l'autorisation d'effectuer des sorties sans surveillance plus longues, qui lui ont permis de se rendre au centre Robson, un foyer de transition de Vancouver, pour y séjourner pendant 48 heures chaque mois. Cinq de ces sorties de Steele se sont déroulées sans problème. Cependant, le 6 mai, ce programme a été interrompu parce que Steele avait quitté le foyer de transition sans autorisation. Il avait, semble-t-il, consommé de l'alcool avec une amie nommée Donna Moorman. Lorsqu'il est revenu au centre Robson, il s'est rendu compte que le personnel pourrait déceler l'odeur d'alcool dans son haleine et il a quitté le centre. Il a passé la nuit chez des amis, a de nouveau rendu visite à Donna Moorman dans la matinée et s'est ensuite livré volontairement.

^g Malgré cet échec, Steele demeurait optimiste à l'époque. Il était enthousiasmé à l'idée qu'une action judiciaire serait engagée pour son compte. Il avait de plus établi de bons rapports avec une psychologue, le D^r Peggy Koopman, qui encourageait énormément dans sa demande de mise en liberté. Peu avant la tenue de l'examen annuel de son cas, en 1988, Steele a de nouveau été examiné par le D^r Noone à la demande de son agent de libération conditionnelle. Le docteur Noone a une fois de plus présenté un rapport négatif et proposé qu'on suspende les demandes de libération conditionnelle jusqu'à ce que l'issue de l'action judiciaire de Steele soit connue. La Commission des libérations conditionnelles a refusé la libération conditionnelle ou toute autre forme de mise en liberté sous condition en 1988, 1989 et 1990. Steele n'a comparu à aucun de ces examens.

Judgments Below

Judge of First Instance, Paris J. (1989), 72 C.R. (3d) 58

In December 1988, Steele filed a petition seeking an order in the nature of *habeas corpus* with *certiorari*, and relief pursuant to s. 24(1) of the *Charter*. It was alleged that his continued detention constituted cruel and unusual punishment in violation of s. 12 of the *Charter*.

On the application, Paris J. heard evidence from Dr. Marcus, Dr. Koopman and Dr. Noone. Dr. Marcus, who had interviewed Steele on a number of occasions during the 1960s, testified that Steele was now not a paedophile, had no obsession or compulsion to engage in sexual assaults, and did not present any hazard to the community. Dr. Koopman testified that Steele suffered from a lack of emotional response and inability to profit from experience, but stated that he was not markedly pathological. Dr. Noone testified that his review of Steele's record indicated that he had a desire for forced sex with women, although he did not believe that Steele was a paedophile. He stated that Steele was "essentially untreated for a severe psychopathic personality and a pathological rape pattern".

Paris J. began by considering his jurisdiction to review Steele's continued detention. He relied upon the reasoning set out in *Mitchell v. Attorney General of Ontario* (1983), 35 C.R. (3d) 225. In that case, Linden J. held that the execution or carrying out of a sentence can be reviewed at any time under the *Charter* without retrospectively applying the *Charter* to the original pronouncement of a sentence. Paris J. observed that in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, and *R. v. Milne*, [1987] 2 S.C.R. 512, this Court had upheld the constitutionality of the dangerous offender sentencing provisions found in the *Criminal Code*. The majority reasons given by La Forest J. in *Milne* had expressly left undecided the validity of

Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Le juge Paris de première instance (1989), 72 C.R. (3d) 58

^a En décembre 1988, Steele a présenté une requête en vue d'obtenir une ordonnance tenant d'un *habeas corpus* assorti d'un *certiorari* et une réparation conformément au par. 24(1) de la *Charte*. On y soutenait que la prolongation de la détention constituait une peine cruelle et inusitée contrairement à l'art. 12 de la *Charte*.

^b À l'audition de la requête, le juge Paris a entendu les témoignages des D^{rs} Marcus, Koopman et Noone. Le docteur Marcus, qui avait interviewé Steele à quelques reprises pendant les années soixante a témoigné que celui-ci n'était pas présentement pédophile, qu'il n'avait pas de tendance obsessionnelle ou compulsive à commettre des agressions sexuelles et qu'il ne présentait aucun risque pour la société. Le docteur Koopman a affirmé que Steele souffrait d'une absence de réaction émotive et d'une incapacité de tirer parti de ses expériences, mais elle a affirmé qu'il n'était pas un cas de pathologie caractérisée. Le docteur Noone a témoigné que son examen du dossier de Steele révélait que ce dernier éprouvait le désir d'avoir des relations sexuelles forcées avec des femmes, mais il ne croyait pas qu'il était pédophile. Il a affirmé que Steele [TRADUCTION] «n'avait été réellement traité ni pour une psychopathie grave, ni pour une tendance pathologique au viol».

^c Le juge Paris a commencé par analyser s'il avait compétence pour examiner la prolongation de l'incarcération de Steele. Il a invoqué le raisonnement exposé dans l'arrêt *Mitchell v. Attorney General of Ontario* (1983), 35 C.R. (3d) 225. Dans cet arrêt, le juge Linden a statué que l'exécution d'une peine peut faire l'objet d'un examen n'importe quand en vertu de la *Charte* sans que celle-ci soit appliquée rétroactivement à l'imposition initiale de la peine. Le juge Paris fait observer que dans les arrêts *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, et *R. c. Milne*, [1987] 2 R.C.S. 512, notre Cour avait confirmé la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* relatives aux peines visant les délinquants dangereux. La Cour à la majorité dans l'arrêt *Milne*, dont le

Linden J.'s ruling in *Mitchell*. Paris J. concluded that the decision in *Mitchell* could still be applied and that he was therefore entitled to review Steele's continuing detention to determine whether, even though it was lawfully imposed, it now violated s. 12 of the *Charter*.

Paris J. next determined that Steele's incarceration for 37 years was *prima facie* grossly disproportionate to the circumstances of the original offence and therefore in violation of s. 12 of the *Charter*. He observed, however, that continued incarceration could probably be justified if the offender presented a clear risk of serious danger to the public.

He exhaustively and with commendable care reviewed the material accumulated in Steele's file over 35 years and the testimony given on the application. He concluded that Steele was not truly psychopathic, not a hard-core sexual deviate and not a paedophile. He put forward his position in this way at p. 104:

To be sure, by any measure Steele is not blessed with an attractive personality and he is his own worst enemy. All agree that he is superficial, emotionally unstable, impulsive and egocentric, does not handle liquor well and has little self-understanding. He would profit greatly from a good dose of humility. I fear that alcohol will continue to cause him trouble. However, even given that difficulty, I cannot find that he is the kind of profoundly disturbed "time bomb" whose continued indeterminate detention is necessary for the protection of the public.

The Crown argued that Steele was still a dangerous offender for the following reasons: he had committed his earlier crimes under the influence of alcohol and continued to indulge in alcohol; he had attempted escape on several occasions; he rejected psychiatric treatment; and he had refused to cooperate with the National Parole Board.

Paris J. rejected all these arguments. It was his opinion that while Steele still had a drinking problem it was unlikely that his drinking would lead

le juge La Forest a rédigé les motifs, a expressément refusé de trancher la question de la validité de la décision du juge Linden dans l'arrêt *Mitchell*. Le juge Paris a conclu que l'arrêt *Mitchell* s'appliquait encore et qu'il pouvait donc examiner la prolongation de l'incarcération de Steele afin de décider si, quoique la peine ait été légalement prononcée, elle violait l'art. 12 de la *Charte*.

Le juge Paris a ensuite statué que l'incarcération de Steele, pendant 37 ans, était, à première vue, exagérément disproportionnée aux circonstances de l'infraction initiale et que, par conséquent, elle violait l'art. 12 de la *Charte*. Il fait remarquer, cependant, que la prolongation de l'incarcération pouvait probablement se justifier lorsque le délinquant présente un grave danger pour la société.

Il a examiné de façon exhaustive et avec un soin louable les documents versés au dossier de Steele depuis plus de 35 ans et les dépositions faites lors de l'audition de la requête. Il conclut que Steele n'était pas vraiment un psychopathe, ni un dégénéré sexuel endurci non plus qu'un pédophile. Il exprime ainsi son avis, à la p. 104:

[TRADUCTION] À coup sûr, Steele n'est nullement doté d'une personnalité attrayante et il est lui-même son pire ennemi. Tous sont d'accord qu'il est superficiel, instable dans ses émotions, impulsif, égocentrique, qu'il supporte mal l'alcool et qu'il a peu d'intelligence de sa situation. Une bonne dose d'humilité lui ferait le plus grand bien. Je crains qu'il continue d'avoir des difficultés à cause de l'alcool. Cependant, même s'il a ces difficultés, je ne puis conclure qu'il est la «bombe à retardement» déréglée dont la prolongation de l'incarcération pour une période indéfinie est nécessaire à la protection de la société.

Le ministère public a soutenu que Steele était encore un délinquant sexuel dangereux pour les motifs suivants: il a commis ses crimes antérieurs sous l'influence de l'alcool et a continué de s'adonner à la boisson, il a tenté de s'évader à maintes reprises, il a refusé de suivre un traitement psychiatrique et de coopérer avec la Commission nationale des libérations conditionnelles.

Le juge Paris a rejeté tous ces arguments. Il a été d'avis que, bien que Steele ait encore un problème de consommation d'alcool, il était peu pro-

him to commit the kind of offences that would justify his continued incarceration. As for his impulsive escapes, he noted that Steele had turned himself in to the authorities on each and every occasion. Finally, he observed that Steele's rejection of treatment and lack of cooperation with the Parole Board had, for the most part, occurred in the latter years of his incarceration. He found that they were due to his frustration and anger with the Board coupled with the fact that he had focused his attention on alternative legal avenues to obtain his release.

Paris J. concluded that although the scheme for reviewing the detention of dangerous offenders was constitutional as a whole, it might not function properly in certain rare cases. In such circumstances, Steele and other offenders in the same position should have access to judicial review. In his view the need for judicial review was based not upon errors committed by the National Parole Board but rather on a flaw in the operation of the parole review process itself. He held that Steele's continuing detention was in violation of s. 12 and ordered his unconditional release.

The Court of Appeal

Locke J.A., writing for a unanimous Court of Appeal, held that the remedy of *habeas corpus* was available to the respondent and that Paris J. had exercised his discretion correctly. He agreed that although Steele's original sentence was valid, his continuing detention violated s. 12 of the *Charter*.

Locke J.A. noted that because Steele had brought his application outside of the parole review process, the Parole Board and the Correctional Service of Canada had no jurisdiction to impose terms on his release. As a result, it was difficult to ensure that Steele's reintegration into the community would be appropriately supervised. He suggested that as a general rule the Parole

able que sa propension à boire l'amènerait à commettre le type d'infraction qui justifierait la prolongation de son incarcération. Pour ce qui est de ses évasions irréfléchies, le juge fait remarquer que Steele s'est, chaque fois, livré de lui-même aux autorités. Enfin, il signale que le refus de Steele de suivre un traitement et son manque de coopération avec la Commission des libérations conditionnelles datent, presque entièrement, des dernières années de son incarcération. Il a conclu que ceux-ci procédaient de sa frustration et de sa colère à l'égard de la Commission et du fait qu'il avait concentré son attention sur les autres recours juridiques susceptibles de lui procurer sa mise en liberté.

Le juge Paris conclut que même si le régime de révision de l'incarcération des délinquants sexuels dangereux était, dans l'ensemble, conforme à la Constitution, il pouvait ne pas bien fonctionner dans certains cas rares. Dans ces cas, Steele et les autres délinquants dans sa situation devraient pouvoir se prévaloir de l'examen judiciaire. À son avis, l'examen judiciaire s'imposait non pas en raison d'erreurs commises par la Commission nationale des libérations conditionnelles, mais plutôt en raison d'un vice de fonctionnement du processus d'examen même des demandes de libération conditionnelle. Il a conclu que la prolongation de l'incarcération de Steele violait l'art. 12 de la *Charte* et il a ordonné sa mise en liberté inconditionnelle.

La Cour d'appel

Le juge Locke, qui a rédigé les motifs unanimes de la Cour d'appel, a conclu que l'intimé avait droit au redressement de l'*habeas corpus* et que le juge Paris avait correctement exercé son pouvoir discrétionnaire. Il a confirmé que même si la première peine imposée à Steele était valide, la prolongation de son incarcération violait l'art. 12 de la *Charte*.

Le juge Locke a noté que, puisque Steele avait présenté sa demande en dehors du processus d'examen des demandes de libération conditionnelle, la Commission des libérations conditionnelles et le Service correctionnel du Canada n'avaient pas compétence pour fixer des conditions à sa mise en liberté. En conséquence, il était difficile d'assurer que la réintégration de Steele dans la société serait

Board would be the most appropriate body to determine whether those who come before it should be released on the ground that their continuing detention violates s. 12 of the *Charter*. However, he recognized that this question was not before the Court and held that because of Steele's age and the length of his imprisonment, it would be inequitable to require him to recommence his application by means of judicial review of the National Parole Board decisions. He confirmed that Steele should be released but varied the unconditional release ordered by Paris J. to provide that the Crown could apply to the British Columbia Supreme Court for an order that Steele be returned to custody "should his conduct after release be such as to demonstrate that he does in fact represent so clear a danger of such serious harm as to render resumption of incarceration under the indeterminate sentence justifiable".

Present Situation

From the respondent's factum it appears that the respondent has been released and has done well so far. He is living with his parents, working in an auto body shop and attending upon Dr. Marcus every week.

Analysis

The analysis must begin with a reference to *R. v. Lyons, supra*. In that case the provisions of the *Criminal Code* pertaining to the sentencing and continued detention of dangerous offenders were challenged on the grounds that they contravened s. 12 of the *Charter*. La Forest J., writing for the full Court on this point, held that the imposition of an indeterminate sentence, without other safeguards, would be certain, at least occasionally, to violate s. 12 of the *Charter*. However, he found that the requirements for regular parole review of an offender's continuing detention ensured that the sentence would be tailored to fit the circumstances of the individual and the offence. As a result he

surveillée adéquatement. Il a émis l'avis qu'en règle générale la Commission des libérations conditionnelles serait l'organisme le plus apte à décider si ceux dont le cas lui est soumis doivent être libérés parce que la prolongation de leur incarcération viole l'art. 12 de la *Charte*. Cependant, il a reconnu que ce point n'était pas soumis à la cour et qu'en raison de l'âge de Steele et du temps qu'il avait déjà passé en prison, il aurait été injuste d'exiger qu'il refasse sa demande sous la forme d'une demande d'examen judiciaire des décisions de la Commission nationale des libérations conditionnelles. Il a confirmé que Steele devrait être libéré, mais il a modifié l'ordonnance de mise en liberté inconditionnelle rendue par le juge Paris pour ajouter que le ministère public pourrait demander à la Cour suprême de la Colombie-Britannique d'ordonner que Steele soit remis sous garde [TRADUCTION] «si jamais sa conduite après sa mise en liberté démontrait qu'il constitue un risque si manifeste de préjudice grave que la reprise de son incarcération pour une durée indéterminée s'en trouverait justifiée».

La situation actuelle

D'après le mémoire de l'intimé, il ressort que celui-ci a été mis en liberté et qu'il s'est bien conduit jusqu'à maintenant. Il habite chez ses parents, travaille dans un atelier de débosselage d'automobiles et se présente toutes les semaines chez le Dr. Marcus.

Analyse

L'analyse doit débiter par l'examen de l'arrêt *R. c. Lyons, précité*. Dans cette affaire, on avait contesté les dispositions du *Code criminel* relatives à l'imposition d'une peine aux délinquants dangereux et à la prolongation de leur incarcération pour le motif qu'elles violaient l'art. 12 de la *Charte*. Le juge La Forest, qui s'est exprimé au nom de toute la Cour sur ce point, a statué que l'imposition d'une peine d'une durée indéterminée, sans autres garanties, pourrait certainement donner lieu, à l'occasion, à une violation de l'art. 12 de la *Charte*. Cependant, il a conclu que l'exigence qu'il y ait des examens réguliers par la Commission des libérations conditionnelles de la

found that these sentencing provisions did not infringe s. 12 of the *Charter*.

The pertinent parole review provisions relevant to the case at bar are found in s. 761(2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and s. 16(1)(a) of the *Parole Act*, R.S.C., 1985, c. P-2. At the time that *Lyons, supra*, was decided, the same provisions were contained in s. 695.1(2) and s. 10(1)(a) of those respective Acts. Section 761(2) provides:

761. . . .

(2) Where a person is in custody under a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period that was imposed before October 15, 1977, the National Parole Board shall, at least once in every year, review the condition, history and circumstances of that person for the purpose of determining whether he should be granted parole under the *Parole Act* and, if so, on what conditions.

Section 16(1)(a) of the *Parole Act* sets out the criteria upon which an application for parole must be considered and provides as follows:

16. (1) The Board may

(a) grant parole to an inmate, subject to any terms or conditions it considers desirable, if the Board considers that

- (i) in the case of a grant of parole other than day parole, the inmate has derived the maximum benefit from imprisonment,
- (ii) the reform and rehabilitation of the inmate will be aided by the grant of parole, and
- (iii) the release of the inmate on parole would not constitute an undue risk to society;

In discussing these provisions, La Forest J. stated at pp. 342-43:

While the criteria embodied in s. 10(1)(a) do not purport to replicate the factual findings required to sentence the offender to an indeterminate term of imprisonment, they do afford a measure of tailoring adequate to save the legislation from violating s. 12. It

prolongation de l'incarcération d'un délinquant permettait d'adapter la peine à la situation de l'individu et aux circonstances de l'infraction en cause. En conséquence, il a conclu que ces dispositions relatives à la détermination de la peine ne contrevenaient pas à l'art. 12 de la *Charte*.

Les dispositions relatives à l'examen par la Commission des libérations conditionnelles qui sont pertinentes en l'espèce sont le par. 761(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et l'al. 16(1)a) de la *Loi sur la libération conditionnelle*, L.R.C. (1985), ch. P-2. Au moment où l'arrêt *Lyons*, précité, a été rendu, ces dispositions étaient respectivement le par. 695.1(2) du *Code criminel* et l'al. 10(1)a) de la *Loi*. Le paragraphe 761(2) est ainsi conçu:

761. . . .

(2) La Commission nationale des libérations conditionnelles examine, au moins une fois par an, les antécédents et la situation des personnes mises sous garde en vertu d'une sentence de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée imposée avant le 15 octobre 1977 afin d'établir s'il y a lieu de les libérer conformément à la *Loi sur la libération conditionnelle* et, dans l'affirmative, à quelles conditions.

L'alinéa 16(1)a) de la *Loi sur la libération conditionnelle*, qui établit les critères en fonction desquels une demande de libération conditionnelle doit être jugée, est ainsi conçu:

16. (1) La Commission peut:

a) accorder la libération conditionnelle à un détenu, aux conditions qu'elle juge indiquées, si elle estime que les conditions suivantes sont réunies:

- (i) sauf en ce qui concerne l'octroi d'un régime de semi-liberté, l'effet positif maximal de l'emprisonnement a été atteint par le détenu,
- (ii) la libération conditionnelle facilitera son amendement et sa réadaptation,
- (iii) sa mise en liberté ne constitue pas un risque trop grand pour la société;

Le juge La Forest affirme, au sujet de ces dispositions, aux pp. 342 et 343:

Bien que les critères que renferment (*sic*) l'al. 10(1)a) ne soient pas supposés reproduire les conclusions de fait sur lesquelles doit reposer la décision de condamner le délinquant à une peine d'emprisonnement pour une période indéterminée, ils offrent tout de même des possi-

must be remembered that the offender is being sentenced indeterminately because at the time of sentencing he was found to have a certain propensity. The sentence is imposed "in lieu of any other sentence" that might have been imposed and, like any other such sentence, must be served according to its tenor. The offender is not being sentenced to a term of imprisonment until he is no longer a dangerous offender. Indeed, s. 695.1 provides that the circumstances of the offender be reviewed for the purpose of determining whether parole should be granted and, if so, on what conditions; it does not provide that the label of dangerous offender be removed or altered. Finally, the very words of s. 695.1 of the *Code* and s. 10(1)(a) of the *Parole Act* establish an ongoing process for rendering the sentence meted out to a dangerous offender one that accords with his or her specific circumstances. [Emphasis in original.]

From these reasons it can be taken as a starting point that Steele's sentence to an indeterminate term as a dangerous sexual offender did not contravene s. 12 of the *Charter* and that the sentence imposed upon him was valid.

It will be remembered that it was determined by Paris J., and upheld by the Court of Appeal, that although the indeterminate continuing detention of a dangerous offender had been held in *Lyons*, *supra*, to be constitutional, nevertheless, in certain rare cases such as this one, the continuing detention of an offender would constitute cruel and unusual punishment in violation of s. 12 of the *Charter*. If this position is correct it would mean that while the parole review process would work effectively in the vast majority of cases, there would be the occasional case in which even the most responsible and careful application of the parole review process could not prevent a continuing detention from becoming cruel and unusual punishment.

I must, with respect, differ from that conclusion. It seems to me to fly in the face of the decision of this Court in *Lyons*, *supra*, where this Court observed at p. 363 that "the fairness of certain

bilités d'adaptation suffisantes pour que les dispositions en cause n'aillent pas à l'encontre de l'art. 12. Il faut se rappeler que, si le délinquant se voit condamner à une peine d'une durée indéterminée, c'est parce qu'au moment de la condamnation on a jugé qu'il avait une propension à un certain type de conduite. Cette peine est imposée «au lieu de toute autre peine» qui aurait pu être infligée et, comme toute autre peine, elle doit être purgée intégralement. Le délinquant n'est pas condamné à purger une peine d'emprisonnement jusqu'à ce qu'il ne soit plus dangereux. L'article 695.1 prescrit d'ailleurs l'examen de la situation du délinquant afin d'établir s'il y a lieu d'accorder la libération conditionnelle et, dans l'affirmative, à quelles conditions; cet article n'exige ni la suppression ni la modification du qualificatif de «délinquant dangereux». Finalement, le texte même de l'art. 695.1 du *Code* et celui de l'al. 10(1)a) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* créent un processus permanent qui permet que la peine infligée à un délinquant dangereux soit adaptée à sa situation particulière. [Souligné dans l'original.]

De ces motifs, on peut conclure au départ que la condamnation de Steele à une peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée à titre de délinquant sexuel dangereux ne contrevenait pas à l'art. 12 de la *Charte* et que la peine qui lui a été imposée était valide.

Il faut se rappeler que le juge Paris a conclu, ce que la Cour d'appel a confirmé, que, même si la prolongation de l'emprisonnement pour une durée indéterminée d'un délinquant dangereux avait été déclarée constitutionnelle dans l'arrêt *Lyons*, précité, il restait que, dans des circonstances exceptionnelles comme celles-ci, la prolongation de la détention d'un délinquant constituerait une peine cruelle et inusitée contrairement à l'art. 12 de la *Charte*. Si cette affirmation était exacte, il s'ensuivrait que, bien que le processus d'examen des demandes de libération conditionnelle fonctionne de façon efficace dans la très grande majorité des cas, il pourrait arriver que même l'application la plus responsable et consciencieuse de ce processus ne puisse empêcher que la prolongation d'une incarcération devienne une peine cruelle et inusitée.

En toute déférence, je ne puis souscrire à cette conclusion. Elle semble contredire l'arrêt *Lyons*, précité, dans lequel notre Cour fait observer, à la p. 363, que «le caractère équitable de certains

procedural aspects of a parole hearing may well be the subject of constitutional challenge, at least when the review is of the continued incarceration of a dangerous offender". In my view the unlawful incarceration of Steele was caused, not by any structural flaw in the dangerous offender provisions, but rather by errors committed by the National Parole Board. These errors are apparent upon a review of the record of Steele's treatment by the Board over the long years of his detention.

In 1948, provisions for the indeterminate sentencing of "criminal sexual psychopaths" were enacted. The same group of amendments to the *Code* provided for a review of the condition, history and circumstances of the offender's detention once every three years by the Minister of Justice. In 1958, the National Parole Board was created by the *Parole Act*, S.C. 1958, c. 38. At this time the authority for conducting the review of the sentences of criminal sexual psychopaths was transferred to the Parole Board. Section 8(a) of the *Parole Act* established the following criteria for granting parole:

8. The Board may

- (a) grant parole to an inmate if the Board considers that the inmate has derived the maximum benefit from imprisonment and that the reform and rehabilitation of the inmate will be aided by the grant of parole;

These criteria remained in effect until 1968 when they were replaced by the provisions of s. 16(1) cited above. These provisions require the Board to grant parole where: (i) the inmate has derived the maximum benefit from imprisonment; (ii) the inmate's reform and rehabilitation will be aided by the grant of parole; and (iii) the inmate's release would not constitute an undue risk to society.

aspects de la procédure d'une audience visant à déterminer s'il y a lieu d'accorder la libération conditionnelle peut très bien faire l'objet d'une contestation fondée sur la Constitution, du moins lorsque l'examen porte sur la prolongation de l'emprisonnement d'un délinquant dangereux». À mon avis, l'incarcération illégale de Steele dépend non pas de quelque vice interne des dispositions relatives aux délinquants dangereux, mais d'erreurs commises par la Commission nationale des libérations conditionnelles. Ces erreurs ressortent nettement de l'examen de la façon dont la Commission a traité Steele au cours de ses longues années de détention.

Les dispositions autorisant l'imposition de peines d'une durée indéterminée aux délinquants atteints de «psychopathie criminelle sexuelle» ont été adoptées en 1948. Le même ensemble de modifications du *Code* prescrivait l'examen par le ministre de la Justice, tous les trois ans, des conditions, de l'histoire et des circonstances de la détention du délinquant. En 1958, la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, S.C. 1958 ch. 38, a créé la Commission nationale des libérations conditionnelles. La compétence de procéder à l'examen des peines des délinquants atteints de psychopathie sexuelle criminelle a alors été attribuée à la Commission nationale des libérations conditionnelles. L'alinéa 8a) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* assujettit la libération conditionnelle aux critères suivants:

8. La Commission peut

- a) accorder la liberté conditionnelle à un détenu, si elle estime que celui-ci a tiré le plus grand avantage possible de l'emprisonnement et que l'octroi de la libération conditionnelle facilitera le redressement et la réhabilitation du détenu;

Ces critères sont restés en vigueur jusqu'au moment où, en 1968, on les a remplacés par les dispositions du par. 16(1) déjà cité. Ces dispositions exigent que la Commission accorde la libération conditionnelle (i) si l'effet positif maximal de l'emprisonnement a été atteint par le détenu, (ii) si la libération conditionnelle facilitera l'amendement et la réadaptation du détenu, et (iii) si la mise en liberté du détenu ne constitue pas un trop grand risque pour la société.

In reviewing the indeterminate sentences of dangerous offenders, it is fundamentally important that the Board consider these criteria. As La Forest J. stated in *Lyons* at pp. 340-41:

... in the context of a determinate sentencing scheme the availability of parole represents an additional, super-added protection of the liberty interests of the offender. In the present context, however, it is, subsequent to the actual imposition of the sentence itself, the sole protection of the dangerous offender's liberty interests ... Seen in this light, therefore, the parole process assumes the utmost significance for it is that process alone that is capable of truly accommodating and tailoring the sentence to fit the circumstances of the individual offender.

It is only by a careful consideration and application of these criteria that the indeterminate sentence can be made to fit the circumstances of the individual offender. Doing this will ensure that the dangerous offender sentencing provisions do not violate s. 12 of the *Charter*. If it is clear on the face of the record that the Board has misapplied or disregarded those criteria over a period of years with the result that an offender remains incarcerated far beyond the time he or she should have been properly paroled, then the Board's decision to keep the offender incarcerated may well violate s. 12. In my opinion, this is such a case.

First, Steele's imprisonment had long ago reached the point at which he had derived "the maximum benefit from imprisonment". During his incarceration governments have changed, wars have begun and ended and a generation has grown to maturity. He has been in prison longer than the vast majority of the most cruel and callous murderers. Indeed, it is uncertain whether imprisonment provided Steele with any benefit at all. During the first 20 years of his detention there were no facilities in British Columbia that could provide the psychiatric treatment Steele needed. By the time it was available, Steele was a middle-aged institutionalized offender who, not surprisingly, viewed the treatment program as a means of

Lors de l'examen des peines d'une durée indéterminée imposées aux délinquants dangereux, il est d'une importance fondamentale que la Commission tienne compte de ces critères. Comme l'a dit le juge La Forest dans l'arrêt *Lyons*, aux pp. 340 et 341:

... dans un régime de peines d'une durée déterminée, la possibilité d'obtenir une libération conditionnelle représente une mesure surajoutée de protection des intérêts du délinquant en matière de liberté. Dans le présent contexte, cependant, une fois la peine imposée, elle constitue la seule mesure de protection des intérêts du délinquant dangereux en matière de liberté. [...] Par conséquent, vu sous cet angle, le processus de libération conditionnelle revêt une importance capitale, car seul ce processus permet vraiment d'adapter la peine à la situation de chaque délinquant.

Ce n'est que par l'observation et l'application soigneuses de ces critères qu'il est possible d'adapter la peine d'une durée indéterminée à la situation de chaque délinquant. Le faire permet d'assurer que les dispositions relatives à la détermination de la peine des délinquants dangereux ne violent pas l'art. 12 de la *Charte*. S'il ressort clairement de la lecture du dossier que la Commission a mal appliqué ces critères ou n'en a pas tenu compte pendant un certain nombre d'années de sorte qu'un délinquant est resté en prison bien au-delà du moment où il aurait dû obtenir sa libération conditionnelle, alors la décision de la Commission de garder le délinquant en prison peut fort bien violer l'art. 12. À mon avis, c'est le cas en l'espèce.

D'abord, l'incarcération de Steele avait depuis longtemps dépassé le stade où celui-ci avait tiré [TRADUCTION] «l'effet positif maximal de l'emprisonnement». Pendant qu'il était incarcéré, les gouvernements ont changé, des guerres se sont déclarées et ont pris fin et toute une génération a atteint l'âge adulte. Il a passé plus de temps en prison que la plupart de tous les meurtriers les plus cruels et les plus impitoyables. À la vérité, on peut douter que Steele ait tiré quelque avantage de son emprisonnement. Pendant les vingt premières années de son incarcération, il n'y avait pas, en Colombie-Britannique, d'établissement qui pouvait fournir à Steele le traitement psychiatrique dont il avait besoin. Quand ce traitement est devenu disponible,

gaining his release rather than as an opportunity for rehabilitation.

Throughout the period of his imprisonment, numerous observers expressly stated not only that Steele had received the maximum benefit from imprisonment, but also that continued detention would cause him to deteriorate. As early as 1960, Dr. P. Middleton warned that any treatment facilities available in the penitentiary would not offset "the pernicious effects of association" with other inmates. Others who made this same point include: Dr. D. C. MacDonald, Deputy Warden W. H. Collins and Field Representative P. D. Redecopp in 1964; Dr. J. C. Bryce in 1968; Dr. L. Pulos in 1970; Field Parole Officer William F. Foster and Dr. Pulos, again, in 1972; Dr. Milton H. Miller and Dr. A. Saad in 1974; and Dr. W. J. Ross in 1981. Even Dr. Noone, who testified for the Crown in this application, acknowledged the detrimental effects of indeterminate sentencing for dangerous offenders. While some observers expressed the opinion that Steele should not be released, not one of them appears to have argued that continued incarceration had been or would be beneficial for Steele.

The second criterion has also long been satisfied. Steele has deteriorated in the prison environment. Many, indeed the great majority of those psychiatrists and psychologists who assessed him, expressed the opinion that his rehabilitation could only be facilitated and attained by his gradual, supervised release into the community. It appears that the Parole Board acknowledged this in its decisions to grant Steele limited freedom between 1968 and 1970 and between 1980 and 1987. During both of these periods the Board permitted Steele to undertake a programme of escorted passes that resulted in brief stays in a half-way house environment. These periods of relative freedom were terminated when Steele infringed his

Steele était un détenu d'âge moyen, habitué de vivre en prison, qui, naturellement, percevait le programme de traitement plutôt comme un moyen d'obtenir sa mise en liberté que comme une possibilité de réadaptation.

Pendant toute la durée de son emprisonnement, de nombreux observateurs ont déclaré que, non seulement Steele avait tiré le bénéfice maximal de son incarcération, mais que la prolongation de celle-ci entraînerait une détérioration de sa situation. Dès 1960, le Dr P. Middleton mentionnait qu'aucun service de traitement offert au pénitencier ne pouvait compenser [TRADUCTION] «les effets nocifs de l'exposition» aux autres détenus. Les autres observateurs qui ont souligné le même point sont: le Dr D. C. MacDonald, le sous-directeur W. H. Collins et le représentant communautaire P. D. Redecopp en 1964, le Dr J. C. Bryce en 1968, Dr Lee Pulos en 1970, l'agent communautaire de libération conditionnelle William F. Foster et Dr Pulos, de nouveau, en 1972, les Drs Milton H. Miller et A. Saad en 1974, et enfin le Dr W. J. Ross en 1981. Même le Dr Noone, qui a déposé pour le compte du ministère public à l'occasion de la requête en l'espèce, a reconnu les effets négatifs que comportent les peines d'emprisonnement d'une durée indéterminée pour les délinquants dangereux. Bien que certains observateurs aient émis l'avis qu'il ne fallait pas mettre Steele en liberté, aucun d'entre eux n'a soutenu que la prolongation de son incarcération avait été ou serait bénéfique dans son cas.

Le deuxième critère a aussi été rempli depuis longtemps. La situation de Steele se détériorait en milieu carcéral. Un bon nombre si ce n'est la grande majorité des psychiatres et psychologues qui l'ont évalué ont exprimé l'avis que sa réadaptation ne pouvait être facilitée et réalisée que par sa mise en liberté progressive et surveillée dans la société. Il semble que la Commission des libérations conditionnelles ait reconnu ce fait dans ses décisions d'accorder à Steele une liberté limitée de 1968 à 1970 et de 1980 à 1987. Pendant ces deux périodes, la Commission a autorisé Steele à se prévaloir d'un programme de sorties avec surveillance qui lui ont permis de séjourner brièvement dans des foyers de transition. Ces périodes de

parole conditions by drinking alcohol and breaking curfew. Unfortunately, despite assessments by observers suggesting that these parole violations were merely adjustment problems, the Board seems to have presumed that Steele was incapable of benefitting from an association with the community outside the prison.

There remains then the third and most important criterion, namely whether the offender constitutes an undue risk to society. If an inmate's release continues to constitute an undue risk to the public, then his or her detention can be justifiably maintained for a lifetime. There can be no doubt that in the ordinary course of events the assessment as to whether or not an inmate's release would pose an undue risk to the community is best left in the discretion of the experts who participate in the Parole Board review decisions. However, in light of the inordinate length of Steele's period of incarceration, it is appropriate to consider whether the Board erred in its evaluation that Steele did in fact constitute a danger to the community.

Of the psychiatrists and psychologists who interviewed Steele and whose reports were provided to the Parole Board, sixteen expressed a recommendation as to whether or not he should be paroled. Thirteen of the sixteen recommended that he should be released on some form of supervised parole. Two stated that he should not be released. One psychologist changed his mind over the course of several years from a position which cautioned against parole to one of arguing in favour of parole. Those recommending release were: Dr. MacDonald in 1956 and 1964; Dr. Middleton in 1960; Dr. Bryce in 1968; Dr. Lipinski in 1970 and 1972; Dr. Bulmer in 1970; Dr. Pulos in 1970 and 1972; Mr. P. DesLauriers in 1972; Dr. Robert Halliday in 1973; Dr. Miller, Dr. Saad, Mr. F. M. Van Fleet and Mr. K. S. Oey in 1974; and Dr. Tyhurst in 1979 and 1985. Those counselling against release were: Dr. Eaves in 1979 and 1980; and Dr. Noone in 1985 and 1988. Dr. W. J. Ross considered that Steele was not "a good risk" when

liberté relative ont pris fin quand Steele a manqué aux conditions de sa libération en consommant des boissons alcooliques et en ne respectant pas les heures de rentrée. Malheureusement, malgré l'évaluation de certains observateurs, selon lesquels les manquements aux conditions de sa libération tenaient uniquement à des problèmes d'adaptation, la Commission semble avoir présumé que Steele était incapable de tirer avantage de la vie en société hors du milieu carcéral.

Il reste alors le troisième et le plus important critère, savoir si le délinquant constitue un trop grand risque pour la société. Si la mise en liberté d'un détenu continue de constituer un trop grand risque pour la société, la prolongation de sa détention à perpétuité peut être justifiée. Il n'y a pas de doute que, dans le cours normal des choses, les experts qui participent aux examens menés par la Commission des libérations conditionnelles et à ses décisions sont les mieux placés pour déterminer si la mise en liberté d'un détenu présente un trop grand risque pour la société. Cependant, vu la durée exceptionnelle de l'incarcération de Steele, il convient d'examiner si la Commission a commis une erreur en jugeant qu'il présentait un danger pour la société.

Parmi les psychiatres et les psychologues qui ont interviewé Steele et qui ont fait rapport à la Commission des libérations conditionnelles, seize ont fait une recommandation sur l'opportunité de le libérer conditionnellement ou non. Treize de ces seize personnes ont recommandé son élargissement sous la forme d'une libération conditionnelle surveillée. Deux ont affirmé qu'il ne devait pas être libéré. Un psychologue a changé d'avis après plusieurs années. Après s'être prononcé contre la libération conditionnelle, il a plaidé en faveur de celle-ci. Ceux qui ont recommandé sa mise en liberté sont le D^r MacDonald en 1956 et en 1964, le D^r Middleton en 1960, le D^r Bryce en 1968, le D^r Lipinski en 1970 et en 1972, le D^r Bulmer en 1970, D^r Pulos en 1970 et en 1972, M. P. DesLauriers en 1972, le D^r Robert Halliday en 1973, les D^{rs} Miller et Saad et MM. F. M. Van Fleet et K. S. Oey en 1974, et le D^r Tyhurst en 1979 et en 1985. Ceux qui ont recommandé de ne pas le libérer sont le D^r Eaves en 1979 et en 1980, et le D^r Noone en 1985

he first assessed him in 1978; however, by 1981 he was recommending that Steele be released on gradual parole.

On the application, Paris J. heard testimony from three psychiatric experts. Of those, Dr. Marcus and Dr. Koopman testified that Steele was not dangerous and should be released. Dr. Noone stated that Steele remained an untreated sexual psychopath who should not be released. After carefully reviewing the evidence in extensive detail, Paris J. concluded that Steele's release would not endanger the public.

Upon the evidence presented to this Court, the careful reasons and conclusion of Paris J. on this issue are in my view preferable to those of the Parole Board which as will be demonstrated did not properly exercise its jurisdiction.

It is difficult to find any evidence of acts committed by Steele during the past two decades that would suggest that he remained an undue risk to society. His parole violations resulted not from a tendency to repeatedly engage in violent or sexually deviant behaviour, but from the difficulties he had in abiding by parole curfew restrictions and abstaining from drinking alcohol. The nature of these problems was described by Dr. Marcus in these words:

He finds it very hard to adhere to inflexible rules such as those that are imposed when he is on parole. . . . His personality style is always to stretch the clock. . . . It is a similar attitude which has led Mr. Steele into situations where he has been in breach of parole conditions relating to meeting curfews. Here again Mr. Steele holds the view that he is now 53 years old and after a lifetime in prison he should not be held to requirements which treat him in a somewhat childlike [manner]. It is precisely this attitude which has made him a bad parole prospect in terms of meeting all the expectations and rules imposed by his Parole Officer. Yet, in my opinion, what must be kept firmly in mind in the context of assessing the degree of risk of harm to others that Mr. Steele

et en 1988. Le docteur W. J. Ross a estimé que Steele ne constituait pas [TRADUCTION] «un bon risque» quand il l'a évalué pour la première fois en 1978; cependant, dès 1981, il recommandait la libération conditionnelle progressive de Steele.

Lors de la requête, le juge Paris a entendu les dépositions de trois experts en psychiatrie. Des trois, les D^{rs} Marcus et Koopman ont témoigné que Steele n'était pas dangereux et qu'il devrait être libéré. Le docteur Noone a affirmé que Steele était encore un psychopathe sexuel non traité qui ne devrait pas être libéré. Après avoir analysé attentivement la preuve dans ses moindres détails, le juge Paris a conclu que la mise en liberté de Steele ne mettrait pas la population en danger.

D'après la preuve soumise à notre Cour, les motifs que le juge Paris a soigneusement rédigés et la conclusion qu'il a tirée à ce propos sont, à mon avis, préférables à ceux de la Commission des libérations conditionnelles qui, comme on le verra, n'a pas bien exercé sa compétence.

Il est difficile de trouver, dans les actes accomplis par Steele au cours des vingt dernières années, des éléments de preuve indiquant qu'il a continué de constituer un trop grand risque pour la société. Les manquements à ses libérations conditionnelles résultent non pas d'une tendance à s'adonner constamment à la violence ou à un comportement sexuel anormal, mais des difficultés qu'il éprouvait à respecter les restrictions relatives aux heures de rentrée et à s'abstenir de consommer des boissons alcooliques. Le docteur Marcus décrit ainsi la nature de ces difficultés:

[TRADUCTION] Il trouve très difficile de respecter les règles rigides du genre de celles qui lui sont imposées quand il est en liberté conditionnelle. [. . .] Son tempérament le porte à toujours étirer le temps. [. . .] C'est la même attitude qui a conduit M. Steele à manquer aux conditions de sa libération relatives aux heures de rentrée. Ici encore, M. Steele estime qu'à 53 ans, après avoir passé sa vie en prison, il ne devrait pas être astreint à respecter des exigences du genre de celles qu'on impose aux enfants. C'est précisément cette attitude qui en a fait un mauvais sujet pour la libération conditionnelle parce qu'il ne se plie pas à toutes les exigences et ne répond pas à toutes les attentes de son agent de libération conditionnelle. Pourtant, j'estime qu'il ne faut

poses at the present time, is that Mr. Steele in the course of these recent infractions did not repeat the pattern either of his original offence nor of his re-offending while on parole in 1962.

The problems inherent in requiring chronic alcoholics to meet rigid drinking restrictions have been well documented in the *Report of the Inquiry into Habitual Criminals in Canada*, vol. 1 (1984), where Judge Leggett wrote at p. 83:

Many of the habitual criminals are alcoholics. This disease has been a significant factor in the "revolving-door syndrome" of these individuals. When released on parole, a condition to abstain from alcohol is frequently included as a condition to such release. While some of the habitual criminals have been able to abide by this condition and successfully complete parole, many others have not. Those who have failed to abide by such conditions have found themselves, sooner or later, re-incarcerated as a result of the revocation of their parole.

Steele may have a problem with alcohol and in dealing with rigid discipline. But those factors in themselves cannot justify his continued detention. If breaches of a domestic curfew and the consumption of alcohol were the sole criteria for liberty then a significant proportion of our society should be incarcerated for an indefinite period. That is not to say that breaches of the conditions of parole should not be seriously considered. However, all the circumstances of the breach and any explanations as to the reasons for its occurrence should also be taken into account.

The statutory criteria should be applied to the individual inmate and considered in light of all the relevant circumstances. One of those circumstances will be length of the term served. The passage of several decades in prison may not in itself justify parole. However, it may well serve as an indication that the inmate is no longer dangerous. Surely with the passage of very long periods of time sexual appetite might reasonably be expected to decline to an extent that it may at least be controlled, if not extinguished. As well, a lengthy incarceration with the concomitant institu-

surtout pas oublier, au moment de déterminer le degré de risque de préjudice que M. Steele présente pour la société, que les dernières infractions qu'il a commises ne reproduisent pas le type d'infraction qu'il a commis au début, ni celles qu'il a commises lors de sa libération conditionnelle en 1962.

Les problèmes inhérents à l'imposition aux buveurs invétérés de restrictions rigides concernant la consommation de boissons alcooliques sont bien décrits dans le *Rapport de la Commission d'enquête sur les repris de justice au Canada*, vol. 1 (1984), dans lequel le juge Leggett écrit, à la p. 95:

... bon nombre des repris de justice sont alcooliques. Cette maladie explique en grande partie leurs incessants démêlés avec la justice. En effet, il est fréquemment fait interdiction au libéré conditionnel de consommer de l'alcool. Si plusieurs repris de justice ont réussi à respecter cette obligation et à traverser sans incident leur période de libération conditionnelle, nombreux sont ceux qui n'y sont pas parvenus. Ces derniers se sont tôt ou tard retrouvés en prison par suite de la révocation de leur libération conditionnelle.

Steele peut avoir un problème de consommation d'alcool et de respect d'une discipline stricte. Cependant, ces facteurs en soi ne peuvent justifier la prolongation de son incarcération. Si la violation d'un couvre-feu interne et la consommation d'alcool étaient les seuls critères de liberté, il faudrait incarcérer une bonne partie de la population pendant une durée indéterminée. Cela ne revient pas à dire qu'il ne faut pas prendre au sérieux ces violations des conditions de la libération. Cependant, il faut tenir compte de toutes les circonstances de la violation et des explications données quant aux motifs qui l'ont provoquée.

Les critères établis par la Loi doivent être appliqués à chaque détenu pris individuellement et être examinés en fonction de toutes les circonstances pertinentes. L'une de ces circonstances est la longueur de la peine déjà purgée. Il se peut que l'emprisonnement pendant plusieurs décennies ne justifie pas à lui seul la libération conditionnelle. Cependant, il peut bien servir d'indication que le détenu n'est plus dangereux. Il est sûr qu'on pourrait raisonnablement s'attendre qu'avec l'écoulement de longues périodes de temps, l'appétit sexuel diminue au point de devenir au moins contrôlable,

tionalizing effect upon the inmate may serve to explain and perhaps to some extent excuse certain breaches of discipline.

In my view the evidence presented demonstrates that the National Parole Board has erred in its application of the criteria set out in s. 16(1)(a) of the *Parole Act*. The Board appears to have based its decision to deny parole upon relatively minor and apparently explicable breaches of discipline committed by Steele, rather than focussing upon the crucial issue of whether granting him parole would constitute an undue risk to society. As a result of these errors, the parole review process has failed to ensure that Steele's sentence has been tailored to fit his circumstances. The inordinate length of his incarceration has long since become grossly disproportionate to the circumstances of this case.

It will only be on rare and unique occasions that a court will find a sentence so grossly disproportionate that it violates the provisions of s. 12 of the *Charter*. The test for determining whether a sentence is disproportionately long is very properly stringent and demanding. A lesser test would tend to trivialize the *Charter*.

As well, it should not be forgotten that there is in place a method whereby appellate courts can review sentences to ensure that they are appropriate. In *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, Lamer J. (as he then was) set out the strict test for reviewing a sentence under s. 12 of the *Charter*. At page 1072 he wrote:

The test for review under s. 12 of the *Charter* is one of gross disproportionality, because it is aimed at punishments that are more than merely excessive. We should be careful not to stigmatize every disproportionate or excessive sentence as being a constitutional violation, and should leave to the usual sentencing appeal process the task of reviewing the fitness of a sentence. Section 12 will only be infringed where the sentence is so unfit having regard to the offence and the offender as to be grossly disproportionate.

s'il n'a pas complètement disparu. De même, un long emprisonnement et l'effet concomitant d'habitude de vie en prison qu'il a sur un détenu peut expliquer et même excuser en partie certains manquements à la discipline.

À mon avis, les éléments de preuve soumis démontrent que la Commission nationale des libérations conditionnelles a commis une erreur en appliquant les critères énoncés à l'al. 16(1)a) de la *Loi sur la libération conditionnelle*. La Commission semble avoir fondé sa décision de refuser la libération conditionnelle sur des manquements à la discipline relativement mineurs et apparemment explicables que Steele a commis, plutôt que de se concentrer sur le point crucial de savoir si sa libération conditionnelle constituerait un risque trop grand pour la société. À cause de ces erreurs, le processus d'examen de la demande de libération conditionnelle n'a pas permis d'adapter la peine de Steele à la situation dans laquelle il se trouvait. La durée excessive de son incarcération est depuis longtemps devenue exagérément disproportionnée aux circonstances de l'espèce.

Il arrivera très rarement qu'une cour de justice conclura qu'une peine est si exagérément disproportionnée qu'elle viole les dispositions de l'art. 12 de la *Charte*. Le critère qui sert à déterminer si une peine est beaucoup trop longue est à bon droit strict et exigeant. Un critère moindre tendrait à banaliser la *Charte*.

Il ne faut pas oublier non plus qu'il existe un moyen pour les cours d'appel de réviser les peines et de faire en sorte qu'elle soient adéquates. Dans l'arrêt *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) énonce ainsi le critère rigoureux qui s'applique à l'examen d'une peine en vertu de l'art. 12 de la *Charte*. Il écrit, à la p. 1072:

Le critère applicable à l'examen en vertu de l'art. 12 de la *Charte* est celui de la disproportion exagérée, étant donné qu'il vise les peines qui sont plus que simplement excessives. Il faut éviter de considérer que toute peine disproportionnée ou excessive est contraire à la Constitution et laisser au processus normal d'appel en matière de sentence la tâche d'examiner la justesse d'une peine. Il n'y aura violation de l'art. 12 que si, compte tenu de l'infraction et du contrevenant, la sentence est inappropriée au point d'être exagérément disproportionnée.

The history of the offence and the offender which I have set out makes it apparent that the sentence is now “so unfit having regard to the offence and the offender as to be grossly disproportionate.” This is one of those rare cases where the sentence continuing Steele’s detention after 37 years in prison violates s. 12 of the *Charter*.

It is necessary to make a further comment. As I have made clear above, the continuing detention of a dangerous offender sentenced pursuant to the constitutionally valid provisions of the *Criminal Code* will only violate s. 12 of the *Charter* when the National Parole Board errs in the execution of its vital duties of tailoring the indeterminate sentence to the circumstances of the offender. This tailoring is performed by applying the criteria set out in s. 16(1) of the *Parole Act*. Since any error that may be committed occurs in the parole review process itself, an application challenging the decision should be made by means of judicial review from the National Parole Board decision, not by means of an application for *habeas corpus*. It would be wrong to sanction the establishment of a costly and unwieldy parallel system for challenging a Parole Board decision. As well, it is important that the release of a long-term inmate should be supervised by those who are experts in this field. I agree with the comments of Locke J.A. at p. 291:

In the case of persons subject to an indeterminate sentence who have spent many years in prison, it is highly desirable that their release, if and when it occurs, should be conditional, should be subject to supervision by those experienced in the parole or probation fields, and should be accompanied by the sort of assistance which will increase their likelihood of adjusting to the change in environment and, if possible, becoming self-sufficient and useful members of society. Under the present statutory and administrative arrangements, it seems that this can be achieved only in association with

L’historique de l’infraction et les antécédents du contrevenant que j’ai exposés ci-dessus indiquent clairement que la peine est maintenant «compte tenu de l’infraction et du contrevenant . . . inappropriée au point d’être exagérément disproportionnée». Il s’agit d’un de ces cas exceptionnels où la prolongation de la peine de détention de Steele, après 37 ans d’emprisonnement, viole l’art. 12 de la *Charte*.

Il est nécessaire d’ajouter un commentaire. Comme je l’ai dit clairement déjà, la prolongation de la détention d’un délinquant dangereux condamné en vertu des dispositions constitutionnellement valides du *Code criminel* ne violera l’art. 12 de la *Charte* que si la Commission nationale des libérations conditionnelles commet une erreur dans l’exécution de son rôle vital d’adapter les peines d’une durée indéterminée à la situation du délinquant. Cette adaptation se fait par l’application des critères énoncés au par. 16(1) de la *Loi sur la libération conditionnelle*. Puisque toute erreur qui peut être commise se produit au cours du processus même d’examen des demandes de libération conditionnelle, la contestation d’une décision de la Commission nationale des libérations conditionnelles doit se faire sous forme de demande d’examen judiciaire et non par voie de demande d’*habeas corpus*. Nous aurions tort d’approuver la création d’un système parallèle coûteux et lourd de contestation des décisions de la Commission des libérations conditionnelles. Il importe aussi que la mise en liberté d’une personne détenue depuis de nombreuses années soit surveillée par des experts dans ce domaine. Je souscris à l’observation suivante du juge Locke à la p. 291:

[TRADUCTION] Dans le cas des personnes condamnées à une peine d’une durée indéterminée qui ont passé de nombreuses années en prison, il est extrêmement souhaitable que leur mise en liberté, si elle a lieu, soit conditionnelle et assujettie à la surveillance de ceux qui ont de l’expérience en matière de libération conditionnelle ou de probation, et elle devrait être assortie d’une forme d’aide qui augmentera les chances pour ces personnes de s’adapter à leur nouveau milieu et, si possible, leurs chances de devenir autonomes et utiles dans la société. En vertu des dispositions législatives et administratives actuelles, il semble que cela ne peut se réaliser que si la mise en liberté est confiée à la Commission des libérations conditionnelles, conformément au pouvoir

release by the parole board, in the exercise of its discretion under s. 761 of the Criminal Code.

However, in view of Steele's age and the length of his detention, it would be unfair to require him to commence new proceedings by way of judicial review from the National Parole Board decision. In these highly unusual circumstances, I would confirm Steele's release on the basis of the application for *habeas corpus*. I further agree with the position taken by the Court of Appeal that since his release cannot be regulated through normal parole procedures, it is appropriate, in the interest of public safety, to maintain the conditions placed by the Court of Appeal upon his release.

Disposition

I would dismiss this appeal.

Appeal dismissed.

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

Solicitor for the respondent: Michael Jackson, Vancouver.

discrétionnaire qu'elle possède en vertu de l'art. 761 du Code criminel.

Cependant en raison de l'âge de Steele et de la durée de son incarcération, il serait injuste de l'obliger à entamer de nouvelles procédures sous forme de demande d'examen judiciaire de la décision de la Commission nationale des libérations conditionnelles. Dans les circonstances tout à fait inusitées de l'espèce, je suis d'avis de confirmer la mise en liberté de Steele en vertu de la demande d'*habeas corpus*. Je partage aussi l'avis de la Cour d'appel que puisque sa mise en liberté ne peut être régie par les procédures normales de libération conditionnelle, il convient, pour assurer la sécurité du public, de maintenir les conditions dont cette cour a assorti sa mise en liberté.

Dispositif

d Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

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

e

Procureur de l'intimé: Michael Jackson, Vancouver.

Guiseppe Francella Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. FRANCELLA

File No.: 21237.

1990: November 1; 1990: November 8.

Present: Wilson, Sopinka, Cory, McLachlin and Stevenson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Murder — First degree murder — Murder during commission of other offences — Husband holding wife at gunpoint for substantial period of time — Wife shot when leaving house — Whether murder took place during or after cessation of forcible confinement — Whether trial judge erred in failing to instruct jury on this issue.

Held: The appeal should be dismissed.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1988), 29 O.A.C. 342, 46 C.C.C. (3d) 93, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of first degree murder contrary to s. 214(5) of the *Criminal Code*. Appeal dismissed.

Michael Code, for the appellant.

Jay L. Naster, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—I am in agreement with the reasons expressed by the majority in the Court of Appeal (1988), 29 O.A.C. 342, 46 C.C.C. (3d) 93. The appeal is therefore dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.

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

Guiseppe Francella Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée^a RÉPERTORIÉ: R. c. FRANCELLA

N° du greffe: 21237.

1990: 1^{er} novembre; 1990: 8 novembre.^b Présents: Les juges Wilson, Sopinka, Cory, McLachlin et Stevenson.

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

^c *Droit criminel — Meurtre — Meurtre au premier degré — Meurtre concomitant de la perpétration d'autres infractions — Époux ayant menacé son épouse au moyen d'une arme à feu pendant un délai important — Épouse abattue alors qu'elle quittait la maison — Le meurtre a-t-il été commis avant ou après la séquestration? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne donnant pas au jury des directives sur ce point?*

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

^e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1988), 29 O.A.C. 342, 46 C.C.C. (3d) 93, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité prononcée relativement à l'accusation d'avoir commis un meurtre au premier degré contrairement au par. 214(5) du *Code criminel*. Pourvoi rejeté.

Michael Code, pour l'appellant.

Jay L. Naster, pour l'intimée.

^g Version française du jugement de la Cour rendu par

^h LE JUGE WILSON—Je suis d'accord avec les motifs énoncés par la Cour d'appel à la majorité (1988), 29 O.A.C. 342, 46 C.C.C. (3d) 93. Le pourvoi est donc rejeté.

Pourvoi rejeté.

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

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

Jean-Claude Garofoli Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. GAROFOLI

File No.: 21099.

1989: October 3, 4; 1990: November 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Interception of private communications — Access to sealed packet — Validity of wiretap authorizations — Grounds for challenging authorizations and appropriate remedies — Protection of identity of informers — Editing of affidavits — Entitlement of accused to cross-examine on affidavits — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part IV.1.

Criminal law — Interception of private communications — Admissibility of evidence — Relationship between s. 178.16 of Criminal Code and s. 24(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Interception of private communications — Judge failing to include minimization clause in wiretap authorizations — Whether authorizations violate s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Appellant was charged with conspiring to import a narcotic. The evidence against him was derived largely from private communications intercepted pursuant to wiretap authorizations. At the conclusion of a *voir dire* to determine the admissibility of the intercepted communications, the trial judge refused to order the opening of the sealed packets containing the affidavits upon which the authorizations were granted and found the wiretap evidence to be admissible. He convicted appellant. Relying on its decision in *Playford*, released after the trial judge's ruling, the Court of Appeal found that appellant was entitled to have access to the sealed packets. The affidavits were edited to protect confidential informants and then released to him. The court found that the editing did not impair counsel's ability to determine the facial validity of the affidavits, that the

* Chief Justice at the time of hearing.

** Chief Justice at the time of judgment.

Jean-Claude Garofoli Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

a

RÉPERTORIÉ: R. C. GAROFOLI

N° du greffe: 21099.

1989: 3, 4 octobre; 1990: 22 novembre.

b

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

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

c

Droit criminel — Interception de communications privées — Accès au paquet scellé — Validité d'autorisations d'écoute électronique — Motifs de contestation des autorisations et recours appropriés — Protection de l'identité des informateurs — Révision des affidavits — Droit de l'accusé de contre-interroger au sujet des affidavits — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, partie IV.1.

Droit criminel — Interception de communications privées — Recevabilité de la preuve — Rapports entre l'art. 178.16 du Code criminel et l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Interception de communications privées — Omission du juge d'inclure une clause de minimisation dans les autorisations d'écoute électronique — Les autorisations violent-elles l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés?

L'appellant a été accusé de complot en vue d'importer un stupéfiant. La preuve contre lui provenait en grande partie de communications privées interceptées en vertu d'autorisations d'écoute électronique. À la fin d'un *voir dire* sur la recevabilité des communications interceptées, le juge du procès a refusé d'ordonner l'ouverture des paquets scellés contenant les affidavits sur la foi desquels les autorisations avaient été accordées et il a statué que la preuve obtenue par écoute électronique était recevable. Il a déclaré l'appellant coupable. Se fondant sur l'arrêt *Playford*, qu'elle avait rendu après la décision du juge de première instance, la Cour d'appel a jugé que l'appellant avait droit d'accès aux paquets scellés. Les affidavits ont été révisés pour protéger des informateurs et communiqués à l'appellant. La cour a conclu que la révision ne compromettrait pas la capacité de l'avocat

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

** Juge en chef à la date du jugement.

affidavits set out sufficient indicia of reliability of the informant involved, and that they set out ample facts to meet constitutional requirements for a reasonable search and seizure. Since appellant had not shown that the affiant had made a false statement knowingly and intentionally, or with reckless disregard for the truth, he was not entitled to cross-examine him. The court concluded that the trial judge's refusal to permit appellant to have access to the affidavits did not result in a miscarriage of justice and upheld the conviction. The main issues on this appeal are whether the accused is entitled to access to the material in the sealed packet; on what terms an accused may challenge an authorization for wiretap; special requirements relating to informants; the procedure for editing affidavits in the sealed packet; whether the accused is entitled to cross-examine on the affidavits; and whether the authorizing judge's failure to include a minimization clause resulted in authorization of an unreasonable search and seizure in violation of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

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

Per Dickson C.J. and Lamer C.J. and La Forest, Sopinka and Gonthier JJ.: The Court of Appeal was right to open the sealed packets since the accused is entitled, subject to editing, to have their contents produced in order to enable him to make full answer and defence.

Since wiretaps constitute a search or seizure, the statutory provisions authorizing them must conform to the minimum constitutional requirements demanded by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The issuing judge must be satisfied that there are reasonable and probable grounds to believe that an offence has been or is being committed, and that the authorization sought will afford evidence of that offence.

The procedures available for challenging a wiretap authorization are: (1) a *Parsons voir dire* before the trial judge to determine whether the authorization is valid on its face, the remedy being exclusion under s. 178.16 of the *Code*; (2) a *Wilson* application before the issuing court to determine the substantive or subfacial validity of the affidavit, the remedy being the setting aside of the authorization; (3) a *Garofoli* hearing before the trial judge to determine whether the authorization complies with s. 8 of the *Charter*, the remedy being a determination of whether the evidence should be excluded

d'évaluer la validité apparente des affidavits, que les affidavits donnaient suffisamment d'indications de la fiabilité de l'informateur en cause et qu'ils présentaient largement assez de faits pour satisfaire aux exigences constitutionnelles d'une perquisition et d'une saisie raisonnables. Puisque l'appelant n'avait pas démontré que le déposant avait fait volontairement, intentionnellement ou inconsidérément une fausse déclaration, il n'avait pas le droit de le contre-interroger. La cour a conclu que le refus du juge du procès de permettre à l'appelant d'avoir accès aux affidavits ne constituait pas une erreur judiciaire grave et elle a confirmé la déclaration de culpabilité. Les questions principales en l'espèce sont de savoir si l'accusé a droit d'avoir accès aux documents du paquet scellé; de quelle manière un accusé peut contester une autorisation d'écoute; quelles exigences spéciales s'appliquent aux informateurs; quelle procédure s'applique à la révision des affidavits du paquet scellé; si l'accusé a le droit de contre-interroger au sujet des affidavits; et si l'omission du juge qui a accordé l'autorisation d'inclure une clause de minimisation a donné lieu à une perquisition et saisie abusives en violation de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

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

Le juge en chef Dickson, le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka et Gonthier: La Cour d'appel a eu raison d'ouvrir les paquets scellés puisque l'accusé a droit à ce que le paquet soit ouvert et, sous réserve d'une révision, à ce que son contenu soit produit pour lui permettre de préparer une défense pleine et entière.

Puisque l'écoute électronique constitue une perquisition ou une saisie, les dispositions législatives en vertu desquelles elle est autorisée doivent se conformer aux exigences constitutionnelles minimales de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge qui accorde l'autorisation doit être convaincu qu'il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise, ou est en train de l'être, et que l'autorisation demandée fournira des éléments de preuve de la perpétration de cette infraction.

Les procédures auxquelles on peut avoir recours pour contester une autorisation d'écoute électronique sont: (1) un voir-dire de type *Parsons*, devant le juge du procès pour examiner la validité apparente de l'autorisation, la réparation étant l'exclusion en vertu de l'art. 178.16 du *Code*; (2) une demande de type *Wilson* devant le tribunal qui a accordé l'autorisation pour déterminer si l'affidavit est valide quant au fond, la réparation étant l'annulation de l'autorisation; (3) une audience de type *Garofoli* devant le juge du procès pour déterminer si l'autorisation est conforme à l'art. 8 de la

ed under s. 24(2) of the *Charter*; and (4) a *Vanweenan* hearing before the trial judge to determine whether the authorization names all "known" persons as required by ss. 178.12(1)(e) and 178.13(2)(c) of the *Code*, the remedy being exclusion under s. 178.16.

When it is asserted by an accused that a wiretap infringes s. 8 of the *Charter*, the application for review should be made to the trial judge, even though applications to open the sealed packet must be made to a judge designated in s. 178.14(1)(a)(ii) of the *Code*, who in some cases will not be the trial judge. In determining whether a search is reasonable under s. 8 of the *Charter*, the reviewing judge must determine whether the *Code* requirements have been satisfied, since the statutory conditions are identical to the requirements of s. 8. Whereas *Wilson* precluded a review of the authorizing judge's decision that the statutory conditions had been complied with, unless some ground such as fraud or new evidence was established, the application of s. 8 requires review as a step in determining the reasonableness of the search and seizure. If, based on the record, the reviewing judge concludes that the authorizing judge could have granted the authorization, then he should not interfere. A finding that the interception is unlawful attracts the peremptory language of s. 178.16 and the evidence is inadmissible. Section 24(2) of the *Charter* cannot have the effect of making the evidence admissible even if its admission would not bring the administration of justice into disrepute. Accordingly, an accused who has invoked s. 24 and established that an interception was unlawfully obtained is entitled to have the evidence excluded under s. 178.16.

Hearsay statements of an informant can provide reasonable and probable grounds to justify a search, but evidence of an informer's tip, by itself, is insufficient to establish reasonable and probable grounds. The reliability of a tip is to be assessed by having regard to the totality of the circumstances. The results of the search cannot, *ex post facto*, provide evidence of the reliability of the information.

The courts clearly have a power to edit derived from the supervising and protecting power they have over their own records. In determining what to edit, the judge will have regard for the rule against disclosure of police informers, subject to the "innocence at stake" exception. The determination in each case will require a balancing of the relevance of the identity of the informer to the

Charte, la réparation étant une décision, rendue en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, concernant l'exclusion de la preuve; et (4) une audience de type *Vanweenan* tenue devant le juge du procès en vue de déterminer si l'autorisation identifie toutes les personnes «connues» comme l'exigent les al. 178.12(1)e) et 178.13(2)c) du *Code*, la réparation étant l'exclusion en vertu de l'art. 178.16.

Quand un accusé soutient que l'écoute électronique enfreint l'art. 8 de la *Charte*, la demande d'examen doit être présentée au juge du procès, même si les demandes d'ouverture du paquet scellé doivent être soumises à un juge désigné à l'al. 178.14(1)a)(ii) du *Code*, qui dans certains cas ne sera pas le juge du procès. Pour déterminer si la perquisition ou fouille est raisonnable en vertu de l'art. 8 de la *Charte*, le juge qui siège en révision doit déterminer si les dispositions du *Code* ont été respectées, puisque les conditions légales sont identiques aux exigences de l'art. 8. Alors que l'arrêt *Wilson* empêchait la révision de la décision du juge qui a accordé l'autorisation selon laquelle les conditions imposées par la loi avaient été respectées, sauf s'il y avait eu fraude ou découverte de nouveaux éléments de preuve, l'application de l'art. 8 exige de réviser cette décision comme étape de la décision relative au caractère raisonnable de la fouille, de la perquisition et de la saisie. Si, compte tenu du dossier, le juge siégeant en révision conclut que le juge qui a accordé l'autorisation pouvait le faire, il ne devrait pas intervenir. La conclusion que l'interception est illégale fait intervenir les termes péremptoires de l'art. 178.16 et la preuve est irrecevable. Le paragraphe 24(2) de la *Charte* ne peut avoir l'effet de rendre la preuve recevable même si son utilisation n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Par conséquent, un accusé qui invoque l'art. 24 et établit que l'interception a été faite illégalement est fondé à bénéficier des dispositions de l'art. 178.16.

Les déclarations d'informateurs qui sont du ouï-dire peuvent fournir des motifs raisonnables et probables justifiant une fouille, mais la preuve d'un renseignement provenant d'un informateur est insuffisante en soi pour établir l'existence de motifs raisonnables et probables. La fiabilité du renseignement doit être évaluée en fonction de l'ensemble des circonstances. Les résultats d'une fouille ne peuvent *ex post facto* apporter la preuve de la fiabilité des renseignements.

Les cours ont manifestement le pouvoir de réviser les documents en vertu du pouvoir de contrôle et de protection qu'elles possèdent à l'égard de leurs propres dossiers. Pour déterminer ce qu'il doit écarter, le juge tiendra compte de la règle interdisant la divulgation de l'identité des indicateurs de police, sous réserve de l'exception concernant la démonstration de l'innocence de

accused's case against the prejudice to the informer and to the public interest in law enforcement which disclosure would occasion.

The preconditions for cross-examination of the affiant imposed by the Court of Appeal, based largely on the American case of *Franks v. Delaware*, are too restrictive. This Court has consistently protected the right to cross-examine. The concerns regarding protection of the identity of informers and prolongation of proceedings can be accommodated without such a drastic curtailment of the right. There is no right to cross-examine informers, since they are not witnesses and cannot be identified unless the accused brings himself within the "innocence at stake" exception. Leave to cross-examine should be granted at the discretion of the trial judge, who may impose limitations on its scope, when he is satisfied that cross-examination is necessary to enable the accused to make full answer and defence. The accused must establish a basis for the view that cross-examination will impugn the existence of one of the preconditions for the authorization.

Appellant has shown a basis for cross-examination here. In view of the degree of reliance by the police on the informer in this case, if the informer is discredited then the factual basis for the authorization is undermined. Since appellant was not permitted to cross-examine the affiant, there should be a new trial.

The failure of the authorizing judge to impose conditions minimizing the interception of irrelevant communications does not result in the authorization of an unreasonable search and seizure in violation of s. 8 of the *Charter*. An absolute requirement of live monitoring in all cases would impose too heavy a burden on Canadian law enforcement officials. While a requirement of live monitoring or visual confirmation would generally be appropriate when telephone calls are to be intercepted at public pay telephones, the same considerations do not apply with respect to the private residence of a person named in an authorization unless there are special circumstances calling for live monitoring, and appellant has not satisfied the Court that any special considerations are involved here.

Per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. (dissenting): Since the power of a judge to grant a wiretap authorization subject to the preconditions set out in s. 178.13(1) of the *Code* must be exercised in conformity with the *Charter*, the section should be read so as to require that the judge be satisfied that there are reasonable grounds

l'accusé. Dans chaque cas, cette décision exige qu'on soupèse l'importance de l'identité de l'informateur pour la thèse de l'accusé et le préjudice que la divulgation causerait à l'informateur et à l'intérêt public en matière d'application de la loi.

Les conditions préalables au contre-interrogatoire de l'auteur de l'affidavit imposée par la Cour d'appel, largement fondées sur l'arrêt américain *Franks v. Delaware*, sont trop restrictives. Notre Cour a pour principe de maintenir le droit au contre-interrogatoire. On peut tenir compte des préoccupations relatives à la protection de l'identité des informateurs et à la prolongation des procédures sans restreindre le droit si sévèrement. Il n'existe aucun droit de contre-interroger les informateurs puisqu'ils ne sont pas des témoins et ils ne peuvent être identifiés à moins que l'accusé n'invoque l'exception relative à la démonstration de son innocence. Le juge du procès devrait accorder l'autorisation de contre-interroger, conformément au pouvoir discrétionnaire qu'il possède, s'il est convaincu que le contre-interrogatoire est nécessaire pour permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière. L'accusé doit démontrer qu'il y a des raisons de penser que le contre-interrogatoire mettra en doute l'existence d'une des conditions préalables à l'autorisation.

En l'espèce, l'appellant a justifié son droit au contre-interrogatoire. Compte tenu de l'importance donnée par les policiers à l'informateur en l'espèce, si celui-ci est discrédité, le fondement factuel de l'autorisation est vicié. Le contre-interrogatoire ayant été refusé, il doit y avoir un nouveau procès.

L'omission du juge qui a accordé l'autorisation d'imposer des conditions minimisant l'interception de communications non pertinentes n'a pas donné lieu à une perquisition et à une saisie abusives en contravention de l'art. 8 de la *Charte*. L'obligation d'une surveillance réelle dans tous les cas imposerait un fardeau trop lourd aux responsables de l'application des lois canadiennes. L'imposition d'une surveillance réelle ou visuelle conviendrait d'ordinaire à l'interception des appels de téléphones publics payants, mais les mêmes considérations ne s'appliquent pas à l'égard de la résidence privée de personnes nommées dans une autorisation à moins qu'il existe des circonstances particulières exigeant une surveillance réelle. L'appellant n'a pas convaincu la Cour qu'il existait des circonstances particulières en l'espèce.

Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin (dissidents): Puisque le pouvoir que possède un juge d'autoriser l'interception de communications aux conditions fixées par le par. 178.13(1) du *Code* doit être exercé conformément à la *Charte*, il faut voir dans cet article la condition que le juge soit convaincu qu'il y a des motifs

to believe that the specified offence has been or is being committed, and that evidence of the offence will be obtained by the interception sought. Apart from this limitation on a judge's ability to authorize a wiretap, the direct protection for individuals comes from two sources: s. 178.16(1)(a) of the *Code*, which states that to be admissible in evidence an electronic interception must have been "lawfully made", and s. 24(2) of the *Charter*, which provides for the exclusion of evidence where the evidence was obtained in a manner that infringed a *Charter* right and it is established that its admission would bring the administration of justice into disrepute. An accused seeking to exclude evidence of an interception has two remedies: (1) a *Wilson* application to a superior court to set aside the authorization, thereby rendering the interception not "lawfully made" within the terms of s. 178.16(1)(a); and (2) a *Garofoli* application before the trial judge (often a provincial court judge) for exclusion of the intercepted evidence on the ground that it constitutes an unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter* and its admission would tend to bring the administration of justice into disrepute under s. 24(2).

The question of whether the packet should be opened is a matter within the discretion of the judge hearing the application, who must balance the interests of the accused in the protection of privacy and a fair trial, including the right to make full answer and defence, with the public interest in the administration of justice. Given the importance of the accused's right to make full answer and defence, the balance will generally fall in favour of opening the packet, subject to editing and special concerns for the administration of justice which may arise in particular cases. Here the Court of Appeal held that the packet should have been opened, subject to editing, and the balance in this case mandates that conclusion.

In deciding whether the accused may cross-examine on the affidavit, the judge must again balance the interests of the accused with the public interest in the administration of justice. Given that cross-examination may present greater problems for the administration of justice and less importance, from the point of view of ensuring a fair trial, than does access to the packet, the balance will generally favour denial unless the accused is able to make a preliminary showing establishing the special relevance of the cross-examination. In this case appellant has not established that cross-examination was likely to assist him in presenting a full answer and

raisonnables de croire que l'infraction précisée a été commise ou qu'elle est en train de l'être et que l'interception demandée en fournira une preuve. Outre cette restriction à la capacité d'un juge d'autoriser la surveillance électronique, la protection directe des personnes découle de deux sources: l'al. 178.16(1)a) du *Code* qui précise que, pour que la communication soit recevable, il faut que l'interception ait été «faite légalement», et le par. 24(2) de la *Charte*, qui prescrit l'exclusion de la preuve obtenue dans des conditions qui portent atteinte à un droit garanti par la *Charte* et dont l'utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Un accusé qui cherche à faire exclure des preuves obtenues par écoute électronique a deux recours: (1) une demande de type *Wilson* à une cour supérieure pour faire annuler l'autorisation, de sorte que l'autorisation n'est plus «faite légalement» au sens de l'al. 178.16(1)a); et (2) une demande de type *Garofoli* au juge du procès (souvent un juge d'une cour provinciale) pour faire exclure les éléments de preuve pour le motif que leur interception est une fouille ou saisie abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte* et que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice au sens du par. 24(2) de la *Charte*.

La question de savoir si le paquet devrait être ouvert relève du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande, qui doit soupeser, d'une part, les droits de l'accusé à la protection de sa vie privée et à un procès équitable, dont le droit de présenter une défense pleine et entière, et, d'autre part, l'intérêt du public dans la bonne administration de la justice. Vu l'importance du droit de l'accusé à une défense pleine et entière, la balance penchera généralement en faveur de l'ouverture du paquet, sous réserve de la révision des textes et de considérations spéciales en matière d'administration de la justice qui peuvent se présenter dans des cas particuliers. En l'espèce, la Cour d'appel a conclu qu'il aurait fallu ouvrir le paquet, sous réserve de la révision de son contenu, et l'évaluation relative des intérêts en jeu impose cette conclusion.

En décidant si l'accusé peut contre-interroger l'auteur de l'affidavit, le juge doit de nouveau soupeser les droits de l'accusé et l'intérêt du public dans l'administration de la justice. Vu que le contre-interrogatoire, par rapport à l'accès au paquet, peut présenter des problèmes plus grands en matière d'administration de la justice et avoir moins d'importance, du point de vue de la tenue d'un procès équitable, la balance penchera généralement en faveur du rejet de la demande à moins que l'accusé puisse prouver au préalable la pertinence particulière du contre-interrogatoire. En l'espèce, l'appellant n'a pas réussi à démontrer que le contre-interrogatoire était

defence, and it posed risks of disclosure of confidential police information and of lengthening the proceedings to no purpose. In these circumstances the balance clearly favours rejection of the right to cross-examine.

Cases Cited

By Sopinka J.

Considered: *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755; **not followed:** *Franks v. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978); **referred to:** *R. v. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142; *United States v. Tufaro*, 593 F. Supp. 476 (1983); *People v. Baris*, 500 N.Y.S. 2d 572; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48; *R. v. Parsons* (1977), 37 C.C.C. (2d) 497, aff'd [1980] 1 S.C.R. 785 (*sub nom. Charette v. The Queen*); *R. v. Chesson*, [1988] 2 S.C.R. 148; *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21; *R. v. Banas and Haverkamp* (1982), 65 C.C.C. (2d) 224; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213 (1983); *R. v. Debot* (1986), 30 C.C.C. (3d) 207, aff'd [1989] 2 S.C.R. 1140; *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *Re Rideout and The Queen* (1986), 31 C.C.C. (3d) 211; *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53 (1957); *Re Chambers and The Queen* (1985), 20 C.C.C. (3d) 440; *R. v. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260; *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449; *R. v. Parmar* (1987), 37 C.C.C. (3d) 300; *Innisfil (Corporation of the Township) v. Corporation of the Township of Vespra*, [1981] 2 S.C.R. 145; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *Gulf Islands Navigation Ltd. v. Seafarers' International Union of North America (Canadian District)* (1959), 18 D.L.R. (2d) 625; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505, rev'g (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 145; *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490; *R. v. Zito*, [1990] 2 S.C.R. 1520.

By McLachlin J. (dissenting)

Wilson v. The Queen, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48; *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Franks v. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978); *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505, rev'g (1987),

susceptible de l'aider à présenter une défense pleine et entière et, par ailleurs, le contre-interrogatoire risquait de provoquer la révélation de renseignements policiers confidentiels et de prolonger inutilement les procédures. Dans ces circonstances, l'évaluation des intérêts en jeu favorise nettement le refus du droit de contre-interroger.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts considérés: *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755; **arrêt non suivi:** *Franks v. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978); **arrêts mentionnés:** *R. v. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142; *United States v. Tufaro*, 593 F. Supp. 476 (1983); *People v. Baris*, 500 N.Y.S. 2d 572; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48; *R. v. Parsons* (1977), 37 C.C.C. (2d) 497, conf. par [1980] 1 R.C.S. 785 (*sub nom. Charette c. La Reine*); *R. c. Chesson*, [1988] 2 R.C.S. 148; *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. v. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21; *R. v. Banas and Haverkamp* (1982), 65 C.C.C. (2d) 224; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213 (1983); *R. v. Debot* (1986), 30 C.C.C. (3d) 207, conf. par [1989] 2 R.C.S. 1140; *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Re Rideout and The Queen* (1986), 31 C.C.C. (3d) 211; *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53 (1957); *Re Chambers and The Queen* (1985), 20 C.C.C. (3d) 440; *R. v. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260; *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449; *R. v. Parmar* (1987), 37 C.C.C. (3d) 300; *Innisfil (Municipalité du canton) c. Municipalité du canton de Vespra*, [1981] 2 R.C.S. 145; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *Gulf Islands Navigation Ltd. v. Seafarers' International Union of North America (Canadian District)* (1959), 18 D.L.R. (2d) 625; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, inf. (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 145; *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490; *R. c. Zito*, [1990] 2 R.C.S. 1520.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

Wilson c. La Reine, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48; *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Franks v. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978); *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, inf. (1987), 17 B.C.L.R. (2d)

17 B.C.L.R. (2d) 145; *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490; *R. v. Zito*, [1990] 2 S.C.R. 1520.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 24(1), (2).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 [am. 1973-74, c. 50, s. 2], ss. 178.1 [am. 1976-77, c. 53, s. 7; 1980-81-82-83, c. 125, s. 10; 1984, c. 21, s. 76], 178.11, 178.12 [am. 1976-77, c. 53, s. 8], 178.13 [am. *idem*, s. 9], 178.14 [am. 1985, c. 19, s. 24], 178.16 [am. 1976-77, c. 53, s. 10], 178.17, 178.18, 178.19, 178.2, 178.21, 178.22 [am. 1976-77, c. 53, s. 11.1; 1985, c. 19, s. 27], 178.23 [am. 1976-77, c. 53, s. 12], 431.1 [ad. 1974-75-76, c. 93, s. 39], 577(3), 610(1)(a), (b).
 18 U.S.C. §§ 2510-20 (1988).

Authors Cited

McCormick on Evidence, 3rd ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1988), 27 O.A.C. 1, 41 C.C.C. (3d) 97, 64 C.R. (3d) 193, 43 C.R.R. 252, dismissing appellant's appeal from his conviction on a charge of conspiring to import a narcotic. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

Keith E. Wright and Marc Rosenberg, for the appellant.

J. E. Thompson and R. W. Hubbard, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer C.J. and La Forest, Sopinka and Gonthier JJ. was delivered by

SOPINKA J.—This appeal is part of a series of appeals heard together by the Court dealing with various aspects of the law relating to the interception of private communications (hereinafter “wire-taps”). The other cases in the series are *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505, *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490, and *R. v. Zito*, [1990] 2 S.C.R. 1520. This appeal addresses a number of issues consequent upon the opening of the sealed packet. Principal among them are the grounds for challenges to the validity of authorizations, what is the appropriate editing of wiretap

145; *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490; *R. c. Zito*, [1990] 2 R.C.S. 1520.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 24(1), (2).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34 [mod. 1973-74, ch. 50, art. 2], art. 178.1 [mod. 1976-77, ch. 53, art. 7; 1980-81-82-83, ch. 125, art. 10; 1984, ch. 21, art. 76], 178.11, 178.12 [mod. 1976-77, ch. 53, art. 8], 178.13 [mod. *idem*, art. 9], 178.14 [mod. 1985, ch. 19, art. 24], 178.16 [mod. 1976-77, ch. 53, art. 10], 178.17, 178.18, 178.19, 178.2, 178.21, 178.22 [mod. 1976-77, ch. 53, art. 11.1; 1985, ch. 19, art. 27], 178.23 [mod. 1976-77, ch. 53, art. 12], 431.1 [aj. 1974-75-76, ch. 93, art. 39], 577(3), 610(1)a), b).
 18 U.S.C. §§ 2510 à 2520 (1988).

Doctrine citée

McCormick on Evidence, 3rd ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1988), 27 O.A.C. 1, 41 C.C.C. (3d) 97, 64 C.R. (3d) 193, 43 C.R.R. 252, rejetant l'appel de l'appelant contre sa déclaration de culpabilité sur une accusation de complot en vue d'importer un stupéfiant. Pourvoi accueilli, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

Keith E. Wright et Marc Rosenberg, pour l'appelant.

J. E. Thompson et R. W. Hubbard, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Dickson, du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka et Gonthier rendu par

LE JUGE SOPINKA—Ce pourvoi s'inscrit dans une série de pourvois que la Cour a entendus ensemble et qui portent sur divers aspects du droit applicable à l'interception de communications privées (ci-après l'«écoute électronique»). Les autres affaires sont les pourvois *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490; *R. c. Zito*, [1990] 2 R.C.S. 1520. Le présent pourvoi tranche plusieurs questions découlant de l'ouverture du paquet scellé. Les principales visent les moyens de contestation de la validité des autorisations, la

affidavits, and cross-examination on the affidavit relied on in support of an authorization.

Facts

The appellant was convicted with four others (Scibetta, Criminisi, Vanderkooy, and Allen) of conspiring to import a narcotic (cocaine). The principal evidence consisted of: (a) intercepted private communications, many of which were between Garofoli in Hamilton and Frank Savasta in Florida; (b) the evidence of Earl Smith, who was employed by Savasta to transport three kilograms of cocaine from Florida to Hamilton in November 1983; (c) the evidence of Biebuyck, as to the purchase by Vanderkooy of a quantity of cocaine in November or December 1983, and the subsequent sale and the delivery of certain of the proceeds to Scibetta; and (d) evidence confirming the presence of Smith in Hamilton in November 1983 and Savasta in Hamilton in January 1984.

The Court of Appeal held that the jury would be warranted in finding the following facts. Garofoli in Hamilton arranged with Savasta in Florida to purchase three kilograms of cocaine. On November 20, 1983, Criminisi and Allen flew to Florida and paid Savasta \$20,000 of a total price of \$61,000 for three kilograms of cocaine. Criminisi rented a car, and the cocaine was placed in its spare tire. Smith and Allen drove the car to Buffalo where Smith was to collect the balance of the purchase price. Smith and Allen registered at a hotel in Buffalo, and were joined by Scibetta. It was decided that Smith would drive the car across the border. After crossing the border, Smith and Allen drove to a hotel in Hamilton where they registered as guests early in the morning of November 23. Later that morning, Criminisi and Scibetta joined them at the hotel. Scibetta removed the spare tire from the rental car's trunk, put it in his car, and drove away. Smith, Criminisi and Allen went to the M & R Auto Body Shop, and met Garofoli and others. The car was stored there, with the Florida licence plates removed.

Smith remained in Hamilton, attempting to collect the balance of the purchase price. Around

révision convenable des affidavits en matière d'écoute électronique et le contre-interrogatoire sur l'affidavit invoqué à l'appui d'une autorisation.

a Les faits

L'appelant et quatre autres personnes (Scibetta, Criminisi, Vanderkooy et Allen) ont été accusés de complot en vue d'importer un stupéfiant (cocaine). Les principaux éléments de preuve étaient les suivants: a) l'interception de communications privées, dont plusieurs entre Garofoli à Hamilton et Frank Savasta en Floride; b) le témoignage d'Earl Smith, embauché par Savasta pour transporter trois kilos de cocaïne de la Floride à Hamilton en novembre 1983; c) le témoignage de Biebuyck, concernant l'achat d'une quantité de cocaïne par Vanderkooy en novembre ou décembre 1983, sa vente ultérieure et la remise d'une partie des profits à Scibetta; et d) la preuve confirmant la présence de Smith à Hamilton en novembre 1983 et de Savasta en janvier 1984.

La Cour d'appel a décidé que le jury serait justifié de conclure à l'existence des faits suivants. À Hamilton, Garofoli s'est entendu avec Savasta, en Floride, pour acheter trois kilos de cocaïne. Le 20 novembre 1983, Criminisi et Allen sont allés en Floride en avion et ont versé à Savasta 20 000 \$ du prix total de 61 000 \$ pour trois kilos de cocaïne. Criminisi a loué une voiture et la cocaïne a été placée dans la roue de secours. Smith et Allen se sont rendus en voiture à Buffalo où Smith devait recevoir le solde du prix d'achat. Smith et Allen ont pris une chambre d'hôtel à Buffalo et Scibetta est venu les rejoindre. Il a été décidé que Smith traverserait la frontière avec la voiture. Après avoir passé la frontière, Smith et Allen ont pris une chambre à un hôtel de Hamilton tôt le matin du 23 novembre. Plus tard dans la matinée, Criminisi et Scibetta les ont rejoints à l'hôtel. Scibetta a retiré la roue de secours du coffre arrière de la voiture louée, l'a mise dans sa voiture et est parti. Smith, Criminisi et Allen sont allés au M & R Auto Body Shop et y ont retrouvé Garofoli et d'autres. Ils ont remis la voiture à cet endroit et ont retiré les plaques de la Floride.

Smith est resté à Hamilton pour tenter de percevoir le solde du prix d'achat. Vers le 27 novembre,

November 27 Criminisi paid him a further \$10,000. A few days later, Smith, Criminisi and Allen went to Garofoli's home to discuss the balance. They telephoned Savasta at his office in Florida from a nearby pay telephone. Criminisi spoke first to Savasta. Then Garofoli spoke to Savasta, telling him he could be trusted to pay the balance. While speaking to Savasta, he gave \$4,790 to Criminisi which he gave to Smith. Then Smith spoke to Savasta who told him to return to Florida.

In late November or in early December 1983, Vanderkooy and Biebuyck drove to the M & R Body Shop. Vanderkooy went in, returned with Scibetta, and pointed to his car. Vanderkooy and Biebuyck left, and returned about one half-hour later. Vanderkooy again went into the shop. He returned and drove to Biebuyck's home, where he removed a package containing a kilogram of cocaine from the trunk of his car. The cocaine was divided into one-ounce packages. Most of it was sold, with certain of the proceeds being turned over to Scibetta.

After Smith returned to Florida, there were several telephone calls from Savasta to Garofoli concerning payment of the money. In January 1984 Savasta came to Hamilton where he met with Garofoli.

During the investigation, there were four orders authorizing the interception of the private communications. They were granted September 26, September 29, November 21 and December 30, 1983, by judges of the High Court of Justice of the Supreme Court of Ontario. The evidence of Garofoli's involvement in the conspiracy is derived in large measure from private communications intercepted under these authorizations. These included telephone conversations which ostensibly referred to the importing of various automobiles and jewelry, but which the jury were invited to interpret as referring to cocaine.

At the conclusion of a *voir dire* to determine the admissibility of the intercepted communications,

Criminisi lui a versé 10 000 \$ de plus. Quelques jours plus tard, Smith, Criminisi et Allen sont allés au domicile de Garofoli pour discuter du solde. Ils ont téléphoné au bureau de Savasta en Floride d'une cabine téléphonique voisine. Criminisi s'est d'abord entretenu avec Savasta. Garofoli a ensuite parlé à Savasta, lui disant qu'on pouvait lui faire confiance qu'il paierait le solde. Alors qu'il parlait à Savasta, il a remis 4 790 \$ à Criminisi qui les a remis à Smith. Smith a ensuite parlé à Savasta qui lui a dit de revenir en Floride.

À la fin du mois de novembre ou au début du mois de décembre 1983, Vanderkooy et Biebuyck se sont rendus en voiture au M & R Body Shop. Vanderkooy est entré dans l'établissement, en est sorti avec Scibetta et a montré sa voiture du doigt. Vanderkooy et Biebuyck sont repartis et revenus environ une demi-heure plus tard. Vanderkooy est encore entré dans l'établissement, il en est ressorti et s'est rendu en voiture au domicile de Biebuyck où il a retiré du coffre de sa voiture un paquet contenant un kilo de cocaïne. La cocaïne a été partagée en paquets d'une once chacun. La plupart ont été vendus et une partie des profits a été remise à Scibetta.

Après le retour de Smith en Floride, Savasta a téléphoné plusieurs fois à Garofoli concernant le paiement de la somme. En janvier 1984, Savasta est venu à Hamilton où il a rencontré Garofoli.

Au cours de l'enquête, quatre ordonnances autorisant l'interception de communications privées ont été rendues. Elles ont été accordées les 26 septembre, 29 septembre, 21 novembre et 30 décembre 1983 par des juges de la Haute Cour de justice de la Cour suprême de l'Ontario. La preuve de la participation de Garofoli dans le complot provient en grande partie des communications privées interceptées en vertu de ces autorisations. Il s'agit notamment de conversations téléphoniques au cours desquelles il était ostensiblement question de l'importation de diverses automobiles et de bijoux, qu'on a demandé au jury de considérer comme des références à la cocaïne.

À la fin d'un *voir-dire* sur la recevabilité des communications interceptées, le juge du procès a

the trial judge refused to order the opening of the sealed packets containing the affidavits upon which the orders were obtained and ordered that the wiretap evidence was admissible. The appellant did not appear for the next day of the trial. The trial was adjourned while inquiries were made as to his whereabouts. When it appeared that there was no explanation for his absence, a bench warrant was issued for his arrest. Pursuant to s. 431.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, the trial judge made a finding that he had absconded and ordered that the trial continue in his absence. The appellant's counsel was permitted to withdraw at that point.

The appellant appealed to the Court of Appeal of Ontario against his conviction and sentence on numerous grounds. It dismissed the appeal against conviction but allowed the appeal against sentence.

Courts Below

Court of Appeal (1988), 41 C.C.C. (3d) 97

Martin J.A., Cory J.A. Concurring

The first ground of appeal considered by the court was whether the trial judge erred in refusing the appellant access to the affidavits upon which the authorizations were granted. The trial judge had held that the appellant had not provided the necessary evidentiary basis for being granted access, nor established that denial of access contravened s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The trial judge's ruling was made before the release of *R. v. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142 (Ont. C.A.), which held that an accused is entitled to access to the sealed packet, generally speaking, as of right. The Court of Appeal itself opened the sealed packets, pursuant to s. 610(1)(a) of the *Criminal Code*, to determine whether any substantial miscarriage of justice had occurred. The affidavits were edited as proposed by Crown counsel to protect confidential informants and then released to the appellant.

refusé d'ordonner l'ouverture des paquets scellés contenant les affidavits sur la foi desquels les ordonnances avaient été rendues et il a statué que la preuve obtenue par écoute électronique était recevable. L'appellant n'a pas comparu à l'audience le jour suivant. On a ajourné le procès pour tenter de savoir où il se trouvait. Lorsqu'on a compris qu'aucune explication ne justifiait son absence, le juge saisi de l'affaire a décerné un mandat d'arrestation. Conformément à l'art. 431.1 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, le juge du procès a conclu qu'il s'était esquivé et il a ordonné que le procès se poursuive en son absence. On a permis alors à l'avocat de l'appellant de se retirer du dossier.

L'appellant a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité et de la sentence en invoquant de multiples moyens en Cour d'appel de l'Ontario. Celle-ci a rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité mais a accueilli l'appel de la sentence.

Les décisions des juridictions inférieures

La Cour d'appel (1988), 41 C.C.C. (3d) 97

Le juge Martin avec l'appui du juge Cory

Le premier moyen d'appel examiné par la cour était de savoir si le juge du procès avait commis une erreur en refusant à l'appellant l'accès aux affidavits en vertu desquels les autorisations avaient été accordées. Le juge du procès avait décidé que l'appellant n'avait pas présenté les éléments de preuve nécessaires pour obtenir un droit d'accès, ni établi que le refus de l'accès contrevenait à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le juge du procès a rendu sa décision avant le dépôt de l'arrêt *R. v. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142 (C.A. Ont.), qui décidait qu'un accusé peut généralement avoir accès, de plein droit, au paquet scellé. La Cour d'appel a elle-même ouvert les paquets scellés en application de l'al. 610(1)(a) du *Code criminel* pour déterminer s'il y avait eu erreur judiciaire grave. Les affidavits ont été révisés comme le demandait le substitut du procureur général pour protéger les informateurs et ont ensuite été remis à l'appellant.

There was inconsistency among the dates contained in the documents for the November 21 authorization. The Court of Appeal, pursuant to s. 610(1)(b) of the *Criminal Code*, heard evidence from Roderick Flaherty, the agent designated by the Solicitor General to apply for the authorization and the commissioner who had sworn the affidavit. Flaherty was cross-examined by the appellant's counsel. The Court of Appeal was satisfied that the inconsistent dates were the result of a clerical error.

Martin J.A. then reviewed the law with respect to the review of orders authorizing the interception of private communications. The Supreme Court of Canada, in *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594, held that an authorization which has not been set aside is not subject to collateral attack and must receive full effect according to its terms. An authorization may be set aside on the grounds of fraud, material non-disclosure, misleading disclosure or the discovery of new evidence that shows that the actual facts are different from those upon which the authorization was granted. The application to set aside the authorization (a "*Wilson* application") must be made to the same court, though not necessarily the same judge, that authorized the interceptions. Martin J.A. noted that there is no appeal directly from a ruling on a *Wilson* application. He suggested, however, that a record of a *Wilson* application should be kept, which can be filed before the trial judge. The Crown or the accused could then appeal the *Wilson* ruling on an appeal from acquittal or conviction.

Martin J.A. then examined the effect of the *Charter* on the review of wiretap authorizations. In his view, the *Charter* does not expand the grounds, set out in *Wilson*, upon which an order to set aside an authorization may be based. However, the *Charter* does alter the power of a trial judge to go behind an authorization. If, at the trial, the accused alleges that the authorization constitutes an unreasonable search or seizure and thereby infringes s. 8 of the *Charter*, the trial judge has a

Il y avait une contradiction dans les dates contenues dans les documents relatifs à l'autorisation du 21 novembre. La Cour d'appel, conformément à l'al. 610(1)b) du *Code criminel*, a entendu le témoignage de Roderick Flaherty, le fonctionnaire désigné par le solliciteur général pour demander l'autorisation, et du commissaire à l'assermentation. Flaherty a été contre-interrogé par l'avocat de l'appelant. La Cour d'appel était convaincue que cette contradiction dans les dates résultait d'une erreur d'écriture.

Le juge Martin a ensuite examiné le droit applicable à la révision des ordonnances autorisant l'interception de communications privées. La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594, a décidé qu'une autorisation qui n'a pas été infirmée ne peut faire l'objet d'une attaque indirecte, mais doit recevoir son plein effet. Une autorisation peut être annulée s'il y a fraude, non-divulgence importante, déclaration trompeuse ou découverte de nouveaux éléments de preuve qui démontrent que les faits réels sont différents de ceux en vertu desquels l'autorisation a été accordée. La demande d'annulation de l'autorisation (une «demande de type *Wilson*») doit être présentée devant le tribunal qui a autorisé les interceptions, mais pas nécessairement devant le même juge. Le juge Martin a souligné que la décision rendue en vertu d'une demande de type *Wilson* ne peut faire l'objet d'un appel direct. Il a cependant indiqué qu'il y aurait lieu de conserver un dossier concernant la demande de type *Wilson* qui pourrait être produit devant le juge du procès. Le ministère public ou l'accusé pourrait alors porter en appel la décision rendue sur la demande de type *Wilson* dans le cadre d'un appel de l'acquiescement ou de la déclaration de culpabilité.

Le juge Martin a ensuite examiné l'effet de la *Charte* sur la révision des autorisations d'écoute électronique. À son avis, la *Charte* n'étend pas les moyens, formulés dans l'arrêt *Wilson*, qui peuvent fonder une ordonnance portant annulation d'une autorisation. Cependant, la *Charte* modifie le pouvoir d'un juge du procès de vérifier le bien fondé de l'autorisation. Si, au procès, l'accusé allègue que l'autorisation constitue une perquisition ou une saisie abusive et contrevient donc à l'art. 8 de la

duty to hear submissions or evidence on this point and to rule on the lawfulness of the interception. The trial judge may not necessarily have the power to set aside the authorization, where, for instance, the conditions outlined in *Wilson* are not met. But he or she may, without setting aside the order, hold that the necessary statutory conditions for the granting of the authorization were not met and that the interception constitutes an unreasonable search and seizure in violation of s. 8.

A finding that the interception constituted an unreasonable search, however, will not necessarily result in the exclusion of the evidence. If the authorization has not been set aside on a *Wilson* application, the evidence can only be excluded if the trial judge decides, under s. 24(2) of the *Charter*, that the admission of the evidence could bring the administration of justice into disrepute. Martin J.A. leaves open the issue whether s. 24(1) could be employed to quash an authorization.

Martin J.A. then reviewed American law with respect to applications for orders authorizing electronic surveillance. Under Title III of the *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, 18 U.S.C. §§ 2510-20 (1988), a trial judge may suppress the contents of any intercepted wire or oral communication, among other things, on the ground that the communication was unlawfully intercepted. With respect to examining affidavits for conformity with the *Criminal Code* in order to judge the reasonableness of a search and seizure under s. 8 of the *Charter*, he approved of two American cases in particular. First, *United States v. Tufaro*, 593 F. Supp. 476 (S.D.N.Y. 1983), held that an interception order carries a presumption of validity. Deference is given to the determination of the issuing judge by demanding only that a "substantial basis" for finding probable cause existed. Second, *People v. Baris*, 500 N.Y.S. 2d 572 (A.D. 4 Dept. 1986), held that in showing the necessity of electronic surveillance (similar to the requirement in ss. 178.12(1)(g) and 178.13(1)(b)) a common sense approach must be taken whereby eavesdrop-

Charte, le juge du procès doit entendre les arguments ou recevoir les éléments de preuve sur ce point et se prononcer sur la légalité de l'interception. Le juge du procès n'a pas nécessairement le pouvoir d'annuler une autorisation lorsque, par exemple, les conditions formulées dans l'arrêt *Wilson* ne sont pas respectées. Mais il peut, sans annuler l'ordonnance, décider que les conditions légales nécessaires pour accorder l'autorisation n'ont pas été respectées et que l'interception constitue une perquisition ou une saisie abusive en violation de l'art. 8.

Toutefois la conclusion que l'interception constitue une perquisition abusive n'aura pas nécessairement pour effet l'exclusion des éléments de preuve. Si l'autorisation n'a pas été annulée par suite d'une demande de type *Wilson*, les éléments de preuve ne peuvent être écartés que si le juge du procès décide, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, que l'utilisation de la preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le juge Martin ne s'est pas prononcé sur la question de savoir si le par. 24(1) pourrait être invoqué pour annuler une autorisation.

Le juge Martin a ensuite examiné le droit américain en matière de demandes d'autorisation de surveillance électronique. En vertu du titre III de l'*Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, 18 U.S.C. §§ 2510 à 2520 (1988), un juge du procès peut supprimer le contenu de toute communication électronique ou orale interceptée pour le motif notamment que la communication a été interceptée illégalement. Quant à l'examen de la conformité des affidavits avec le *Code criminel* pour déterminer le caractère raisonnable d'une perquisition et d'une saisie en vertu de l'art. 8 de la *Charte*, il a exprimé son accord sur deux décisions américaines en particulier. Premièrement, l'arrêt *United States v. Tufaro*, 593 F. Supp. 476 (S.D.N.Y. 1983) a décidé qu'une ordonnance d'interception comporte une présomption de validité. On en défère à la décision du juge qui a ordonné l'interception en ce qu'on exige seulement un [TRADUCTION] «fondement solide» à la conclusion qu'il existe un motif probable. Deuxièmement, l'arrêt *People v. Baris*, 500 N.Y.S. 2d 572 (A.D. 4 Dept. 1986), a décidé que, pour démontrer la

ping should not be used routinely as a first investigative step but neither should the police be required to show that it is a last resort.

Martin J.A. also approved of U.S. law with respect to going behind the face of the affidavit to attack the truth of the statements contained in it. The U.S. Supreme Court in *Franks v. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978), held that the Fourth Amendment demands an evidentiary hearing if the accused makes a substantial preliminary showing that a false statement was included by the affiant intentionally or with reckless disregard for the truth and that the false statement is necessary to the finding of probable cause. If at the hearing the allegation of perjury or reckless disregard for the truth is established by a preponderance of evidence, and the remaining content of the affidavit is insufficient to establish probable cause, then the warrant is to be treated as a nullity and the fruits of the search excluded. Martin J.A. noted that the U.S. Supreme Court held that truthfulness in this context is not equivalent to correctness. A warrant can be based on hearsay, statements from informers, etc. The affidavit must only be truthful in the sense that the information put forth is believed or appropriately accepted by the affiant as true.

Applying these conclusions to the facts of the case, Martin J.A. held with respect to the facial sufficiency of the affidavits that: (1) the editing of the affidavits did not impair counsel's ability to assess their content to determine their facial validity; (2) the affidavits set out sufficient indicia of reliability of an informant, whose statements form some of the facts included in the affidavit; and (3) the affidavits set out ample facts to meet constitutional requirements for a reasonable search and seizure.

nécessité de la surveillance électronique (semblable à l'exigence des al. 178.12(1)g) et 178.13(1)b)), il faut partir du principe, inspiré par le bon sens, que l'écoute de communications privées ne devrait pas
 a devenir une première étape de routine dans les enquêtes de police mais que les policiers ne devraient pas non plus être tenus d'établir qu'il s'agit d'un moyen de dernier ressort.

b Le juge Martin s'est également dit d'accord avec le droit américain quant à la vérification de l'affidavit pour contester la véracité des affirmations qu'il contient. La Cour suprême des États-Unis dans *Franks v. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978), a
 c décidé que le Quatrième amendement exige une audition de la preuve si l'accusé apporte une solide démonstration préliminaire que le déposant a fait une fausse déclaration volontairement ou inconsidérément sans aucun égard à la vérité et que cette
 d déclaration était nécessaire pour conclure à l'existence d'un motif probable. Si à l'audition on fait la preuve du parjure ou du caractère inconsidéré de
 e la déclaration, par la prépondérance de la preuve, et que le reste de l'affidavit est insuffisant pour établir un motif probable, le mandat doit alors être jugé nul et les résultats de la recherche doivent être écartés. Le juge Martin a souligné que la
 f Cour suprême des États-Unis a statué que, dans ce contexte, la véracité n'est pas équivalente à l'exactitude. Un mandat peut être fondé sur du oui-dire, des déclarations d'informateurs, etc. L'affidavit doit seulement être véridique en ce sens que le
 g déposant a cru ou a correctement accepté comme vrais les renseignements présentés.

Applicant ces conclusions aux faits en l'espèce,
 h le juge Martin a décidé quant à la suffisance apparente des affidavits que (1) la révision des affidavits n'avait pas compromis la capacité de l'avocat d'évaluer leur contenu pour se prononcer sur leur validité apparente; (2) les affidavits donnaient suffisamment d'indications de la fiabilité
 i d'un informateur dont les déclarations constituaient certains des faits exposés dans l'affidavit; et (3) les affidavits présentaient largement assez de faits pour satisfaire aux exigences constitutionnelles d'une perquisition et d'une saisie raisonnables.
 j

With respect to the truthfulness of the affidavits, Martin J.A. held that the appellant made no preliminary showing that the affiant knowingly, intentionally, or recklessly made a false statement in his affidavit in support of the authorizations. In his application to cross-examine the affiant, the appellant had attacked the truthfulness of assertions in the affidavits provided by an informant. This will be described below in greater detail. Martin J.A. held that the appellant had not made the requisite showing to justify an evidentiary hearing. Even if the informant was mistaken or had lied, there was no showing that Constable Campbell had made a false statement knowingly and intentionally, or with reckless disregard for the truth. The appellant therefore was not entitled to cross-examine Constable Campbell.

Martin J.A. therefore concluded that the refusal of the trial judge to permit the appellant to have access to the affidavits did not result in a miscarriage of justice.

Other issues raised by the appellant included an argument that the judge's instructions were insufficient with respect to accepting the evidence of witnesses Smith and Biebuyck. The trial judge noted that they had criminal records which were relevant to assessing their credibility, that they were co-conspirators, and that it would be prudent to look for confirmatory evidence. He later said that their credibility was crucial for the Crown's case, and that while their motivation to testify was self-serving he was of the opinion that they were not lying. He then went on to detail the independent evidence which confirmed much of Smith's testimony.

Martin J.A. concluded that it would have been preferable had the trial judge not baldly stated that in his opinion Smith and Biebuyck were not lying. But, he found that this did not amount to reversible error, in light of the abundance of independent confirmatory evidence.

Another issue raised was whether there had been sufficient proof that the appellant absconded

Quant à la véracité des affidavits, le juge Martin a décidé que l'appellant n'avait aucunement démontré de façon préliminaire que le déposant avait fait volontairement, intentionnellement ou inconsidérément, une fausse déclaration dans son affidavit à l'appui des autorisations. Dans sa demande de contre-interrogatoire du déposant, l'appellant avait contesté dans les affidavits la véracité des déclarations fournies par un informateur. Nous y reviendrons plus en détail ci-après. Le juge Martin a décidé que l'appellant n'avait pas établi les éléments nécessaires pour donner ouverture à enquête. Même si l'informateur avait fait erreur ou menti, rien n'indiquait que l'agent Campbell avait fait une fausse déclaration sciemment et intentionnellement ou inconsidérément sans égard à la vérité. L'appellant n'a donc pu contre-interroger l'agent Campbell.

Le juge Martin a conclu que le refus du juge du procès de permettre à l'appellant d'avoir accès aux affidavits ne constituait pas une erreur judiciaire grave.

Parmi les autres questions soulevées par l'appellant, on trouve l'argument selon lequel les directives du juge étaient insuffisantes quant à l'appréciation du témoignage des témoins Smith et Biebuyck. Le juge du procès a souligné qu'il était pertinent de tenir compte de leur casier judiciaire pour évaluer leur crédibilité, qu'ils étaient coauteurs de complots et qu'il serait prudent d'avoir des éléments de preuve confirmatifs. Il a dit plus tard que leur crédibilité était cruciale à la thèse du ministère public et que même s'ils témoignaient dans leur propre intérêt il était d'avis qu'ils ne mentaient pas. Il a ensuite détaillé les éléments de preuve indépendants qui confirmaient la majeure partie du témoignage de Smith.

Le juge Martin a conclu qu'il aurait été préférable que le juge du procès n'affirme pas catégoriquement qu'à son avis Smith et Biebuyck ne mentaient pas. Mais il a décidé que cela ne constituait pas une erreur donnant lieu à révision compte tenu de l'abondance des éléments de preuve indépendants et confirmatifs.

Une autre question soulevée était de savoir s'il y avait suffisamment de preuve que l'appellant s'était

within the meaning of s. 431.1 of the *Criminal Code*. Martin J.A. held that "absconds" means voluntarily absenting oneself from a trial for the purpose of frustrating a trial or avoiding its consequences. He further held that the trial judge did not misdirect himself in this respect. It was evident that the onus was on the Crown to prove that the appellant had absconded although it was unclear whether this was on a balance of probabilities or reasonable doubt. Martin J.A. held that even assuming the onus was reasonable doubt, there was abundant unchallenged evidence to meet the onus. Martin J.A. noted the significance of the timing of the appellant's disappearance (immediately after the wiretap evidence was held admissible), and that his counsel admitted at sentencing that he had absconded.

Martin J.A. rejected the submission that much of the evidence of absconding was hearsay, and that therefore there was no evidential basis for the trial judge's finding. Citing *McCormick on Evidence* (3rd ed. 1984), at pp. 743-44, he held that negative results of inquiries such as were conducted in this case are regarded as non-hearsay, and, in any event, there was ample admissible evidence to find that the appellant had absconded. Having properly determined that the appellant had absconded, Martin J.A. held that the trial judge did not err by inviting the jury to draw an adverse inference against the accused. Nor did the trial judge err by exercising his discretion to continue the trial in the absence of the appellant or his counsel, who had properly withdrawn.

I omit Martin J.A.'s discussion of the other nine grounds of appeal.

Finlayson J.A. (Concurring)

Finlayson J.A. added some comments with regard to *Wilson* applications. In his view, *Wilson* adds little to the inherent jurisdiction of a court to

esquivé au sens de l'art. 431.1 du *Code criminel*. Le juge Martin a décidé que s'«esquiver» signifie s'absenter volontairement d'un procès en vue d'en retarder le déroulement ou d'en éviter les conséquences. Il a décidé en outre que le juge du procès ne s'était pas trompé à cet égard. Il était évident qu'il appartenait au ministère public d'établir que l'appelant s'était esquivé bien qu'il n'ait pas été clair s'il fallait en faire la preuve selon la prépondérance des probabilités ou hors de tout doute raisonnable. Le juge Martin a décidé que, même en supposant qu'il faille en faire la preuve hors de tout doute raisonnable, la preuve non contestée était largement suffisante pour satisfaire à ce critère. Le juge Martin a souligné l'importance du moment précis de la disparition de l'appelant (immédiatement après que la preuve de l'écoute électronique eut été jugée recevable) et le fait que, au moment de la détermination de la peine, son avocat avait reconnu que l'appelant s'était esquivé.

Le juge Martin a rejeté l'argument que la majeure partie de la preuve à cet égard était du oui-dire et qu'il n'y avait donc aucun fondement en preuve à la conclusion du juge du procès. Citant *McCormick on Evidence* (3^e éd. 1984), aux pp. 743 et 744, il a conclu que les résultats négatifs des enquêtes comme celles menées en l'espèce sont considérés ne pas constituer du oui-dire et que, quoi qu'il en soit, la preuve recevable était largement suffisante pour conclure que l'appelant s'était esquivé. Le juge Martin a décidé que, ayant correctement conclu que l'appelant s'était esquivé, le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en invitant le jury à tirer une conclusion préjudiciable à l'accusé. Le juge du procès n'avait pas commis d'erreur non plus en exerçant son pouvoir discrétionnaire pour continuer le procès en l'absence de l'appelant ou de son avocat, qui s'était régulièrement retiré du dossier.

Je ne traite pas de l'analyse qu'a faite le juge Martin des neuf autres moyens d'appel.

Le juge Finlayson (souscrivant aux motifs du juge Martin)

Le juge Finlayson a ajouté quelques commentaires sur les demandes de type *Wilson*. À son avis, l'arrêt *Wilson* ajoute peu à la compétence inhé-

review its *ex parte* orders to protect itself from becoming an instrument of fraud or abuse of process. The question, then, is whether it is appropriate to exercise this inherent jurisdiction when an accused person affected by wiretaps has a remedy at trial by reason of ss. 8 and 24(2) of the *Charter*.

In virtually all litigated cases, the only issue of practical concern is the admissibility of intercepted private communications at trial. In the interest of avoiding duplicative judicial supervision and conflicting decisions, the best course is for the motions judge to adjourn a *Wilson* application to the trial judge. The practice in civil cases is to direct the trial of an issue on an application or motion where material facts are controverted. Likewise with wiretaps, the trial is the appropriate forum to hear all matters relating to the interception of private communications, so that these matters can be dealt with fully and with finality.

Relevant Legislation

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 24(1) and 24(2):

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

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

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

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

rente d'un tribunal de réviser ses ordonnances *ex parte* pour éviter d'être mis au service d'une fraude ou d'un abus de procédures judiciaires. La question est donc de savoir s'il est approprié d'exercer cette compétence inhérente lorsqu'un accusé visé par les communications interceptées dispose d'une réparation au procès en vertu de l'art. 8 et du par. 24(2) de la *Charte*.

^b Dans presque tous les litiges, la seule question d'intérêt pratique est la recevabilité au procès des communications privées interceptées. Pour éviter une double révision judiciaire et des décisions contradictoires, il est préférable que le juge qui entend les requêtes renvoie la demande de type *Wilson* au juge du procès. En matière civile, la pratique est d'ordonner enquête et audition de la question dans le cadre d'une requête quand des faits importants sont controversés. De même, en matière d'écoute électronique, le procès est le forum approprié pour l'audition de toutes les questions relatives à l'interception de communications privées, pour que ces questions puissent être pleinement traitées et décidées de façon définitive.

La législation pertinente

La Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 et 8 et par. 24(1) et 24(2):

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

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

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

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

Criminal Code

Part IV.1 of the *Criminal Code* is entitled "Invasion of Privacy". Section 178.1 is the definition section. The definition of "offence" for Part IV.1 is limited to enumerated offences of a serious nature created by the *Criminal Code*, the *Food and Drugs Act*, the *Narcotic Control Act*, the *Customs Act*, the *Excise Act*, the *Bankruptcy Act*, and the *Official Secrets Act*. Also included are offences under the *Criminal Code* which are punishable by five or more years imprisonment, and offences under ss. 3 to 20 of the *Small Loans Act*, for which there are grounds to believe there is a pattern of criminal activity carried on by persons in concert. The relevant *Code* sections read as follows:

178.11 [now 184] (1) Every one who, by means of an electromagnetic, acoustic, mechanical or other device, wilfully intercepts a private communication is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for five years.

(2) Subsection (1) does not apply to

(a) a person who has the consent to intercept, express or implied, of the originator of the private communication or of the person intended by the originator thereof to receive it;

(b) a person who intercepts a private communication in accordance with an authorization or any person who in good faith aids in any way a person whom he has reasonable and probable grounds to believe is acting with any such authorization;

178.12 [now 185] (1) An application for an authorization shall be made *ex parte* and in writing to a judge of a superior court of criminal jurisdiction, or a judge as defined in section 482 [now 552] and shall be signed by the Attorney General of the province in which the application is made or the Solicitor General of Canada or an agent specially designated in writing for the purposes of this section by

(a) the Solicitor General of Canada personally, if the offence under investigation is one in respect of which proceedings, if any, may be instituted at the instance of the Government of Canada and conducted by or on the behalf of the Attorney General of Canada, or

Le Code criminel

La partie IV.1 du *Code criminel* s'intitule «Atteintes à la vie privée». L'article 178.1 définit certains termes. Aux fins de la Partie IV.1, la définition du terme «infraction» est restreinte à une liste d'infractions graves prévues par le *Code criminel*, la *Loi sur les aliments et drogues*, la *Loi sur les stupéfiants*, la *Loi sur les douanes*, la *Loi sur l'accise*, la *Loi sur la faillite*, et la *Loi sur les secrets officiels*. Sont également visées les infractions prévues au *Code criminel* qui comportent une peine d'emprisonnement de cinq ans ou plus et les infractions prévues aux art. 3 à 20 de la *Loi sur les prêts aux petites entreprises*, lorsqu'il y a des motifs de croire que des activités criminelles d'un type particulier sont pratiquées de concert par des personnes. Les dispositions pertinentes du *Code* sont les suivantes:

178.11 [maintenant 184] (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans, quiconque, au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre, intercepte volontairement une communication privée.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas

a) à une personne qui a obtenu, de l'auteur de la communication privée ou de la personne à laquelle son auteur la destine, son consentement exprès ou tacite à l'interception;

b) à une personne qui intercepte une communication privée en conformité d'une autorisation ni à une personne qui, de bonne foi, aide de quelque façon une autre personne qu'elle croit, en se fondant sur des motifs raisonnables et probables, agir en conformité d'une telle autorisation;

178.12 [maintenant 185] (1) Une demande d'autorisation doit être présentée *ex parte* et par écrit à un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle, ou à un juge défini à l'article 482 [maintenant 552], et être signée par le procureur général de la province où la demande est présentée ou par le solliciteur général du Canada ou par un mandataire spécialement désigné par écrit aux fins du présent article par

a) le solliciteur général du Canada lui-même, si l'infraction faisant l'objet de l'enquête est une infraction pour laquelle des poursuites peuvent, le cas échéant, être engagées sur l'instance du gouvernement du Canada et conduites par le procureur général du Canada ou en son nom, ou

(b) the Attorney General of a province personally, in respect of any other offence in that province,

and shall be accompanied by an affidavit which may be sworn on the information and belief of a peace officer or public officer deposing to the following matters, namely:

(c) the facts relied upon to justify the belief that an authorization should be given together with particulars of the offence;

(d) the type of private communication proposed to be intercepted;

(e) the names, addresses and occupations, if known, of all persons, the interception of whose private communications there are reasonable and probable grounds to believe may assist the investigation of the offence, a general description of the nature and location of the place, if known, at which private communications are proposed to be intercepted and a general description of the manner of interception proposed to be used;

(e.1) [now 185(1)(f)] the number of instances, if any, on which an application has been made under this section in relation to the offence and a person named in the affidavit pursuant to paragraph (e) and on which the application was withdrawn or no authorization was given, the date on which each such application was made and the name of the judge to whom each such application was made;

(f) [now 185(1)(g)] the period for which the authorization is requested; and

(g) whether other investigative procedures have been tried and have failed or why it appears they are unlikely to succeed or that the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation of the offence using only other investigative procedures.

178.13 [now 186] (1) An authorization may be given if the judge to whom the application is made is satisfied

(a) that it would be in the best interests of the administration of justice to do so; and

(b) that other investigative procedures have been tried and have failed, other investigative procedures are unlikely to succeed or the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation of the offence using only other investigative procedures.

b) le procureur général d'une province lui-même, pour toute autre infraction se situant dans cette province,

et il doit y être joint une déclaration assermentée d'un agent de la paix ou d'un fonctionnaire public pouvant être faite sur la foi de renseignements tenus pour véridiques et indiquant ce qui suit:

c) les faits sur lesquels le déclarant se fonde pour justifier qu'à son avis il y a lieu d'accorder une autorisation, ainsi que les détails relatifs à l'infraction;

d) le genre de communication privée que l'on se propose d'intercepter;

e) les noms, adresses et professions, s'ils sont connus de toutes les personnes dont les communications privées devraient être interceptées du fait qu'on a des motifs raisonnables et probables de croire que cette interception pourra être utile à l'enquête relative à l'infraction et une description générale de la nature et de la situation du lieu, s'il est connu, où l'on se propose d'intercepter des communications privées et une description générale de la façon dont on se propose de procéder à cette interception;

e.1) [maintenant 185(1)(f)] le nombre de cas, s'il y a lieu, où une demande a été faite en vertu du présent article au sujet de l'infraction ou de la personne nommée dans la déclaration assermentée conformément à l'alinéa e) et où la demande a été retirée ou aucune autorisation n'a été accordée, la date de chacune de ces demandes et le nom du juge auquel chacune a été présentée;

f) [maintenant 185(1)(g)] la période pour laquelle l'autorisation est demandée; et

g) si d'autres méthodes d'enquête ont ou non été essayées, si elles ont ou non échoué, ou pourquoi elles paraissent avoir peu de chance de succès, ou si, étant donné l'urgence de l'affaire, il ne serait pas pratique de mener l'enquête relative à l'infraction en n'utilisant que les autres méthodes d'enquête.

178.13 [maintenant 186] (1) Une autorisation peut être donnée si le juge auquel la demande est présentée est convaincu

a) que l'octroi de cette autorisation servirait au mieux l'administration de la justice; et

b) que d'autres méthodes d'enquête ont été essayées et ont échoué, ou ont peu de chance de succès, ou que l'urgence de l'affaire est telle qu'il ne serait pas pratique de mener l'enquête relative à l'infraction en n'utilisant que les autres méthodes d'enquête.

(1.1) [now 186(2)] No authorization may be given to intercept a private communication at the office or residence of a solicitor, or at any other place ordinarily used by a solicitor and by other solicitors for the purpose of consultation with clients, unless the judge to whom the application is made is satisfied that there are reasonable grounds to believe that the solicitor, any other solicitor practising with him, any person employed by him or any other such solicitor or a member of the solicitor's household has been or is about to become a party to an offence.

(1.2) [now 186(3)] Where an authorization is given in relation to the interception of private communications at a place described in subsection (1.1), the judge by whom the authorization is given shall include therein such terms and conditions as he considers advisable to protect privileged communications between solicitors and clients.

(2) [now 186(4)] An authorization shall

(a) state the offence in respect of which private communications may be intercepted;

(b) state the type of private communication that may be intercepted;

(c) state the identity of the persons, if known, whose private communications are to be intercepted, generally describe the place at which private communications may be intercepted, if a general description of that place can be given, and generally describe the manner of interception that may be used;

(d) contain such terms and conditions as the judge considers advisable in the public interest; and

(e) be valid for the period, not exceeding sixty days, set forth therein.

(2.1) [now 186(5)] The Solicitor General of Canada or the Attorney General, as the case may be, may designate a person or persons who may intercept private communications under authorizations.

Subsections (3) and (4) (now 185(6) and (7)) concern renewals of authorizations.

178.14 [now 187] (1) All documents relating to an application made pursuant to section 178.12 or subsection 178.13(3) or 178.23(3) are confidential and, with the exception of the authorization, shall be placed in a packet and sealed by the judge to whom the application is made immediately upon determination of such application, and such packet shall be kept in the custody of the court in a place to which the public has no access

(1.1) [maintenant 186(2)] Le juge auquel est faite une demande d'autorisation en vue d'intercepter des communications privées au bureau ou à la résidence d'un avocat, ou à tout autre endroit qui sert ordinairement à l'avocat ou à d'autres avocats pour la tenue de consultations avec des clients, doit refuser de l'accorder à moins qu'il ne soit convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire que l'avocat, un autre avocat qui exerce le droit avec lui, un de ses employés, un employé de cet autre avocat ou une personne qui habite sa résidence est partie à l'infraction ou s'appête à le devenir.

(1.2) [maintenant 186(3)] Le juge qui accorde l'autorisation d'intercepter des communications privées à un endroit décrit au paragraphe (1.1) doit y inclure les modalités qu'il estime opportunes pour protéger les communications sous le sceau du secret professionnel entre l'avocat et son client.

(2) [maintenant 186(4)] Une autorisation doit

a) indiquer l'infraction relativement à laquelle des communications privées pourront être interceptées;

b) indiquer le genre de communication privée qui pourra être interceptée;

c) indiquer, si elle est connue, l'identité des personnes dont les communications privées doivent être interceptées, décrire de façon générale le lieu où les communications privées pourront être interceptées, s'il est possible de donner une description générale de ce lieu, et une description générale de la façon dont les communications pourront être interceptées;

d) énoncer les modalités que le juge estime opportunes dans l'intérêt public; et

e) être valide pour la période de soixante jours au plus qui y est indiquée.

(2.1) [maintenant 186(5)] Le solliciteur général du Canada ou le procureur général, selon le cas, peut désigner une ou plusieurs personnes qui pourront intercepter des communications privées aux termes d'autorisations.

Les paragraphes (3) et (4) [maintenant 185(6) et (7)] traitent du renouvellement des autorisations.

178.14 [maintenant 187] (1) Tous les documents relatifs à une demande faite en application de l'article 178.12 ou des paragraphes 178.13(3) ou 178.23(3) sont confidentiels et, à l'exception de l'autorisation, doivent être placés dans un paquet scellé par le juge auquel la demande est faite dès qu'une décision est prise au sujet de cette demande; ce paquet doit être gardé par le

or in such other place as the judge may authorize and shall not be

(a) opened or the content thereof removed except

(i) for the purpose of dealing with an application for renewal of the authorization, or

(ii) pursuant to an order of a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 482; and

(b) destroyed except pursuant to an order of a judge referred to in subparagraph (a)(ii).

(2) An order under subsection (1) may only be made after the Attorney General or the Solicitor General by whom or on whose authority the application was made for the authorization to which the order relates has been given an opportunity to be heard.

Section 178.15 (now 188) deals with authorizations granted in emergency situations.

178.16 [now 189] (1) A private communication that has been intercepted is inadmissible as evidence against the originator of the communication or the person intended by the originator to receive it unless

(a) the interception was lawfully made; or

(b) the originator thereof or the person intended by the originator to receive it has expressly consented to the admission thereof;

but evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication is not inadmissible by reason only that the private communication is itself inadmissible as evidence.

(2) Notwithstanding subsection (1), the judge or magistrate presiding at any proceedings may refuse to admit evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication that is itself inadmissible as evidence where he is of the opinion that the admission thereof would bring the administration of justice into disrepute.

(3) Where the judge or magistrate presiding at any proceedings is of the opinion that a private communication that, by virtue of subsection (1), is inadmissible as evidence in the proceedings

(a) is relevant to a matter at issue in the proceedings, and

(b) is inadmissible as evidence therein by reason only of a defect of form or an irregularity in procedure, not being a substantive defect or irregularity, in the application for or the giving of the authorization

tribunal, en un lieu auquel le public n'a pas accès ou en tout autre lieu que le juge peut autoriser et il ne doit pas

a) être ouvert et son contenu ne doit pas être enlevé, si ce n'est

(i) pour traiter d'une demande de renouvellement de l'autorisation, ou

(ii) en application d'une ordonnance d'un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou d'un juge défini à l'article 482; ni

b) être détruit, si ce n'est en application d'une ordonnance d'un juge mentionné au sous-alinéa a)(ii).

(2) Une ordonnance prévue au paragraphe (1) ne peut être rendue qu'après que le procureur général ou le solliciteur général qui a demandé l'autorisation à laquelle les documents visés par l'ordonnance se rapportent, ou sur l'ordre de qui cette demande a été faite, a eu la possibilité de se faire entendre.

L'article 178.15 [maintenant 188] traite des autorisations accordées en cas d'urgence.

178.16 [maintenant 189] (1) Une communication privée qui a été interceptée est inadmissible en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins

a) que l'interception n'ait été faite légalement, ou

b) que l'auteur de la communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve,

f) toutefois les preuves découlant directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée ne sont pas inadmissibles du seul fait que celle-ci l'est.

(2) Par dérogation au paragraphe (1), le juge ou le magistrat qui préside à une instance quelconque peut refuser d'admettre en preuve des preuves découlant directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée qui est elle-même inadmissible s'il est d'avis que leur admission en preuve ternirait l'image de la justice.

(3) Par dérogation au paragraphe (1), le juge ou magistrat qui préside à une instance quelconque peut déclarer admissible en preuve une communication privée qui serait irrecevable en vertu du paragraphe (1), s'il estime

a) qu'elle concerne un des points en litige; et

b) que l'irrecevabilité tient non pas au fond mais uniquement à un vice de forme ou de procédure dans

under which such private communication was intercepted,
 he may, notwithstanding subsection (1), admit such private communication as evidence in the proceedings.

(3.1) [now 189(4)] A private communication that has been intercepted and that is admissible as evidence may be admitted in any criminal proceeding or in any civil proceeding or other matter whatever respecting which the Parliament of Canada has jurisdiction, whether or not the criminal proceeding or the civil proceeding or other matter relates to the offence specified in the authorization pursuant to which the communication was intercepted.

(4) [now 189(5)] A private communication that has been lawfully intercepted shall not be received in evidence unless the party intending to adduce it has given to the accused reasonable notice of his intention together with

(a) a transcript of the private communication, where it will be adduced in the form of a recording, or a statement setting forth full particulars of the private communication, where evidence of the private communication will be given *viva voce*; and

(b) a statement respecting the time, place, and date of the private communication and the parties thereto, if known.

(5) [now 189(6)] Any information obtained by an interception that, but for the interception would have been privileged, remains privileged and inadmissible as evidence without the consent of the person enjoying the privilege.

Section 178.17 (now 190) provides that a judge of the court in which a trial is being or is to be held may order further particulars of the private communication intended to be adduced. Section 178.18 (now 191) creates an offence for possessing, selling, or purchasing a device which is primarily useful for surreptitious interception of private communications, and creates exceptions for use of such devices in law enforcement. Section 178.19 (now 192) provides for the forfeiture of the interception devices in addition to any punishment imposed for a conviction under ss. 178.11 or 178.18. Section 178.2 (now 192) creates an offence for the wilful use or disclosure of contents of intercepted communications without the consent of the originator or the intended receiver, except in specified situations in legal proceedings and law

la demande d'interception ou dans l'autorisation qui a été accordée à cet effet.

^a (3.1) [maintenant 189(4)] Les communications privées qui ont été interceptées et qui sont admissibles en preuve peuvent être admises dans toutes procédures civiles ou criminelles ou dans toute autre affaire qui relève de la compétence du Parlement du Canada que ces procédures ou affaires soient reliées ou non à l'infraction décrite dans l'autorisation qui a donné lieu à l'interception.

^c (4) [maintenant 189(5)] Une communication privée qui a été légalement interceptée ne doit être admise en preuve que si la partie qui a l'intention de la produire a donné au prévenu un préavis raisonnable de son intention de ce faire accompagné

^d (a) d'une transcription de la communication privée, lorsqu'elle sera produite sous forme d'enregistrement, ou d'une déclaration donnant tous les détails de la communication privée, lorsque la preuve de cette communication sera donnée de vive voix; et

^e (b) d'une déclaration relative à l'heure, à la date et au lieu de la communication privée et aux personnes y ayant pris part, si elles sont connues.

^f (5) [maintenant 189(6)] Tout renseignement obtenu par une interception et pour lequel, si ce n'était l'interception, il y aurait eu exemption de communication, demeure couvert par cette exemption et n'est pas admissible en preuve sans le consentement de la personne jouissant de l'exemption.

^g L'article 178.17 [maintenant 190] prévoit qu'un juge du tribunal devant lequel se tient ou doit se tenir le procès peut ordonner que des détails complémentaires soient fournis de la communication privée à mettre en preuve. L'article 178.18 [maintenant 191] prévoit que quiconque possède, vend ou achète un dispositif principalement utile à l'interception clandestine de communications privées est coupable d'une infraction, et prévoit des exceptions à l'utilisation de ces dispositifs en matière d'application de la loi. L'article 178.19 [maintenant 192] prévoit la confiscation du dispositif d'interception en plus de toute peine imposée à la suite d'une déclaration de culpabilité en vertu des art. 178.11 ou 178.18. L'article 178.2 [maintenant 192] prévoit que l'utilisation ou la divulgation volontaire du contenu des communications inter-

enforcement. Section 178.21 (now 194) empowers a court to exact punitive damages, upon application of the person aggrieved, from a person convicted under s. 178.11 or 178.2. Section 178.22 provides that the Solicitor General of Canada shall prepare each year a statistical report of authorizations obtained for the year. Section 178.23 (now 196) sets out notice requirements above and beyond s. 178.16(4), such that after a certain period after an authorization or renewal is granted or after an investigation is over, persons subject to interception are informed of the interception of their private communications.

ceptées sans le consentement de l'auteur ou de la personne à qui l'auteur les destinait constitue une infraction, sauf dans des situations précises en matière de procédure judiciaire et d'application de la loi. L'article 178.21 [maintenant 194] permet au tribunal qui a déclaré un accusé coupable en vertu des art. 178.11 ou 178.2 de payer des dommages-intérêts punitifs à la personne lésée qui en fait la demande. L'article 178.22 prévoit que le solliciteur général du Canada établit chaque année un rapport statistique des autorisations obtenues pour l'année. L'article 178.23 [maintenant 196] établit des exigences en matière d'avis qui s'ajoutent à celles du par. 178.16(4), de sorte qu'à l'intérieur d'une certaine période qui suit celle pour laquelle l'autorisation a été donnée ou renouvelée ou après qu'une enquête est terminée, les personnes dont les communications privées ont été interceptées sont avisées de cette interception.

Points in Issue

The appellant lists 12 points in issue but they may be summarized as follows:

1. What is the entitlement of an accused person to the sealed packet? a
2. Upon what grounds may an accused challenge an authorization for wiretap and before what court? b
3. What remedy is appropriate? c
4. What special requirements apply when information from informants is relied on to obtain an authorization? d
5. What principles and procedures apply to the editing of the contents of the sealed packet? e
6. Is the accused entitled to cross-examination on the affidavit filed with the authorizing judge? f
7. Did the failure of the authorizing judge to include a minimization clause result in the authorization of an unreasonable search and seizure in violation of s. 8 of the *Charter*? g

Les questions en litige

L'appelant formule 12 questions mais elles peuvent être résumées de la façon suivante:

1. Quels sont les droits d'un accusé à l'égard du paquet scellé? h
2. Quels moyens un accusé peut-il invoquer pour contester une autorisation d'écoute électronique et devant quel tribunal? i
3. Quelle est la réparation appropriée? j
4. Quelles exigences spéciales sont applicables lorsqu'on se fonde sur des renseignements d'informateurs pour obtenir une autorisation? k
5. Quels sont les principes et les procédures applicables à la révision du contenu d'un paquet scellé? l
6. L'accusé peut-il contre-interroger l'auteur de l'affidavit produit auprès du juge qui a accordé l'autorisation? m
7. L'omission du juge qui a accordé l'autorisation de prévoir une clause de minimisation a-t-elle donné lieu à une perquisition et saisie abusives en contravention de l'art. 8 de la *Charte*? n

8. Did the accused abscond?

9. Did the trial judge properly caution the jury with respect to the evidence of accomplices?

Points 2, 3 and 4 all relate to the sufficiency of the affidavits in satisfying the prerequisites to a valid authorization.

1. *What is the entitlement of an accused person to the sealed packet?*

The trial judge refused to order access based on the restricted access cases. For the reasons that I gave in *Dersch*, those cases no longer apply in view of ss. 7 and 8 of the *Charter*. The accused is entitled to have the packet opened and, subject to editing, to have its contents produced in order to enable him or her to make full answer and defence. The Court of Appeal was, therefore, right in opening the sealed packets.

2. *Upon what grounds may an accused challenge an authorization for wiretap and before what court?*

Minimum Statutory and Constitutional Requirements

Section 178.13(1) sets out the statutory conditions of which a judge must be satisfied before an authorization is issued:

178.13 (1) An authorization may be given if the judge to whom the application is made is satisfied

(a) that it would be in the best interests of the administration of justice to do so; and

(b) that other investigative procedures have been tried and have failed, other investigative procedures are unlikely to succeed or the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation of the offence using only other investigative procedures.

In *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, a majority of this Court held that wiretaps constitute a search or seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*. The statutory provisions authorizing them must, therefore, conform to the minimum constitutional requirements demanded by s. 8 of the *Charter*. These are set out by Dickson J. (as he

8. L'accusé s'est-il esquivé?

9. Le juge du procès a-t-il fait au jury une mise en garde appropriée concernant le témoignage des complices?

Les questions 2, 3 et 4 portent toutes sur le caractère suffisant des affidavits par rapport aux exigences requises pour obtenir une autorisation valide.

1. *Quels sont les droits d'un accusé à l'égard du paquet scellé?*

Le juge du procès a refusé d'ordonner l'accès compte tenu des décisions qui restreignent l'accès. Pour les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *Dersch*, ces décisions ne s'appliquent plus en raison des art. 7 et 8 de la *Charte*. L'accusé a droit à ce que le paquet soit ouvert et, sous réserve d'une révision, à ce que son contenu soit produit pour lui permettre de préparer une défense pleine et entière. La Cour d'appel a donc eu raison d'ouvrir les paquets scellés.

2. *Quels moyens un accusé peut-il invoquer pour contester une autorisation d'écoute électronique et devant quel tribunal?*

Les exigences légales et constitutionnelles minimales

Le paragraphe 178.13(1) énonce les conditions légales qui doivent être établies avant qu'un juge accorde une autorisation:

178.13 (1) Une autorisation peut être donnée si le juge auquel la demande est présentée est convaincu

a) que l'octroi de cette autorisation servirait au mieux l'administration de la justice; et

b) que d'autres méthodes d'enquête ont été essayées et ont échoué, ou ont peu de chance de succès, ou que l'urgence de l'affaire est telle qu'il ne serait pas pratique de mener l'enquête relative à l'infraction en n'utilisant que les autres méthodes d'enquête.

Dans l'arrêt *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, notre Cour à la majorité a décidé que l'écoute électronique constitue une perquisition ou une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Les dispositions législatives qui les autorisent doivent donc se conformer aux exigences constitutionnelles minimales de l'art. 8 de la *Charte*. Le juge Dickson

then was) in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, as "reasonable and probable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found at the place of the search" (p. 168). Since wiretaps are considered to be more intrusive on the privacy of individuals than searches of premises, there is no reason to consider applying lesser minimum requirements to them. In addition, the applicant must meet the requirements of para. (b) of s. 178.13(1) with respect to other investigative procedures.

In *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (Ont. C.A.), s. 178.13 was attacked on the ground that its prerequisites did not comply with the dictates of s. 8. Martin J.A., of the Ontario Court of Appeal, held that the section was constitutional and met the requirements of s. 8 of the *Charter*.

This conclusion was affirmed by La Forest J. in *R. v. Duarte, supra*. Speaking for the majority, he stated, at p. 45:

A judge must be satisfied that other investigative methods would fail, or have little likelihood of success, and that the granting of the authorization is in the best interest of the administration of justice. I share the approach of Martin J.A. in *R. v. Finlay and Grellette, supra*, at pp. 70 *et seq.*, that this latter prerequisite imports as a minimum requirement that the issuing judge must be satisfied that there are reasonable and probable grounds to believe that an offence has been, or is being, committed and that the authorization sought will afford evidence of that offence. It can, I think, be seen that the provisions and safeguards of Part IV.1 of the *Code* have been designed to prevent the agencies of the state from intercepting private communications on the basis of mere suspicion.

In proceeding in this fashion, Parliament has, in my view, succeeded in striking an appropriate balance. It meets the high standard of the *Charter* which guarantees the right to be secure against unreasonable search and seizure by subjecting the power of the state to record our private communications to external restraint and requiring it to be justified by application of an objective criterion.

(avant d'être Juge en chef) les a formulées dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, comme «l'existence de motifs raisonnables et probables, établie sous serment, de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent à l'endroit de la perquisition» (p. 168). Puisque l'écoute électronique est considérée porter davantage atteinte à la vie privée des personnes que la perquisition des lieux, il n'y a aucune raison d'envisager de lui appliquer des exigences moins sévères. En outre, le requérant doit satisfaire aux exigences de l'al. 178.13(1)b) quant aux autres méthodes d'enquête.

Dans l'arrêt *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (C.A. Ont.), l'art. 178.13 a été contesté parce que ses conditions préalables n'étaient pas conformes aux exigences de l'art. 8. Le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que l'article était constitutionnel et satisfaisait aux exigences de l'art. 8 de la *Charte*.

Cette conclusion a été confirmée par le juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Duarte*, précité. Voici ce qu'il dit au nom de la majorité, à la p. 45:

En effet, le juge doit être convaincu que d'autres méthodes d'enquête échoueraient certainement ou vraisemblablement et que l'autorisation est le meilleur moyen de servir l'administration de la justice. Comme le juge Martin dans l'affaire *R. v. Finlay and Grellette*, précitée, aux pp. 70 et suiv., j'estime que cette dernière condition comporte tout au moins l'exigence que le juge donnant l'autorisation soit convaincu de l'existence de motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise ou est en voie de l'être et que l'autorisation sollicitée permettra d'obtenir une preuve de sa perpétration. Je tiens pour évident que les dispositions et les sauvegardes que comporte la Partie IV.1 du *Code* ont été conçues pour empêcher les organes de l'État d'intercepter des communications privées sur la foi d'un simple soupçon.

Le Parlement, à mon avis, a donc réussi à établir un juste équilibre. En assujettissant le pouvoir de l'État d'enregistrer nos communications privées à des restrictions externes et en exigeant que l'exercice de ce pouvoir soit justifié par l'application d'un critère objectif, le législateur a su satisfaire à la norme élevée fixée par la *Charte*, qui garantit le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

The result is that the statutory requirements of s. 178.13(1)(a) are identical to the constitutional requirements. An authorizing judge must, therefore, be satisfied on the basis of the affidavit evidence that these conditions have been met.

Challenging the Authorization

The current state of the law with respect to testing the admissibility of wiretap evidence is a procedural quagmire. The various procedures that are available have come to be known by the names of the cases that initiated them.

First there is a "*Parsons voir dire*," named after *R. v. Parsons* (1977), 37 C.C.C. (2d) 497 (Ont. C.A.), aff'd [1980] 1 S.C.R. 785, *sub nom. Charette v. The Queen*. The function of this hearing before the trial judge is to determine such issues as whether the authorization is valid on its face, whether the police executed the interception within the terms of the authorization, and whether statutory requirements such as reasonable notice were complied with. The remedy is exclusion under s. 178.16. The second is the "*Wilson* application". This hearing takes place before the issuing court, to determine the substantive or subfacial validity of the affidavit. The remedy is the setting aside of the authorization. The third is a "*Garofoli* hearing". This is a hearing before the trial judge to determine the compliance of the authorization with s. 8 of the *Charter*. The remedy is a determination under s. 24(2) of the *Charter*. The fourth, and last, procedure is a "*Vanweenan* hearing", so-called after one of the appellants in *R. v. Chesson*, [1988] 2 S.C.R. 148. This again is a *voir dire* before the trial judge, but with the object of determining whether the authorization names all "known" persons as required by ss. 178.12(1)(e) and 178.13(2)(c). The remedy again is exclusion under s. 178.16.

Consolidation of the *Parsons*, *Garofoli* and *Vanweenan* hearings presents no difficulty, and is in keeping with the view of this Court that all matters that relate to the conduct of the trial

Il en résulte que les exigences de l'al. 178.13(1)a) sont identiques aux exigences constitutionnelles. Le juge qui accorde l'autorisation doit donc être convaincu, au vu de la preuve par affidavit, que ces conditions ont été remplies.

La contestation de l'autorisation

L'état actuel du droit en matière de contestation de la recevabilité d'une preuve recueillie par écoute électronique est un fouillis procédural. Les diverses procédures existantes ont fini par prendre le nom de l'affaire dans laquelle elles ont été invoquées.

Il y a d'abord le «voir-dire de type *Parsons*», selon l'arrêt *R. v. Parsons* (1977), 37 C.C.C. (2d) 497 (C.A. Ont.); conf. par [1980] 1 R.C.S. 785, *sub nom. Charette c. La Reine*. Le but de cette audience tenue devant le juge du procès est de répondre à des questions tels la validité apparente de l'autorisation, le respect par les policiers qui ont pratiqué l'interception des conditions de l'autorisation et le respect des exigences légales, comme l'avis raisonnable. La réparation est l'exclusion en vertu de l'art. 178.16. Le deuxième moyen de contestation est la «demande de type *Wilson*». Cette audience se tient devant le tribunal qui a accordé l'autorisation pour déterminer si l'affidavit est valide quant au fond. La réparation est l'annulation de l'autorisation. Le troisième moyen est une «audience de type *Garofoli*». Il s'agit d'une audience devant le juge du procès, qui a pour objet de déterminer si l'autorisation est conforme à l'art. 8 de la *Charte*. La réparation est une décision en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Le quatrième et dernier moyen est une «audience de type *Vanweenan*», selon le nom d'un des appelants dans l'arrêt *R. c. Chesson*, [1988] 2 R.C.S. 148. Il s'agit encore d'un voir-dire tenu devant le juge du procès, mais en vue de déterminer si l'autorisation identifie toutes les personnes «connu[es]» comme l'exigent les al. 178.12(1)e) et 178.13(2)c). La réparation est encore une fois l'exclusion en vertu de l'art. 178.16.

La réunion des audiences de type *Parsons*, *Garofoli* et *Vanweenan* ne présente aucune difficulté et est conforme à l'opinion de notre Cour que toutes les questions qui portent sur la conduite du

should be dealt with by the trial judge. A more difficult question arises with respect to the *Wilson* and *Garofoli* applications. It would be highly desirable if they could be dealt with by the trial judge so that all aspects of the admissibility of evidence obtained pursuant to an authorization could be dealt with at one time and at trial. Whether this can be done requires an examination of this Court's judgment in *Wilson v. The Queen*, *supra*, and the effects of s. 8 of the *Charter* on its application.

Wilson, *supra*, concerned authorizations, granted by the Manitoba Court of Queen's Bench, which were valid on their face and for which the sealed packets were not opened. The trial judge (Provincial Court) held wiretap evidence inadmissible on the basis of evidence, brought out in cross-examination of the deponent of the affidavit, which conflicted with the statutory requirement of showing that other investigative methods had failed or were likely to fail. The Court of Appeal ordered a new trial. This decision was upheld by the Supreme Court of Canada. The Court was unanimous in the result, but McIntyre J. (Laskin C.J. and Estey J. concurring) and Dickson J. (as he then was, Chouinard J. concurring) gave rather different reasons.

McIntyre J. held that a court order stands unless it is set aside on appeal, or is lawfully quashed. In the case of wiretaps the *Criminal Code* gives no right of appeal, and there is no possibility of quashing by writ of *certiorari* because there is no issue of jurisdiction. The general rule is that a court order is immune from collateral attack, that is, an attack in proceedings other than those the object of which is the variation of the court order. In this case, the trial judge's ruling amounted to a collateral attack on the order of a (superior) court. The trial judge's ruling should be limited to defects or irregularities on the face of the authorization. Any substantive review of an authorization must be undertaken by the judge (or court) which issued the order. McIntyre J. supported this view by analogy to civil

procès devraient relever du juge du procès. Une question plus difficile se pose quant aux demandes de type *Wilson* et *Garofoli*. Il serait très souhaitable qu'elles puissent relever du juge du procès de sorte que toutes les questions relatives à la recevabilité de la preuve recueillie en application d'une autorisation pourraient être traitées en même temps et au procès. Pour en déterminer la possibilité, il faut examiner l'arrêt *Wilson c. La Reine*, précité, de notre Cour et les effets de l'art. 8 de la *Charte* sur son application.

L'arrêt *Wilson* précité, portait sur des autorisations accordées par la Cour du Banc de la Reine du Manitoba en apparence valides et pour lesquelles les paquets scellés n'avaient pas été ouverts. Le juge du procès (la Cour provinciale) avait décidé que les éléments de preuve recueillis par écoute électronique étaient irrecevables compte tenu du témoignage donné par l'auteur de l'affidavit en contre-interrogatoire, qui entraînait en conflit avec l'exigence légale d'établir que d'autres méthodes d'enquête avaient échoué ou avaient peu de chance de succès. La Cour d'appel avait ordonné la tenue d'un nouveau procès. La Cour suprême du Canada a confirmé cette décision. Notre Cour était unanime quant au résultat, mais le juge McIntyre (avec l'appui du juge en chef Laskin et du juge Estey) et le juge Dickson (avant d'être Juge en chef; avec l'appui du juge Chouinard) ont présenté des motifs assez différents.

Le juge McIntyre a conclu qu'une ordonnance judiciaire demeure valide à moins d'être infirmée en appel ou légalement annulée. En matière d'écoute électronique, le *Code criminel* n'accorde aucun droit d'appel et il n'y a aucune possibilité d'annuler l'ordonnance au moyen d'un bref de *certiorari* parce qu'il n'est pas question de la compétence. La règle générale est qu'une ordonnance judiciaire ne peut faire l'objet d'une attaque indirecte, c'est-à-dire une attaque dans une procédure autre que celle dont l'objet est de modifier l'ordonnance judiciaire. Dans cette affaire, la décision du juge du procès équivalait à une attaque indirecte contre l'ordonnance d'une cour (supérieure). La décision du juge du procès devrait se limiter aux vices ou irrégularités apparents de l'autorisation. Le contrôle de l'autorisation quant au fond doit

cases holding that an issuing court has power to conduct *inter partes* review of its *ex parte* orders. In such a case the court may rescind the order if the facts upon which the authorization was granted are different from the facts as proved on an *inter partes* review.

Dickson J. held that a trial judge can look behind a facially valid authorization, but in this case did so improperly because he did not have access to the sealed packet in making his determination as to the lawfulness of the authorization. Dickson J. accepted the general rule against collateral attack, but held that Parliament had altered it in this case by legislation. Section 178.16(1) provides that, absent consent, evidence of a private communication can only be admitted if lawful. Section 178.16(3)(b) gives the trial judge discretion to admit unlawful interceptions if there is a non-substantive defect in the authorization process. The corollary is that there is no discretion with respect to substantive defects. If the court order were conclusive, there would be no need for the curative provision of 178.16(3)(b); the trial judge is thus bound by the legislation to consider if the authorization is substantively valid. In so holding, Dickson J. refuted the policy reasons given for limiting the trial judge to facial review. He reasoned that the order of another court could be held unlawful and this would not show disrespect to that court, but would merely question the evidence upon which that court based its decision. He further opined that concern about breaches of confidentiality could be dealt with by judicial editing.

Because the trial judge must go behind the face of an authorization, Dickson J. held that in most cases it will be necessary to open the sealed packet. Dickson J. made no comment on the cases which create a high barrier before the packet will be

être fait par le juge (ou le tribunal) qui a accordé l'ordonnance. Le juge McIntyre a justifié cette opinion en affirmant qu'en matière civile le tribunal qui a rendu l'ordonnance peut procéder à une révision *inter partes* de ses ordonnances *ex parte*. Dans un tel cas, le tribunal peut annuler l'ordonnance si les faits à l'appui desquels l'autorisation a été accordée sont différents des faits prouvés à l'occasion d'une révision *inter partes*.

Le juge Dickson a décidé que le juge du procès peut vérifier une autorisation en apparence valide, mais qu'en l'espèce le juge était intervenu de manière irrégulière parce qu'il n'avait pas accès au paquet scellé pour se prononcer sur la légalité de l'autorisation. Le juge Dickson a accepté la règle générale contre les attaques indirectes, mais a décidé que le Parlement l'avait modifiée en l'espèce par une disposition législative. Le paragraphe 178.16(1) prévoit qu'en l'absence de consentement la preuve d'une communication privée ne peut être admise que si elle est légale. L'alinéa 178.16(3)b confère au juge du procès le pouvoir discrétionnaire d'admettre des interceptions illégales si le processus d'autorisation ne comporte pas de vice de fond. Le corollaire de cette affirmation est qu'il n'existe pas de pouvoir discrétionnaire quant aux vices de fond. Si l'ordonnance judiciaire était définitive, la disposition réparatrice de l'al. 178.16(3)b ne serait pas nécessaire; le juge du procès est donc légalement tenu d'examiner la validité de l'autorisation quant au fond. En statuant ainsi, le juge Dickson a réfuté les raisons de principe données pour restreindre l'examen du juge du procès à la validité apparente de l'autorisation. Il a soutenu que l'ordonnance d'une autre cour pourrait être déclarée illégale, sans manquer de respect envers cette cour, mais en mettant simplement en doute la preuve ayant servi de fondement à la décision de cette cour. Il a en outre exprimé l'avis que les préoccupations quant aux violations du caractère confidentiel des documents pouvaient être réglées par révision judiciaire des textes.

Le juge Dickson a conclu que, puisque le juge du procès doit vérifier le fond de l'autorisation, il sera nécessaire dans la plupart des cas d'ouvrir le paquet scellé. Le juge Dickson n'a fait aucune remarque sur les décisions qui imposent des condi-

opened, for in this case there was ample evidence of misleading disclosure. He concluded that the trial judge could not properly decide whether the interceptions were lawfully made without examining the contents of the packets. Dickson J. also held that in keeping with a substantive review of the authorization, the accused must have the opportunity to cross-examine the affiant. The questioning must be directed to whether the authorization was properly obtained, without the disclosure of information that ought to be kept confidential.

Dickson J. noted that in this case, the trial judge was not among the categories specified in s. 178.14 and therefore was not himself authorized to open the packet. In such a case, the trial must be adjourned for the accused to apply to the proper court to open the packet, which it may or may not do in its discretion. Substantive review of the authorization, though, lies with the trial judge.

This Court was recently asked, *inter alia*, to reconsider *Wilson, supra*, in *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764. McIntyre J., for the Court, made the following observation, at p. 1771:

It has been said that this has led to a confusion and delay and that the trial judge should, in his capacity as trial judge, have full power to open the sealed packet and review the High Court order, regardless of the status of the trial judge, and make any necessary rulings. That this procedure would probably expedite matters and remove some confusion may well be true. It is not, however, a procedure provided by Parliament, and subject to arguments relating to the application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms it is not, in my opinion, open to the courts to disregard the statutory provisions of Part IV.1 of the Criminal Code. If there is confusion and delay in this matter it arises from the Criminal Code itself and, subject as aforesaid, it will be for Parliament to change. [Emphasis added.]

In the passage cited above, McIntyre J. acknowledged that the application of the *Charter* might have an effect on the conclusion reached in *Wilson*. In my opinion, when it is asserted by an

tions sévères à l'ouverture du paquet, car en l'espèce la preuve était largement suffisante pour établir l'existence de déclarations trompeuses. Il a conclu que le juge du procès ne pouvait convenablement décider si les interceptions avaient été faites légalement sans examiner le contenu des paquets. Le juge Dickson a également conclu que, conformément à un examen de fond de l'autorisation, l'accusé doit avoir la possibilité de contre-interroger le déposant. L'interrogatoire doit porter sur la question de savoir si l'autorisation a été régulièrement obtenue, sans divulguer les renseignements qui doivent demeurer confidentiels.

Le juge Dickson a souligné que, dans cette affaire, le juge du procès ne faisait pas partie des catégories définies à l'art. 178.14 et n'était donc pas lui-même autorisé à ouvrir le paquet. Dans un tel cas, le procès doit être ajourné pour permettre à l'accusé de demander au tribunal compétent d'ouvrir le paquet, ce qu'il peut à son tour accepter ou refuser de faire dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. L'examen au fond de l'autorisation relève toutefois du juge du procès.

Dans l'arrêt *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764, on a récemment demandé à notre Cour de réexaminer l'arrêt *Wilson*, précité. Le juge McIntyre, au nom de notre Cour, a fait les remarques suivantes, à la p. 1771:

On a dit que cela avait suscité de la confusion et des retards et que le juge du procès, à titre de juge du procès et indépendamment de son statut, devrait avoir pleins pouvoirs pour ouvrir le paquet scellé et réviser l'ordonnance de la Haute Cour, et rendre toutes les décisions nécessaires. Il peut bien être exact que cette procédure accélérerait le processus et dissiperait une certaine confusion. Ce n'est cependant pas une procédure prescrite par le Parlement et, sous réserve d'arguments relatifs à l'application de la Charte canadienne des droits et libertés, j'estime qu'il n'est pas loisible aux tribunaux de passer outre aux dispositions de la partie IV.1 du Code criminel. S'il y a confusion et retards dans ce domaine, ils résultent du Code criminel lui-même et, sous réserve de ce que j'ai déjà dit, c'est au Parlement qu'il appartient d'apporter des modifications. [Je souligne.]

Dans l'extrait précité, le juge McIntyre reconnaît que l'application de la *Charte* peut avoir un effet sur la conclusion de l'arrêt *Wilson*. À mon avis, lorsqu'un accusé fait valoir qu'une écoute

accused that a wiretap infringes s. 8, an appropriate review is incompatible with the restrictions of *Wilson*. The judge conducting the review must hear evidence and submissions as to whether the interception constitutes an unreasonable search or seizure. Inasmuch as it is an issue as to the admissibility of evidence, it may be raised at trial. Under s. 24 of the *Charter*, the trial judge is a court of competent jurisdiction. In *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, McIntyre J., speaking of trial courts exercising criminal jurisdiction other than superior courts, stated, at p. 955:

These courts will be courts of competent jurisdiction, where they have jurisdiction conferred by statute over the offences and persons and power to make the orders sought. It is to be hoped that trial judges will devise, as the circumstances arise, imaginative remedies to serve the needs of individual cases. Such remedies must remain, however, subject to constitutional restraint, that is, they must remain within the ambit of criminal powers. A claim for a remedy under s. 24(1) arising in the course of the trial will fall within the jurisdiction of these courts as a necessary incident of the trial process.

An objection to the reception of evidence is very much a necessary incident of the trial process. A trial judge before whom wiretap evidence is tendered is obliged to rule on an objection based on an alleged breach of the accused's constitutional rights. He or she has jurisdiction and it cannot be declined.

It is true that the procedure on a *Wilson* application was to combine an application to open the packet with an application for review of its contents to determine the legal validity of the authorization. This procedure was suggested as the appropriate one in *Wilson*. Nothing in s. 178.14(1)(a)(ii), however, requires that the review of the contents of the sealed packet be made by the judge designated therein. It deals exclusively with the unsealing of the packet and does not purport to provide for a review of its contents. The source of review under *Wilson* was the general jurisdiction of the courts to set aside their own orders, either by action in the High Court or by a motion to set aside an *ex parte* order. Resort to this jurisdiction

électronique contrevient à l'art. 8, une révision adéquate devient incompatible avec les restrictions apportées par l'arrêt *Wilson*. Le juge siégeant en révision doit entendre les témoins et les arguments pour déterminer si l'interception constitue une perquisition ou saisie abusive. Dans la mesure où la question porte sur la recevabilité de la preuve, elle peut être soulevée au procès. En vertu de l'art. 24 de la *Charte*, le juge du procès est un tribunal compétent. Dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, le juge McIntyre, parlant des tribunaux ayant compétence en matière pénale autres que les cours supérieures, a affirmé, à la p. 955:

Ces tribunaux constitueront des tribunaux compétents chaque fois que la loi leur confère compétence à l'égard des infractions et des personnes en question et les autorise à rendre les ordonnances demandées. Il est à espérer que les juges du procès sauront, le cas échéant, faire preuve d'imagination en inventant des réparations adaptées aux besoins de chaque cas. Toutefois, ces réparations n'en demeurent pas moins assujetties aux restrictions imposées par la Constitution, c'est-à-dire qu'elles doivent relever du pouvoir en matière criminelle. Une demande de réparation en vertu du par. 24(1) présentée au cours du procès sera du ressort de ces tribunaux en tant qu'accessoire nécessaire du procès.

Une opposition à l'utilisation de la preuve constitue très certainement un accessoire nécessaire du procès. Le juge du procès devant qui une preuve recueillie par écoute électronique est présentée doit se prononcer sur une opposition qui allègue la violation des droits constitutionnels de l'accusé. Il a compétence et il ne peut refuser de statuer.

Il est vrai que la procédure d'une demande de type *Wilson* visait à combiner une demande d'ouverture du paquet et une demande de révision de son contenu pour établir la validité légale de l'autorisation. On a laissé entendre qu'il s'agissait de la procédure appropriée dans l'arrêt *Wilson*. Cependant, rien dans le sous-al. 178.14(1)(a)(ii) n'exige que l'examen du contenu du paquet scellé soit fait par le juge mentionné dans cette disposition. Celle-ci porte exclusivement sur l'ouverture du paquet et ne vise pas à permettre la révision de son contenu. Le fondement de la révision dans l'arrêt *Wilson* était la compétence générale des tribunaux d'annuler leurs propres ordonnances, soit au moyen d'une action devant la Haute Cour

attracted the restrictions inherent in the exercise of this jurisdiction both with respect to the available grounds and with respect to collateral attacks on court orders. These restrictions are fully explained in *Wilson*. The *Charter* provides a clear alternative basis for resort to the court and with it the appropriate grounds for a determination as to whether there has been a breach of s. 8.

Accordingly, while applications to open the packet must, by reason of the explicit language of the section, be made to a judge designated therein, applications for review should be made to the trial judge. This will achieve the desirable objective of leaving all matters relating to the admissibility of wiretap evidence to the trial judge.

Further, it would remove any doubts as to the right to appeal a decision rejecting or admitting the evidence. Martin J.A., in his reasons in this case, expressed concern about the lack of appeal where an authorization is set aside during a preliminary hearing. I would go further and question the right of appeal from the judgment of the trial judge who admits or rejects the evidence pursuant to the order of a *Wilson* judge. Since the trial judge cannot question the decision made on the *Wilson* application, I fail to see how it can be shown that the trial judge committed any error in accepting it. Martin J.A. refers to *R. v. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21 (Ont. C.A.), and *R. v. Banas and Haverkamp* (1982), 65 C.C.C. (2d) 224 (Ont. C.A.), for the proposition that an appeal lies from an acquittal. Those cases did not involve a *Wilson* application, and in each case there was a decision made by the trial judge with respect to the admissibility of evidence which could be the subject of attack on the basis of an error of law. In *R. v. Bailey*, *supra*, Morden J.A. stated the test for an appeal from an acquittal as follows, at p. 24:

soit au moyen d'une requête en annulation d'une ordonnance *ex parte*. Le recours à cette compétence comporte les restrictions inhérentes à son exercice tant en ce qui concerne les moyens disponibles qu'en ce qui concerne les attaques indirectes des ordonnances judiciaires. Ces restrictions sont expliquées en détail dans l'arrêt *Wilson*. La *Charte* présente clairement un autre fondement au recours judiciaire ainsi que les moyens appropriés pour déterminer s'il y a eu violation de l'art. 8.

Par conséquent, bien que les demandes d'ouverture du paquet doivent, en raison des termes explicites de l'article, être présentées à un juge mentionné dans la disposition, les demandes de révision devraient être présentées au juge du procès. Cela permettrait d'atteindre l'objectif souhaitable de laisser toutes les questions concernant la recevabilité de la preuve d'écoute électronique au juge du procès.

En outre, cela écarterait toute incertitude quant au droit d'appel contre une décision qui a écarté ou admis la preuve. Le juge Martin, dans ses motifs en l'espèce, s'est dit inquiet de l'absence de droit d'appel lorsque l'autorisation est annulée au cours d'une audience préliminaire. J'irais plus loin et je mettrais en doute le droit d'interjeter appel de la décision du juge du procès qui a admis ou écarté la preuve à la suite de l'ordonnance d'un juge dans le cadre d'une demande de type *Wilson*. Puisque le juge du procès ne peut remettre en question la décision rendue dans une demande de type *Wilson*, je ne vois pas comment on peut démontrer que le juge du procès a commis une erreur en l'acceptant. Le juge Martin mentionne les arrêts *R. v. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21 (C.A. Ont.), et *R. v. Banas and Haverkamp* (1982), 65 C.C.C. (2d) 224 (C.A. Ont.), pour justifier qu'un appel puisse être interjeté d'un acquittement. Ces arrêts ne portaient pas sur une demande de type *Wilson* et, dans chaque cas, le juge du procès avait rendu une décision quant à la recevabilité de la preuve qui était susceptible de contestation en raison d'une erreur de droit. Dans l'arrêt *R. v. Bailey*, précité, le juge Morden a formulé le critère applicable à l'appel d'un acquittement de la façon suivante, à la p. 24:

To succeed on an appeal from an acquittal under s. 613(4) of the *Criminal Code* the Crown must satisfy the appellate court that the trial judge erred and that the result would not necessarily have been the same if he had not so erred: *R. v. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160, 7 O.R. (2d) 750, 20 C.R.N.S. 191, and *Vezeau v. The Queen* (1976), 28 C.C.C. (2d) 81, 66 D.L.R. (3d) 418, [1977] 2 S.C.R. 277.

The language of s. 178.14 (now s. 187) will continue to require an application to open before a judge referred to therein. In some cases, this will not be the trial judge. I have referred in *Dersch* to the desirability of a legislative amendment to enable the trial judge to order the opening of the packet.

Grounds for Review

In *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, Lamer J. (as he then was) set out the basic test for determining the reasonableness of a search under s. 8 of the *Charter*. He stated, at p. 278:

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

In *Hunter v. Southam*, *supra*, this Court set out the basic requirements with respect to prior authorizations. In *Duarte*, *supra*, this Court decided that s. 178.13(1)(a) complies with these standards, and that before granting an authorization, a judge must be satisfied by affidavit that there are reasonable and probable grounds to believe that:

- (a) a specified crime has been or is being committed; and,
- (b) the interception of the private communication in question will afford evidence of the crime.

To arrive at the conclusion that the search is authorized by law, the reviewing judge must therefore conclude that these conditions were complied with. If he concludes that they were not, then the

[TRANSDUCTION] Pour avoir gain de cause dans un appel interjeté contre l'acquittement en vertu du par. 613(4) du *Code criminel*, le ministère public doit convaincre la cour d'appel que le juge du procès a commis une erreur et que le résultat n'aurait pas nécessairement été le même s'il n'avait pas commis cette erreur: *R. v. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160, 7 O.R. (2d) 750, 20 C.R.N.S. 191, et *Vezeau v. The Queen* (1976), 28 C.C.C. (2d) 81, 66 D.L.R. (3d) 418, [1977] 2 R.C.S. 277.

Les termes de l'art. 178.14 (maintenant l'art. 187) vont continuer à exiger qu'une demande d'ouverture du paquet soit présentée devant un juge mentionné dans cette disposition. Dans certains cas, il ne s'agira pas du juge du procès. J'ai mentionné dans l'arrêt *Dersch* qu'il est souhaitable qu'une modification législative soit apportée pour permettre au juge du procès d'ordonner l'ouverture du paquet.

Les moyens de révision

Dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, le juge Lamer (aujourd'hui Juge en chef) a formulé le critère fondamental pour déterminer le caractère raisonnable d'une perquisition ou d'une fouille en vertu de l'art. 8 de la *Charte*. Il a affirmé, à la p. 278:

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

Dans l'arrêt *Hunter c. Southam*, précité, notre Cour a formulé les exigences fondamentales quant aux autorisations préalables. Dans l'arrêt *Duarte*, précité, notre Cour a décidé que l'al. 178.13(1)a) est conforme à ces normes et qu'avant d'accorder une autorisation un juge doit être convaincu par affidavit qu'il existe des motifs raisonnables et probables de croire que:

- a) un crime particulier a été commis ou est commis;
- b) l'interception de la communication privée en question en procurera une preuve.

Pour conclure que la perquisition ou la fouille est permise par la loi, le juge qui siège en révision doit donc conclure que ces conditions ont été respectées. S'il conclut qu'elles ne l'ont pas été, la

search is not authorized by law and is unlawful. Consequently, in order to discharge the duty cast upon the reviewing judge to determine whether there has been a breach of s. 8, he or she must determine whether the *Code* provisions have been satisfied. This is the inevitable result of the statutory conditions being identical to the requirements of s. 8. Whereas *Wilson* precluded a review of the authorizing judge's decision that the statutory conditions had been complied with, unless some ground such as fraud or new evidence was established, the application of s. 8 requires review as a step in determining the reasonableness of the search and seizure.

While a judge exercising this relatively new power need not comply with the *Wilson* criteria, he should not review the authorization *de novo*. The correct approach is set out in the reasons of Martin J.A. in this appeal. He states, at p. 119:

If the *trial judge* concludes that, on the material before the authorizing judge, there was no basis upon which he could be satisfied that the pre-conditions for the granting of the authorization exist, then, it seems to me that the trial judge is required to find that the search or seizure contravened s. 8 of the Charter.

The reviewing judge does not substitute his or her view for that of the authorizing judge. If, based on the record which was before the authorizing judge as amplified on the review, the reviewing judge concludes that the authorizing judge could have granted the authorization, then he or she should not interfere. In this process, the existence of fraud, non-disclosure, misleading evidence and new evidence are all relevant, but, rather than being a prerequisite to review, their sole impact is to determine whether there continues to be any basis for the decision of the authorizing judge.

3. *What remedy is appropriate?*

Once the reviewing judge determines that the interception was not lawfully made, he or she has made a determination in the very language of s. 178.16(1)(a), which provides:

perquisition ou la fouille n'est donc pas autorisée par la loi et elle est illégale. Par conséquent, pour que le juge qui siège en révision détermine, comme il est tenu de le faire, s'il y a eu violation de l'art. 8, il doit déterminer si les dispositions du *Code* ont été respectées. Cela résulte inévitablement de ce que les conditions légales sont identiques aux exigences de l'art. 8. L'arrêt *Wilson* ne permettait pas de réviser la décision du juge ayant accordé l'autorisation selon laquelle les conditions légales avaient été respectées, sauf lorsque étaient établis des moyens telles la fraude ou la découverte de nouveaux éléments de preuve; par contre, l'application de l'art. 8 exige la révision comme étape de la décision relative au caractère raisonnable de la fouille, de la perquisition et de la saisie.

Bien que le juge qui exerce ce pouvoir relativement nouveau ne soit pas tenu de se conformer au critère de l'arrêt *Wilson*, il ne devrait pas réviser l'autorisation *de novo*. La façon appropriée est établie dans les motifs du juge Martin en l'espèce. Il affirme, à la p. 119:

[TRADUCTION] Si le *juge du procès* conclut, d'après les documents dont disposait le juge ayant accordé l'autorisation, qu'il n'existait aucun élément susceptible de le convaincre que les conditions préalables pour accorder l'autorisation existaient, il me semble alors que le juge du procès doit conclure que la fouille, la perquisition ou la saisie contrevient à l'art. 8 de la Charte.

Le juge qui siège en révision ne substitue pas son opinion à celle du juge qui a accordé l'autorisation. Si, compte tenu du dossier dont disposait le juge qui a accordé l'autorisation et complété lors de la révision, le juge siégeant en révision, conclut que le juge qui a accordé l'autorisation pouvait le faire, il ne devrait pas intervenir. Dans ce processus, la fraude, la non-divulgaration, la déclaration trompeuse et les nouveaux éléments de preuve sont tous des aspects pertinents, mais au lieu d'être nécessaires à la révision leur seul effet est d'aider à décider s'il existe encore un fondement quelconque à la décision du juge qui a accordé l'autorisation.

3. *Quelle est la réparation appropriée?*

Lorsque le juge siégeant en révision décide que l'interception n'a pas été faite légalement, il rend une décision selon les termes mêmes de l'al. 178.16(1)a), qui prévoit:

178.16 (1) A private communication that has been intercepted is inadmissible as evidence against the originator of the communication or the person intended by the originator to receive it unless

(a) the interception was lawfully made . . .

I must respectfully disagree with Martin J.A. that the mere fact that the authorization is not set aside precludes a determination that the interception is not lawfully made. In his reasons, he describes the determination of the reviewing judge as follows, at p. 119:

The trial judge, whether or not he or she is a Supreme Court judge, may, however, without setting aside the authorization, hold that the statutory pre-conditions for the granting of the authorization were not met, and hence the interception was unlawful and resulted in an unreasonable search or seizure within s. 8 of the Charter. [Emphasis added.]

The mere fact that, technically, the authorization has not been set aside can have little significance where its legal underpinnings have been removed. This degree of respect for the sanctity of a court order cannot be maintained. A determination that the *Charter* has been breached and that perhaps admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute will have already discredited the authorization to such an extent that I see no reason for preserving its formal validity purely for the purpose of showing deference for court orders. To maintain the validity of orders that have been undermined by a declaration of illegality by a court would only engender disrespect for court orders.

In the result, a finding that the interception is unlawful attracts the peremptory language of s. 178.16 and the evidence is inadmissible. Section 24(2) cannot have the effect of making the evidence admissible even if to do so would not bring the administration of justice into disrepute. Section 24(2) is an exclusionary and not an inclusionary rule. It operates to exclude evidence that would otherwise be admissible where to admit the evidence would bring the administration of justice into disrepute. Evidence that is inadmissible by reason of some other exclusionary rule cannot be admitted by invoking s. 24(2). Accordingly, an accused who has invoked the jurisdiction of s. 24

178.16 (1) Une communication privée qui a été interceptée est inadmissible en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins

a) que l'interception n'ait été faite légalement . . .

Avec égards, je ne partage pas l'opinion du juge Martin que le simple fait que l'autorisation ne soit pas annulée empêche la décision que l'interception n'a pas été faite légalement. Dans ses motifs, il décrit de la façon suivante la décision du juge qui siège en révision, à la p. 119:

[TRADUCTION] Le juge du procès, qu'il soit ou non un juge d'une cour supérieure, peut cependant, sans annuler l'autorisation, décider que les conditions légales préalables pour accorder l'autorisation n'ont pas été respectées et, par conséquent, que l'interception était illégale et a donné lieu à une perquisition ou saisie abusives au sens de l'art. 8 de la Charte. [Je souligne.]

Le simple fait que, techniquement, l'autorisation n'ait pas été annulée a peu d'importance lorsque son fondement juridique a disparu. Ce degré de respect envers le caractère sacré d'une ordonnance judiciaire ne peut être maintenu. La conclusion que la *Charte* a été violée et que l'utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice aura déjà assez discrédité l'autorisation pour enlever toute raison de préserver sa validité formelle uniquement par déférence envers les ordonnances judiciaires. Maintenir la validité d'ordonnances touchées par une déclaration judiciaire d'illégalité entraînerait le discrédit des ordonnances judiciaires.

En conclusion, la décision que l'interception est illégale fait intervenir les termes péremptoires de l'art. 178.16 et la preuve est irrecevable. Le paragraphe 24(2) ne peut avoir l'effet de rendre la preuve recevable même si son utilisation n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le paragraphe 24(2) est une règle d'exclusion et non d'inclusion. Il vise à écarter des éléments de preuve, qui seraient par ailleurs recevables, lorsque leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. On ne peut utiliser une preuve irrecevable en raison d'une autre règle d'exclusion en invoquant le par. 24(2). Par conséquent, un accusé qui invoque l'art. 24 et

and who establishes as part of the necessary operation of *Charter* review that an interception was unlawfully obtained is entitled to the benefit of the provisions of s. 178.16 to have the evidence excluded.

4. *What special requirements apply when information from informants is relied on to obtain an authorization?*

The appellant submitted that in order to establish reasonable and probable grounds to justify a search, a detailed set of requirements was necessary in respect of the use of informants' information. He contends that in coming to the conclusion that the affidavits in this case were sufficient, the Court of Appeal must have applied the "totality of the circumstances" test set out in *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213 (1983). The pertinent passage from that judgment reads as follows, at p. 238:

The task of the issuing magistrate is simply to make a practical, common-sense decision whether, given all the circumstances set forth in the affidavit before him, including the "veracity" and "basis of knowledge" of persons supplying hearsay information, there is a fair probability that contraband or evidence of a crime will be found in a particular place.

The general requirement with which the authorizing judge must comply has already been referred to in these reasons. He or she must be satisfied that the statutory conditions have been established. The reviewing judge should not set aside this decision unless he or she is satisfied on the whole of the material presented that there was no basis for the authorization. While this is the general instruction that each judge should apply, special problems arise with respect to the use of information of informants. It is therefore desirable to examine what special requirements, if any, should be developed to enable judges to apply the general instruction in a way that strikes a just balance between the needs of law enforcement and the protection of the rights of privacy.

établi, comme l'exige un examen en vertu de la *Charte*, que l'interception a été faite illégalement est fondé à bénéficier des dispositions de l'art. 178.16 pour que les éléments de preuve soient écartés.

4. *Quelles exigences spéciales sont applicables lorsqu'on se fonde sur des renseignements d'informateurs pour obtenir une autorisation?*

L'appelant soutient que pour établir l'existence de motifs raisonnables et probables justifiant une perquisition, il faut respecter une série de conditions détaillées relatives à l'utilisation des renseignements obtenus d'informateurs. Il prétend que pour conclure que les affidavits en l'espèce étaient suffisants, la Cour d'appel a dû appliquer le critère de «l'ensemble des circonstances» établi dans l'arrêt *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213 (1983). Le passage pertinent de cet arrêt se lit ainsi, à la p. 238:

[TRADUCTION] La tâche du magistrat qui accorde l'autorisation est simplement de rendre une décision pratique et logique quant à savoir si, compte tenu de toutes les circonstances établies dans l'affidavit qui lui est présenté, y compris la «fiabilité» et «les sources» des personnes qui présentent des renseignements par ouï-dire, il existe une probabilité raisonnable que des preuves relatives à la contrebande ou à un crime seront trouvées en un lieu particulier.

La condition générale à laquelle doit se conformer le juge qui accorde l'autorisation a déjà été mentionnée dans ces motifs. Il doit être convaincu que les conditions légales ont été respectées. Le juge qui siège en révision ne devrait pas annuler cette décision à moins d'être convaincu, vu l'ensemble des renseignements présentés, qu'il n'y avait aucun fondement justifiant l'autorisation. Il s'agit de la directive générale donnée aux juges mais des problèmes particuliers se présentent quant à l'utilisation des renseignements fournis par les informateurs. Il est donc souhaitable d'examiner les exigences particulières, s'il en est, qu'il faudrait formuler pour permettre aux juges d'appliquer la directive générale de manière à trouver un équilibre juste entre les nécessités de l'application de la loi et la protection des droits à la vie privée.

This issue has been addressed by this Court in connection with the use of informant information to support a warrantless search.

In *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140, police officers acting on the information of an informer stopped and detained the appellant's motor vehicle and conducted, without warrant, a search of the vehicle and the persons of the appellant and others. In assessing the weight to be given to the evidence relied on by the police officer, Wilson J. applied "the totality of the circumstances" standard which had been applied by Martin J.A. in the Court of Appeal. On this basis, Wilson J. found that there were reasonable and probable grounds to justify the search. This conclusion was concurred in by the other members of the Court.

In *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755, the Crown conceded that in conducting a rectal search, there had been a violation of ss. 8 and 10 of the *Charter*. The parties differed, however, in characterizing the seriousness of the violation for the purpose of determining admissibility under s. 24(2). Lamer J. (as he then was) considered that "the core difference centres on whether the police had reasonable and probable grounds to believe that the appellant was in possession, and therefore trying to import into Canada, an illegal narcotic" (p. 788).

The only evidence on the record was testimony that on the basis of "confidential information received and background investigation" the officer had "grounds to believe . . . that he [Greffe] was going to be in possession of an unknown amount of heroin". Lamer J. held that the trial judge erred in concluding that the police had confidential and reliable information by reason of the eventual recovery of the heroin. He wrote, at p. 790:

It was incumbent upon the Crown to establish at trial, if it could, the basis upon which the police claimed to have reasonable and probable grounds to believe that the appellant was in possession of the heroin. This would have been done through an inquiry into the source and reliability of the "confidential information" in the possession of the police.

Notre Cour a déjà examiné cette question en ce qui concerne l'utilisation des renseignements d'un informateur pour justifier une perquisition ou une saisie sans mandat.

^a Dans l'affaire *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, des policiers, agissant sur la foi des renseignements d'un informateur, ont intercepté le véhicule de l'appelant et, sans mandat, fouillé le véhicule ainsi que l'appelant et des tiers. Pour évaluer l'importance à accorder à la preuve invoquée par le policier, le juge Wilson a utilisé la norme de «l'ensemble des circonstances» appliquée par le juge Martin en Cour d'appel. Le juge Wilson a ainsi conclu qu'il existait des motifs raisonnables et probables justifiant la fouille. Les autres membres de la Cour ont souscrit à cette conclusion.

^d Dans l'arrêt *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755, le ministère public a reconnu que l'examen rectal pratiqué dans cette affaire constituait une violation des art. 8 et 10 de la *Charte*. Les parties ne s'accordaient pas sur la gravité de la violation aux fins d'une décision sur la recevabilité en vertu du par. 24(2). Selon le juge Lamer (maintenant Juge en chef), «la différence fondamentale tient à savoir si les policiers avaient des motifs raisonnables et probables de croire que l'appelant avait un stupéfiant illégal en sa possession et qu'il tentait, en conséquence, de l'importer au Canada» (p. 788).

^g La seule preuve au dossier était le témoignage selon lequel en raison des «renseignements confidentiels reçus et d'une enquête sur les antécédents», le policier avait «des motifs de croire qu'il [Greffe] serait en possession d'une quantité indéterminée d'héroïne». Le juge Lamer a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en décidant que les policiers disposaient de renseignements confidentiels et dignes de foi en raison de la découverte ultérieure de l'héroïne. Il écrit, à la p. 790:

^j Le ministère public avait l'obligation de prouver au procès, s'il le pouvait, la raison pour laquelle les policiers soutenaient avoir des motifs raisonnables et probables de croire que l'appelant avait de l'héroïne en sa possession. Cette preuve aurait été faite sous forme d'examen de la source et de la fiabilité des «renseignements confidentiels» que la police détenait.

What should have happened is that the police should have been asked at trial about the confidential information to determine if, in the totality of the circumstances, there existed reasonable and probable grounds to believe the accused was carrying the heroin. [Emphasis added.]

Lamer J. also referred with approval to the following passage from Martin J.A.'s judgment in *R. v. Debot* (1986), 30 C.C.C. (3d) 207 (Ont. C.A.), at pp. 218-19, as the test for assessing confidential informer's information:

I am of the view that such a mere conclusory statement made by an informer to a police officer would not constitute reasonable grounds for conducting a warrantless search . . . Highly relevant . . . are whether the informer's "tip" contains sufficient detail to ensure it is based on more than mere rumour or gossip, whether the informer discloses his or her source or means of knowledge and whether there are any *indicia* of his or her reliability, such as the supplying of reliable information in the past or confirmation of part of his or her story by police surveillance.

Although *Greffe* concerns admissibility under s. 24(2), in my opinion the discussion has a bearing on the sort of information that must be put before a judge issuing an authorization for electronic surveillance. I see no difference between evidence of reliability of an informant tendered to establish reasonable and probable grounds to justify a warrantless search (the issue in the cases cited by Lamer J.) and evidence of reliability of an informant tendered to establish similar grounds in respect of a wiretap authorization. Moreover, I conclude that the following propositions can be regarded as having been accepted by this Court in *Debot* and *Greffe*.

(i) Hearsay statements of an informant can provide reasonable and probable grounds to justify a search. However, evidence of a tip from an informer, by itself, is insufficient to establish reasonable and probable grounds.

Ce qui aurait dû se produire c'est que les policiers auraient dû être interrogés, lors du procès, au sujet des renseignements confidentiels afin de déterminer si, compte tenu de l'ensemble des circonstances, il existait des motifs raisonnables et probables de croire que l'accusé transportait l'héroïne. [Je souligne.]

Le juge Lamer a également cité en l'approuvant l'extrait suivant des motifs du juge Martin dans l'arrêt *R. v. Debot* (1986), 30 C.C.C. (3d) 207 (C.A. Ont.), aux pp. 218 et 219, quant au critère d'évaluation des renseignements confidentiels de l'informateur:

[TRADUCTION] Je suis d'avis que la simple affirmation non étayée par un informateur à un agent de police ne constitue pas un motif raisonnable de procéder à une fouille sans mandat [. . .] Parmi les questions très pertinentes [. . .] il y a celles de savoir si le renseignement communiqué par l'informateur comporte suffisamment de détails pour assurer qu'il s'appuie sur quelque chose de plus que de simples rumeurs ou racontars, si l'informateur a révélé la source ou l'origine des renseignements et s'il y a des indices de fiabilité de l'informateur, comme le fait d'avoir fourni, dans le passé, des renseignements sûrs ou la confirmation d'une partie de ses renseignements par la surveillance policière.

Bien que l'arrêt *Greffe* concerne la recevabilité de la preuve en vertu du par. 24(2), j'estime que l'analyse a des incidences sur le type de renseignements qui doivent être présentés devant un juge qui accorde une autorisation d'écoute électronique. Je ne vois aucune différence entre la preuve de la fiabilité d'un informateur présentée en vue d'établir l'existence de motifs raisonnables et probables de justifier une fouille sans mandat (les questions dans les arrêts cités par le juge Lamer) et la preuve de la fiabilité d'un informateur présentée en vue d'établir des motifs similaires en matière d'autorisation d'écoute électronique. En outre, je conclus que notre Cour dans les arrêts *Debot* et *Greffe* a accepté les propositions suivantes:

(i) Les déclarations d'un informateur qui constituent du oui-dire peuvent établir l'existence de motifs raisonnables et probables justifiant une fouille ou une perquisition. Cependant, en soi, la preuve d'un renseignement provenant d'un informateur est insuffisante pour établir l'existence de motifs raisonnables et probables.

(ii) The reliability of the tip is to be assessed by recourse to “the totality of the circumstances”. There is no formulaic test as to what this entails. Rather, the court must look to a variety of factors including:

- (a) the degree of detail of the “tip”;
- (b) the informer’s source of knowledge;
- (c) indicia of the informer’s reliability such as past performance or confirmation from other investigative sources.

(iii) The results of the search cannot, *ex post facto*, provide evidence of reliability of the information.

Conclusion on Issues 2, 3 and 4

While I have differed somewhat with the reasons of Martin J.A. with respect to issues 2 and 3, I am in agreement with the result reached by him that the affidavits were sufficient on their face. He concludes his reasons as follows, at pp. 129-30:

I am satisfied that the affidavits set out ample facts upon which the authorizing judges could be satisfied that there were reasonable grounds to believe that the specified offences were being or had been committed, that the interceptions sought would afford evidence of the offences, that other investigative procedures were unlikely to succeed and that it would be in the best interests of the administration of justice to grant the authorizations.

5. *What principles and procedures apply to the editing of the contents of the sealed packet?*

The appellant does not take issue with the exercise by the Court of Appeal of the power to edit the affidavit in order to preserve the identity of informants. His principal submission is that the appellant should be provided with judicially approved summaries of the edited words and phrases.

The power to edit clearly exists and derives from the supervisory and protecting power which a court possesses over its own records: *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, at p. 189.

(ii) La fiabilité du renseignement doit être évaluée en fonction de «l’ensemble des circonstances». Il n’existe pas de formule structurée pour le faire. Au lieu de cela, la cour doit examiner divers facteurs dont:

- a) le niveau de détail du renseignement;
- b) les sources de l’informateur;
- c) les indices de la fiabilité de l’informateur, comme son expérience antérieure ou la confirmation des renseignements par d’autres sources.

(iii) Les résultats d’une fouille ou d’une perquisition ne peuvent, *ex post facto*, apporter la preuve de la fiabilité des renseignements.

Conclusion sur les questions 2, 3 et 4

Bien que mon opinion soit quelque peu différente des motifs du juge Martin quant aux questions 2 et 3, je partage son opinion quant au résultat que les affidavits étaient en apparence suffisants. Il conclut ses motifs de la façon suivante, aux pp. 129 et 130:

[TRADUCTION] Je suis convaincu que les affidavits énoncent des faits amplement suffisants pour que le juge qui a accordé l’autorisation ait été convaincu qu’il existait des motifs raisonnables de croire que des infractions particulières étaient ou avaient été commises, que les interceptions demandées apporteraient la preuve de ces infractions, que les autres méthodes d’enquête avaient peu de chance de réussir et que l’octroi des autorisations servirait au mieux l’administration de la justice.

5. *Quels principes et procédures s’appliquent à la révision du contenu du paquet scellé?*

L’appelant ne conteste pas le pouvoir exercé par la Cour d’appel de réviser l’affidavit pour protéger l’identité des informateurs. Son principal argument est qu’on devrait lui remettre des résumés approuvés par la cour des mots et des phrases écartés pendant la révision des documents.

Le pouvoir de révision des documents existe clairement et provient du pouvoir de contrôle et de protection qu’un tribunal possède à l’égard de ses propres dossiers: *Procureur général (Nouvelle-Écosse) c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, à la p. 189.

In determining the procedure to be followed in editing the materials in the packet, regard must be had for the competing interests of law enforcement, and in particular the protection of the identity of informers and investigative techniques, on the one hand and the right of the accused to make full answer and defence on the other. The following observations of Dickson J. in *MacIntyre*, *supra*, at pp. 180 and 184, are apt:

As is often the case in a free society there are at work two conflicting public interests. The one has to do with civil liberties and the protection of the individual from interference with the enjoyment of his property. There is a clear and important social value in avoidance of arbitrary searches and unlawful seizures. The other, competing, interest lies in the effective detection and proof of crime and the prompt apprehension and conviction of offenders. Public protection, afforded by efficient and effective law enforcement, is enhanced through the proper use of search warrants.

In short, what should be sought is maximum accountability and accessibility but not to the extent of harming the innocent or of impairing the efficiency of the search warrant as a weapon in society's never-ending fight against crime.

Judicial editing appears to be the rule in every province except British Columbia. In *Dersch v. Canada (Attorney General)* (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 145, Esson J.A. expressed the view that editing constituted judicial legislation. This statement was made in the context of his reasons supporting restricted access to the sealed packet. In *Dersch*, I have determined that the restricted access cases are no longer sound. Editing, therefore, is essential in cases in which confidential information is included in the affidavit filed in support of an authorization. In determining what to edit, the judge will have regard for the rule against disclosure of police informants. The most recent expression of the rule by this Court is in the case of *Bisailon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60. Beetz J. stated, at p. 93:

Pour déterminer la procédure à suivre dans la révision des documents contenus dans le paquet, il faut tenir compte des intérêts opposés que sont, d'une part, l'application de la loi, et en particulier la protection de l'identité des informateurs et des techniques d'enquête, et, d'autre part, le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Les remarques suivantes du juge Dickson dans l'arrêt *MacIntyre*, précité, aux pp. 180 et 184, sont pertinentes:

Comme il arrive souvent dans une société libre, il y a ici deux aspects de l'intérêt public qui s'affrontent. Le premier ressortit aux libertés fondamentales et à la protection de la personne contre toute atteinte à la jouissance de ses biens. Il y a un avantage public manifeste et important à éviter les perquisitions arbitraires et les saisies illégales. L'autre aspect concurrent de l'intérêt public tient à la détection et à la preuve efficaces du crime ainsi qu'à l'arrestation et à la condamnation rapides des délinquants. L'utilisation à bon escient de mandats de perquisition renforce la protection qu'assure au public l'application efficace de la loi.

En bref, ce qu'il faut viser, c'est le maximum de responsabilité et d'accessibilité, sans aller jusqu'à causer un tort à un innocent ou à réduire l'efficacité du mandat de perquisition comme arme dans la lutte continue de la société contre le crime.

La révision judiciaire des documents paraît être la règle dans toutes les provinces à l'exception de la Colombie-Britannique. Dans l'arrêt *Dersch v. Canada (Attorney General)* (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 145, le juge Esson a exprimé l'avis que la révision constituait du droit prétorien. C'est dans le cadre de ses motifs à l'appui d'un droit d'accès restreint au contenu du paquet scellé qu'il a fait cette affirmation. Dans l'arrêt *Dersch*, j'ai décidé que la jurisprudence en faveur d'un droit d'accès restreint n'est plus fondée. La révision des documents est donc essentielle quand l'affidavit produit à l'appui d'une demande d'autorisation contient des renseignements confidentiels. Pour déterminer ce qu'il doit écarter, le juge tiendra compte de la règle interdisant la divulgation de l'identité des indicateurs de la police. L'arrêt le plus récent dans lequel notre Cour expose cette règle est l'arrêt *Bisailon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60. Le juge Beetz affirme, à la p. 93:

It follows from these reasons that at common law the secrecy rule regarding police informers' identity has chiefly taken the form of rules of evidence based on the public interest, which prohibit judicial disclosure of police informers' identity by peace officers who have learned the informers' identity in the course of their duties. A witness also may not be compelled to state whether he is himself a police informer. The rule was developed in criminal proceedings, apparently in trials for high treason, but it also applies in civil matters, and in both cases it has been established for reasons which relate to the essential effectiveness of the criminal law. The rule is subject to only one exception, imposed by the need to demonstrate the innocence of an accused person. There are no exceptions in proceedings other than criminal. Its application does not depend on the judge's discretion, as it is a legal rule of public order by which the judge is bound.

The identity of informers is generally not relevant. When a trial judge is engaged in the editing process, he or she must consider the "innocence at stake" exception. In *Re Rideout and The Queen* (1986), 31 C.C.C. (3d) 211 (Nfld. S.C.), Goodridge J. took the following view of the exception, at p. 220:

The rule against the identification of police informants is only made possible because, in almost every case, it will not be relevant . . . Where it is relevant, it will be admitted for that was the one exception mentioned by Beetz J. in the passage set forth above—the situation where disclosure was needed to demonstrate the innocence of an accused person.

In *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53 (7th Cir. 1957), Justice Burton wrote, at pp. 60-61:

Where the disclosure of an informer's identity, or of the contents of his communication, is relevant and helpful to the defence of an accused, or is essential to a fair determination of a cause, the privilege must give way. In these situations the trial court may require disclosure and, if the Government withholds the information, dismiss the action.

In *Re Chambers and The Queen* (1985), 20 C.C.C. (3d) 440 (Ont. C.A.), Martin J.A. pointed out that the exception was "more likely to apply where the informer is a witness to material facts" (p. 451).

Il ressort de ces motifs qu'en *common law* le principe du secret relatif à l'identité des indicateurs de police s'est manifesté principalement par des règles de preuve que dicte l'intérêt public et qui excluent la divulgation judiciaire de l'identité des indicateurs de police par des agents de la paix qui ont appris l'identité de ces indicateurs dans l'exercice de leurs fonctions. On ne peut non plus contraindre un témoin à dire s'il est lui-même un indicateur de police. Le principe a pris naissance en matière criminelle, dans des procès pour haute trahison semble-t-il, mais il vaut également en matière civile et il a été reconnu dans un cas comme dans l'autre pour des motifs qui ont trait à l'efficacité essentielle du droit criminel. Ce principe ne souffre qu'une exception imposée par la nécessité de démontrer l'innocence de l'accusé. Il ne connaît aucune exception en matière autre que criminelle. Son application ne relève en rien de la discrétion du juge car c'est une règle juridique d'ordre public qui s'impose au juge.

L'identité des informateurs n'est généralement pas pertinente. Lorsque le juge du procès procède à la révision des documents, il doit examiner l'exception concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé. Dans l'arrêt *Re Rideout and The Queen* (1986), 31 C.C.C. (3d) 211 (C.S.T.-N.), le juge Goodridge s'est exprimé de la façon suivante au sujet de l'exception, à la p. 220:

[TRADUCTION] La règle interdisant l'identification des informateurs de la police n'existe que parce que, dans la plupart des cas, elle n'est pas pertinente . . . Lorsqu'elle est pertinente, elle est admise parce qu'il s'agit de la seule exception mentionnée par le juge Beetz dans l'extrait précité—là où la divulgation de l'identité est requise pour démontrer l'innocence de l'accusé.

Dans l'arrêt *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53 (7th Cir. 1957), le juge Burton a écrit, aux pp. 60 et 61:

[TRADUCTION] Lorsque la divulgation de l'identité d'un informateur, ou du contenu de sa communication, est pertinente et peut servir à la défense d'un accusé ou est essentielle à un procès équitable, le privilège doit être écarté. Dans ces situations, le juge du procès peut ordonner la divulgation et, si le gouvernement retient les renseignements, rejeter l'action.

Dans l'arrêt *Re Chambers and The Queen* (1985), 20 C.C.C. (3d) 440 (C.A. Ont.), le juge Martin a souligné que l'exception [TRADUCTION] «était plus susceptible de s'appliquer lorsque l'informateur était un témoin de faits importants» (p. 451).

The determination in each case will require the balancing of the relevance of the identity of the informer to the accused's case against the prejudice to the informer and to the public interest in law enforcement which disclosure would occasion. The issue does not arise in this appeal since it is not contended that the identity of the informer is relevant. It is undesirable, therefore, to delve further into the process of weighing these interests in determining whether an exception has been made out. Suffice it to say that it is very much a determination to be made by the trial judge.

The question remains as to the extent of editing and the procedure to be followed. Since there will be more than one method of striking a proper balance between the interests of law enforcement and of the right to make full answer and defence, I would not wish to place trial judges in a "strait-jacket" by laying down iron-clad rules with respect to editing. In deciding what to edit, the following factors outlined by Watt J. in *R. v. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260 (Ont. H.C.), at pp. 281-82, commend themselves to me:

- (a) whether the identities of confidential police informants, and consequently their lives and safety, may be compromised, bearing in mind that such disclosure may occur as much by reference to the nature of the information supplied by the confidential source as by the publication of his or her name;
- (b) whether the nature and extent of ongoing law enforcement investigations would thereby be compromised;
- (c) whether disclosure would reveal particular intelligence-gathering techniques thereby endangering those engaged therein and prejudicing future investigation of similar offences and the public interest in law enforcement and crime detection, and
- (d) whether disclosure would prejudice the interests of innocent persons.

I have examined the procedure followed in *Parmar*, approved in *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.), and the procedure followed by the Court of Appeal in this case. The following outline is the procedure which, in my view, should be followed. It is not intended to be exclusive or exhaustive.

Dans chaque cas, cette décision exige qu'on soupèse l'importance de l'identité de l'informateur pour la thèse de l'accusé et le préjudice que causerait la divulgation à l'informateur et à l'intérêt public en matière d'application de la loi. La question ne se pose pas en l'espèce puisqu'on ne prétend pas que l'identité de l'informateur est pertinente. Il est donc inutile de s'attarder plus longtemps sur la réconciliation de ces intérêts contradictoires pour décider si on a fait la preuve d'une exception. Il suffit de dire qu'une telle décision revient essentiellement au juge du procès.

Il reste à examiner la portée de la révision des documents et la procédure à suivre. Puisqu'il y a plus d'une façon de trouver l'équilibre approprié entre les intérêts de l'application de la loi et ceux du droit à une défense pleine et entière, je ne veux pas paralyser les juges du procès en formulant des règles rigides quant à la révision des documents. Pour décider des éléments à supprimer, les facteurs suivants mentionnés par le juge Watt dans l'arrêt *R. v. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260 (H.C. Ont.), aux pp. 281 et 282 s'imposent:

[TRADUCTION]

- a) l'identité des informateurs confidentiels de la police, et donc leur vie et leur sécurité, peuvent-elles être compromises, sachant que la divulgation peut résulter tout autant de la mention de la nature des renseignements fournis par la source confidentielle que par la révélation de son nom?
- b) la nature et l'étendue des enquêtes en cours seraient-elles ainsi compromises?
- c) la divulgation révélerait-elle des techniques secrètes d'obtention de renseignements, mettant ainsi en danger ceux qui les pratiquent et compromettant la tenue d'enquêtes ultérieures sur des crimes semblables et l'intérêt public en matière d'application de la loi et de détection des crimes?
- d) la divulgation porterait-elle préjudice aux intérêts d'innocents?

J'ai examiné la procédure suivie dans l'arrêt *Parmar*, approuvée dans l'arrêt *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), et la procédure suivie par la Cour d'appel en l'espèce. J'estime qu'il convient de procéder de la manière suivante, quoique la liste des étapes mentionnées ne soit ni exclusive ni exhaustive:

1. Upon opening of the packet, if the Crown objects to disclosure of any of the material, an application should be made by the Crown suggesting the nature of the matters to be edited and the basis therefor. Only Crown counsel will have the affidavit at this point. a
2. The trial judge should then edit the affidavit as proposed by Crown counsel and furnish a copy as edited to counsel for the accused. Submissions should then be entertained from counsel for the accused. If the trial judge is of the view that counsel for the accused will not be able to appreciate the nature of the deletions from the submissions of Crown counsel and the edited affidavit, a form of judicial summary as to the general nature of the deletions should be provided. b
3. After hearing counsel for the accused and reply from the Crown, the trial judge should make a final determination as to editing, bearing in mind that editing is to be kept to a minimum and applying the factors listed above. c
4. After the determination has been made in (3), the packet material should be provided to the accused. d
5. If the Crown can support the authorization on the basis of the material as edited, the authorization is confirmed. e
6. If, however, the editing renders the authorization insupportable, then the Crown may apply to have the trial judge consider so much of the excised material as is necessary to support the authorization. The trial judge should accede to such a request only if satisfied that the accused is sufficiently aware of the nature of the excised material to challenge it in argument or by evidence. In this regard, a judicial summary of the excised material should be provided if it will fulfil that function. It goes without saying that if the Crown is dissatisfied with the extent of disclosure and is of the view that the public interest will be prejudiced, it can withdraw tender of the wiretap evidence. f
1. Au moment d'ouvrir le paquet, si le ministère public s'oppose à la divulgation de l'une ou l'autre des pièces, il devrait, dans une demande, indiquer la nature des éléments à supprimer et les raisons de le faire. Seul le substitut du procureur général aura l'affidavit à cette étape. g
2. Le juge du procès devrait ensuite réviser l'affidavit comme l'a proposé le substitut du procureur de la Couronne et fournir une copie ainsi préparée à l'avocat de l'accusé. Il faudrait ensuite entendre les arguments de l'avocat de l'accusé. Si le juge du procès est d'avis que l'avocat de l'accusé ne sera pas en mesure d'apprécier la nature des éléments supprimés selon les recommandations du substitut du procureur général et l'affidavit ainsi produit, une sorte de résumé judiciaire quant à la nature générale des éléments supprimés devrait être fournie. h
3. Après avoir entendu les arguments de l'avocat de l'accusé et la réponse du ministère public, le juge du procès devrait prendre une décision finale quant à la révision des documents, sans oublier qu'il faut la limiter au minimum et appliquer les facteurs précités. i
4. Une fois la décision prise selon l'étape (3), les pièces du paquet devraient être remises à l'accusé. j
5. Si le ministère public peut justifier l'autorisation sur le fondement des pièces révisées, l'autorisation est confirmée.
6. Cependant, si le texte révisé ne permet plus de justifier l'autorisation, le ministère public peut alors demander au juge du procès de tenir compte des éléments supprimés dans la mesure nécessaire pour justifier l'autorisation. Le juge du procès ne devrait accéder à cette demande que s'il est convaincu que l'accusé est suffisamment conscient de la nature des éléments écartés pour les contester dans sa plaidoirie ou par la preuve. À cet égard, un résumé judiciaire des éléments écartés devrait être fourni s'il peut remplir cette fonction. Il va sans dire que si le ministère public est en désaccord sur l'étendue de la divulgation et estime que l'intérêt public en subira un préjudice, il peut retirer la preuve recueillie par l'écoute électronique.

In this case, the Court of Appeal was in substantial compliance with the procedures outlined above. The process stopped after step (5). No issue can be taken with respect to the procedure followed.

6. *Is the accused entitled to cross-examination on the affidavit filed with the authorizing judge?*

The appellant asserts a right to cross-examine the affiant on the affidavits filed in support of the authorization. Specifically, he seeks to attack the statement made by the affiant that he (the affiant) received information from an informer, who had proved reliable in the past, and that in the month of December 1982 Garofoli and Criminisi had approached . . . (edited) with an offer to supply him with two kilograms of cocaine to sell for them. He filed two affidavits, his own and that of his former counsel. The substance of the affidavits is described in the reasons of Martin J.A. as follows, at p. 130:

Garofoli's affidavit states that he lived in Florida from September, 1977 up to August, 1983, when he returned to Hamilton to live. He was charged in Hamilton with certain offences of fraud and conspiracy to defraud, and he states in his affidavit that the only occasions on which he was in Hamilton, or even in Ontario, until he returned to Hamilton to live in August, 1983, were in connection with court appearances on those charges. He states that the only occasions on which he was in Hamilton during the latter part of 1982 or the early part of 1983 were in connection with court appearances on November 3, 1982, January 14, 1983, and on certain dates in February, March, April and May, 1983. He states that the allegation contained in Officer Campbell's affidavit, sworn on September 29, 1983, that some person was approached by Garofoli and Criminisi in December, 1982 with a proposal that this individual sell cocaine for them, is totally false, that he was not in Hamilton in the month of December, 1982, nor did he see or meet with Criminisi during any of his visits to Hamilton in connection with court appearances. He further states that the officer in charge of the fraud and conspiracy case was well aware that he was living in Florida and travelled to Hamilton only in connection with his court appearances, and that if Officer Campbell had made any inquiries he would readily have been aware that he was living in Florida during December, 1982.

En l'espèce, la Cour d'appel s'est en grande partie conformée à la procédure précitée. Elle s'est arrêtée après la cinquième étape. Il ne peut être question de contester la procédure suivie.

6. *L'accusé peut-il contre-interroger l'auteur de l'affidavit produit auprès du juge qui a accordé l'autorisation?*

L'appelant fait valoir le droit de contre-interroger l'auteur des affidavits produits à l'appui de l'autorisation. Plus précisément, il veut contester l'affirmation du déposant selon laquelle ce dernier a reçu des renseignements d'un informateur, qui s'était révélé digne de foi antérieurement, qu'au mois de décembre 1982 Garofoli et Criminisi avaient abordé . . . (omis) pour lui offrir deux kilos de cocaïne à vendre pour eux. Il a déposé deux affidavits, le sien et celui de son ancien avocat. Dans ses motifs, le juge Martin décrit le contenu des affidavits de la façon suivante, à la p. 130:

[TRADUCTION] L'affidavit de Garofoli dit qu'il a vécu en Floride de septembre 1977 à août 1983, date à laquelle il est retourné vivre à Hamilton. Il a été accusé à Hamilton de diverses infractions de fraude et de complot de fraude et il affirme dans son affidavit que les seules occasions où il a été à Hamilton, ou même en Ontario, avant de retourner vivre à Hamilton en août 1983, se rapportent aux comparutions au tribunal à l'égard de ces accusations. Il affirme que les seules occasions où il était à Hamilton vers la fin de l'année 1982 ou au début de l'année 1983 se rapportaient aux comparutions au tribunal le 3 novembre 1982, le 14 janvier 1983 et certains jours du mois de février, de mars, d'avril et de mai 1983. Il affirme que l'allégation contenue dans l'affidavit de l'agent Campbell, en date du 29 septembre 1983, que Garofoli et Criminisi ont abordé une certaine personne en décembre 1982 pour lui proposer de vendre de la cocaïne pour eux, est tout à fait fausse, qu'il n'était pas à Hamilton en décembre 1982 et qu'il n'a ni vu ni rencontré Criminisi au cours de ses visites à Hamilton concernant ces comparutions au tribunal. Il affirme en outre que le fonctionnaire chargé du dossier de fraude et de complot savait qu'il vivait en Floride et ne venait à Hamilton que pour comparaître devant le tribunal et que, si l'agent Campbell s'était informé, il aurait vite appris qu'il vivait en Floride en décembre 1982.

The Court of Appeal refused cross-examination on the ground that accepting these affidavits as true, they did not establish that the affiant Campbell had "made a false statement in his affidavit knowingly and intentionally or with reckless disregard for its truth".

These preconditions for cross-examination of the affiant are based largely on the American case of *Franks v. Delaware*, *supra*. They were adopted by the Court of Appeal in *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449 (and in *Rowbotham*, *supra*). Most recently, they were upheld by Watt J. in *R. v. Parmar* (1987), 37 C.C.C. (3d) 300, where Watt J. stated them to be as follows, at p. 344:

- (i) there must be specific allegation(s) of deliberate falsehood or reckless disregard for the truth in respect of specific aspects of the supportive affidavit;
- (ii) there must be *prima facie* proof by the applicant in admissible form, of the substance of what is alleged to contravert (*sic*) the specific contents of the affidavit, and
- (iii) it must be made to appear that, if the material impugned as false or in reckless disregard of the truth is set aside, that which remains is insufficient to sustain the issuance of the impugned order under s. 178.13(1) or 178.13(4), as the case may be.

In my opinion, these preconditions are subject to the same criticisms that were levelled at the preconditions for the sealed packet imposed by the restricted access cases. In *R. v. Playford*, *supra*, Goodman J.A. stated, at p. 178:

... he cannot gain access to the affidavit unless he can prove on a *prima facie* basis the grounds for such access and he cannot prove such grounds unless he has access.

And in *Finlay and Grellette*, *supra*, Martin J.A. stated, at p. 77:

Counsel for the appellants stated that in consequence of the restriction placed on an accused's access to the sealed packet, the accused finds himself in an impossible situation. To ascertain whether there has been fraud or

La Cour d'appel a refusé le contre-interrogatoire parce que, même si ces affidavits étaient exacts, ils n'établissaient pas que le déposant Campbell avait [TRADUCTION] «fait une fausse déclaration dans son affidavit, volontairement et sciemment ou inconsidérément sans égard à la vérité».

Ces conditions préalables au contre-interrogatoire du déposant sont essentiellement fondées sur la décision américaine *Franks v. Delaware*, précitée. La Cour d'appel les a retenues dans l'arrêt *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449 (et dans *Rowbotham*, précité). Plus récemment, le juge Watt les a confirmées dans l'arrêt *R. v. Parmar* (1987), 37 C.C.C. (3d) 300, précité, en les décrivant de la façon suivante, à la p. 344:

- [TRADUCTION]
- (i) il doit y avoir des allégations précises de déclarations délibérément fausses ou de déclarations inconsidérées sur des aspects précis de l'affidavit;
- (ii) le requérant doit apporter, de manière admissible, une preuve *prima facie* de la teneur de ce qui, allègue-t-on, contredit ces aspects précis de l'affidavit;
- (iii) il faut montrer que, si les pièces que l'on prétend fausses ou totalement étrangères à la vérité sont annulées, ce qui reste est insuffisant pour justifier la délivrance de l'ordonnance contestée en vertu du par. 178.13(1) ou 178.13(4), selon le cas.

À mon avis, ces conditions préalables peuvent faire l'objet des mêmes critiques que celles qui ont été avancées à l'égard des conditions préalables imposées par la jurisprudence en faveur d'un accès restreint au contenu du paquet scellé. Dans l'arrêt *R. v. Playford*, précité, le juge Goodman a affirmé, à la p. 178:

[TRADUCTION] ... il ne peut avoir accès à l'affidavit sans faire la preuve *prima facie* des raisons pour lesquelles il devrait y avoir accès et il ne peut faire la preuve de ces raisons sans y avoir accès.

Et dans l'arrêt *Finlay and Grellette*, précité, le juge Martin a affirmé, à la p. 77:

[TRADUCTION] L'avocat des appelants a affirmé que, par suite de la restriction imposée au droit d'accès de l'accusé au contenu du paquet scellé, l'accusé se trouve dans une situation impossible. Pour établir s'il y a eu

non-disclosure he requires access to the sealed packet, but he cannot gain access to the sealed packet unless he proves fraud or non-disclosure.

Applying that statement to this situation, the appellant cannot cross-examine unless he provides proof of deliberate falsehood or reckless disregard for the truth, and he cannot establish deliberate falsehood or reckless disregard for the truth unless he can cross-examine.

Furthermore, I question the utility of cross-examination if the accused can establish, even on a *prima facie* basis, deliberate falsehood or reckless disregard for truth. Except on television, most cross-examiners would consider a cross-examination to have succeeded marvelously if the result is a *prima facie* case that the affiant has been deliberately false or reckless. If this can be made out *ab extra*, there is no need to cross-examine.

This Court has consistently demonstrated a policy to uphold the right to cross-examine. In *Innisfil (Corporation of the Township) v. Corporation of the Township of Vespra*, [1981] 2 S.C.R. 145, the right was maintained with respect to evidence of government policy before an administrative tribunal. See also *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525. In *Wilson, supra*, Dickson J., speaking for himself and Chouinard J., approved of the right to cross-examine on an affidavit filed in support of an authorization. He stated, at p. 624:

It is of little avail to defence counsel to have a statement of law that an authorization can be held to be invalid if obtained, for example, by material non-disclosure and then preclude counsel from asking questions tending to show there has in fact been non-disclosure.

Although McIntyre J. did not deal explicitly with the point, he did not disagree with this statement. Furthermore, in accepting the jurisprudence with respect to review of *ex parte* orders, he must have adopted the right to cross-examination which is inherent in such review. For example, in *Gulf Islands Navigation Ltd. v. Seafarers' International Union of North America (Canadian District)*

fraude ou non-divulgateion, il doit avoir accès au contenu du paquet scellé, mais il ne peut y avoir accès à moins de prouver la fraude ou la non-divulgateion.

Si on applique cette affirmation en l'espèce, l'appelant ne peut contre-interroger le déposant à moins d'établir l'existence d'une fausse déclaration faite délibérément ou au mépris total de la vérité, ce qu'il ne peut faire à moins de contre-interroger le déposant.

En outre, je mets en doute l'utilité du contre-interrogatoire si l'accusé peut établir, même par une preuve *prima facie*, que la déclaration était délibérément fausse ou faite au mépris total de la vérité. Sauf à la télévision, les personnes qui font des contre-interrogatoires considéreraient avoir merveilleusement réussi si leur contre-interrogatoire donnait lieu à une preuve *prima facie* que la déclaration du déposant était délibérément fausse ou avait été faite au mépris total de la vérité. Si on peut en faire la preuve *ab extra*, il n'est pas nécessaire de contre-interroger.

Notre Cour a toujours eu pour principe de maintenir le droit au contre-interrogatoire. Dans l'arrêt *Innisfil (Municipalité du canton) c. Municipalité du canton de Vespra*, [1981] 2 R.C.S. 145, le droit a été confirmé quant à la preuve de la politique du gouvernement devant un tribunal administratif. Voir également l'arrêt *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525. Dans l'arrêt *Wilson*, précité, le juge Dickson, avec l'appui du juge Chouinard, a approuvé le droit de contre-interroger l'auteur d'un affidavit déposé à l'appui d'une autorisation. Il a affirmé, à la p. 624:

Il ne sert à rien à l'avocat de la défense d'avoir un principe de droit portant qu'une autorisation peut être jugée invalide si, par exemple, elle a été obtenue par suite de la non-divulgateion de faits pertinents, et qu'il lui soit ensuite interdit de poser des questions tendant à démontrer qu'il y a eu effectivement non-divulgateion.

Bien que le juge McIntyre n'ait pas expressément traité ce point, il ne s'est pas opposé à cette affirmation. En outre, en acceptant la jurisprudence et la doctrine en matière de révision d'ordonnances *ex parte*, il doit avoir retenu le droit de contre-interroger qui est inhérent à la révision. Par exemple, dans l'arrêt *Gulf Islands Navigation Ltd. v. Seafarers' International Union of North*

(1959), 18 D.L.R. (2d) 625 (B.C.C.A.), the court stated: "if the second Judge hears the motion, he should hear it *de novo* as to both the law and facts involved" (p. 627).

In my opinion, the preconditions in *Franks v. Delaware, supra*, are too restrictive. I believe that they are inconsistent with the approach which we have taken in Canada with respect to the right to cross-examine. Moreover, subject to the protection of the identity of informants and the concern with respect to the prolongation of proceedings, I see no reason for such a drastic curtailment of the right. I believe these concerns can be accommodated without imposing restrictions as inhibitive as those in *Franks v. Delaware*. With respect to informants, there is no right to cross-examine them. The informant is not a witness and cannot be identified unless the accused brings himself within the "innocence at stake" exception.

With respect to prolixity, I am in favour of placing reasonable limitations on the cross-examination. Leave must be obtained to cross-examine. The granting of leave must be left to the exercise of the discretion of the trial judge. Leave should be granted when the trial judge is satisfied that cross-examination is necessary to enable the accused to make full answer and defence. A basis must be shown by the accused for the view that the cross-examination will elicit testimony tending to discredit the existence of one of the preconditions to the authorization, as for example the existence of reasonable and probable grounds.

When permitted, the cross-examination should be limited by the trial judge to questions that are directed to establish that there was no basis upon which the authorization could have been granted. The discretion of the trial judge should not be interfered with on appeal except in cases in which it has not been judicially exercised. While leave to cross-examine is not the general rule, it is justified in these circumstances in order to prevent an abuse of what is essentially a ruling on the admissibility of evidence.

America (Canadian District) (1959), 18 D.L.R. (2d) 625 (C.A.C.-B.), la cour a affirmé: [TRADUCTION] «si le second juge entend la requête, il doit en reprendre l'audition au complet à la fois sur le plan du droit et celui des faits en cause» (p. 627).

À mon avis, les conditions préalables de l'arrêt *Franks v. Delaware*, précité, sont trop sévères. J'estime qu'elles sont incompatibles avec la conception que nous avons retenue au Canada quant au droit de contre-interroger. En outre, sous réserve de la protection de l'identité des informateurs et de la préoccupation relative à la prolongation des procédures, je ne vois aucune raison de restreindre si sévèrement ce droit. Je pense que l'on peut tenir compte de ces préoccupations sans imposer de restrictions aussi contraignantes que celles de l'arrêt *Franks v. Delaware*. En ce qui concerne les informateurs, il n'existe aucun droit de les contre-interroger. L'informateur n'est pas un témoin et ne peut être identifié à moins qu'il s'agisse de l'exception relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé.

Quant à l'argument de la longueur du contre-interrogatoire, je suis en faveur de limites raisonnables. Il faut obtenir l'autorisation de contre-interroger. Cette autorisation relève de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès et devrait être accordée lorsqu'il est convaincu que le contre-interrogatoire est nécessaire pour permettre à l'accusé de préparer une défense complète. L'accusé doit démontrer qu'il y a des motifs de penser que le contre-interrogatoire apportera un témoignage tendant à réfuter la présence d'une des conditions préalables à l'autorisation, dont par exemple l'existence de motifs raisonnables et probables.

Une fois autorisé, le contre-interrogatoire devrait être limité par le juge du procès aux questions qui visent à établir qu'il n'y avait aucun fondement justifiant la délivrance de l'autorisation. Il conviendrait de ne pas intervenir en appel dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire du juge du procès, sauf dans les cas où il n'a pas été exercé de façon judiciaire. Bien que l'autorisation de contre-interroger ne soit pas la règle générale, elle est justifiée dans ces circonstances pour prévenir un abus de ce qui équivaut essentiellement à une décision sur la recevabilité de la preuve.

In my opinion, the appellant has shown a basis for the cross-examination here. In view of the degree of reliance by the police on the informant in this case, if the informant is discredited then the factual basis for the authorization is undermined. If it is shown that the informant lied, then it could raise the inference that the police knew or ought to have known that he lied. If the police were not warranted in their belief that the information was true, then the basis for belief that a crime was to be committed disappears. Accordingly, the appellant should have been permitted to cross-examine. Cross-examination having been denied, there must be a new trial.

7. *Did the failure of the authorizing judge to include a minimization clause result in the authorization of an unreasonable search and seizure in violation of s. 8 of the Charter?*

This issue was not raised before the Court of Appeal and we do not have the benefit of the decision of the Court of Appeal. The appellant's argument before this Court relies on the fact that the affidavit dated November 23 reports that under the prior authorization 1000 calls were intercepted on the appellant's telephone line, of which 49 were considered relevant. He argues that the authorities were therefore cognizant of the interception of a high number of irrelevant private communications. Therefore, he submits, the failure to impose conditions minimizing the interception of irrelevant communications is unreasonable and renders the authorization invalid.

The issue of minimization is fully discussed in my reasons in *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111. The November 21 authorization is within the limitations described in that case. The relevant features of the authorization are as follows. Paragraph 3 names 13 persons whose private communications may be intercepted. Paragraph 4 sets out two classes of other persons whose private communications may be intercepted: (a) other persons at the places set out in para. 6(a) to (g), and (b) persons originating calls received by persons mentioned in paras. 3 and 4(a). Paragraph 6 describes places at which private communications may be

À mon avis, l'appellant a justifié son droit au contre-interrogatoire en l'espèce. Compte tenu de l'importance donnée par les policiers à l'informateur en l'espèce, si celui-ci est discrédité, le fondement factuel de l'autorisation est vicié. Si on concluait que l'informateur a menti, on pourrait alors en déduire que les policiers savaient ou auraient dû savoir qu'il avait menti. Si les policiers n'étaient pas justifiés de croire que les renseignements étaient vrais, leur raison de croire qu'un crime allait être commis n'existait donc pas. Par conséquent, l'appellant aurait dû être autorisé à contre-interroger. Le contre-interrogatoire ayant été refusé, il doit y avoir un nouveau procès.

7. *L'omission du juge qui a accordé l'autorisation de prévoir une clause de minimisation a-t-elle donné lieu à une perquisition et à une saisie abusives en contravention de l'art. 8 de la Charte?*

Cette question n'a pas été soulevée devant la Cour d'appel et nous ne bénéficions pas de sa décision sur ce point. L'argumentation de l'appellant devant notre Cour s'appuie sur le fait que l'affidavit en date du 23 novembre indique qu'en vertu de l'autorisation antérieure 1 000 appels avaient été interceptés sur la ligne téléphonique de l'appellant, dont 49 avaient été jugés pertinents. Il soutient que les responsables savaient donc que de nombreuses interceptions de communications privées étaient sans pertinence. Il prétend donc que l'omission d'imposer des conditions minimisant l'interception de communications non pertinentes était déraisonnable et rendait l'autorisation invalide.

La question de la minimisation est examinée en détail dans mes motifs de l'arrêt *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111. L'autorisation du 21 novembre est dans les limites décrites dans cet arrêt. Les aspects pertinents de l'autorisation sont les suivants. Le paragraphe 3 identifie 13 personnes dont les communications privées peuvent être interceptées. Le paragraphe 4 établit deux catégories d'autres personnes dont les communications privées peuvent être interceptées: a) d'autres personnes se trouvant dans les lieux décrits aux al. 6a) à g), et b) les personnes plaçant des appels reçus par les personnes mentionnées au par. 3 et à l'al.

intercepted. These are seven particular addresses set out in subparas. (a) to (g) (each connected with the named persons in para. 3) and places to which persons set out in para. 3 are believed on reasonable and probable grounds to resort to, as set out in subpara. (h). Paragraph 6(h) has a proviso that interceptions at public pay telephones shall be accompanied by visual surveillance to ensure that one of the persons named in para. 3 is using the pay telephone.

The authorization does not permit the interception of the private communications of anyone, anywhere. The persons are limited to 13 named persons, their interlocutors, and persons at seven addresses connected with the named persons. The places are limited to seven named addresses, and places resorted to by the named persons.

The appellant's argument in this case does not attack the particular terms of the authorization so much as it attacks the absence of minimizing conditions in light of the high number of irrelevant interceptions under the September 29 authorization. In *Thompson I* recognized that with any wiretap authorization there is a possibility of invasion of the rights of innocent third parties. It is an unfortunate cost of electronic surveillance, but one that Parliament has judged is justified in appropriate circumstances in the investigation of serious crime. Likewise, the interception of irrelevant conversations, with the resultant invasion of the privacy of the target and third parties, is an unfortunate cost of electronic surveillance. The question is: is the cost so great that it renders the authorization unreasonable?

The circumstances in the case at bar are that some 950 irrelevant telephone calls from Garofoli's home were intercepted under the September 29 authorization. This invasion of privacy is regrettable, but is at least limited in its effect to persons visiting Garofoli's home. This is to be contrasted, for instance, with a public pay telephone, where the privacy of the public at large is threatened. It appears to me that the only feasible method of

4a). Le paragraphe 6 décrit les lieux où les communications privées peuvent être interceptées. Il s'agit des sept adresses précises mentionnées aux al. a) à g) (chacun des lieux étant relié à des personnes nommées au par. 3) et l'al. h) énumère des lieux que, suivant des motifs raisonnables et probables, on croit fréquentés par les personnes mentionnées au par. 3. L'alinéa 6h) prévoit que les interceptions à des téléphones publics devront se faire sous surveillance visuelle afin de s'assurer que l'une des personnes nommées au par. 3 utilise le téléphone public.

L'autorisation ne permet pas d'intercepter les communications privées de n'importe qui n'importe où. L'énumération se limite à 13 personnes identifiées, à leurs interlocuteurs et à des personnes à sept adresses ayant des liens avec les personnes nommées. Les lieux sont limités à sept adresses identifiées et aux endroits fréquentés par les personnes nommées.

En l'espèce, ce n'est pas tellement les conditions particulières de l'autorisation que l'appelant conteste, mais l'absence de conditions de minimisation compte tenu du nombre élevé d'interceptions non pertinentes réalisées en vertu de l'autorisation du 29 septembre. Dans l'arrêt *Thompson*, j'ai reconnu qu'en matière d'autorisation d'écoute électronique, il peut arriver de porter atteinte aux droits de tiers innocents. C'est malheureusement le coût de la surveillance électronique, mais le Parlement l'a jugé nécessaire dans les circonstances appropriées d'une enquête sur un crime grave. De même, l'interception de conversations non pertinentes, avec pour résultat l'atteinte au droit à la vie privée de cibles et de tiers, fait malheureusement partie du coût de la surveillance électronique. La question est de savoir: le coût est-il si élevé qu'il rend l'autorisation abusive?

En l'espèce, quelque 950 appels téléphoniques non pertinents ont été interceptés à partir du domicile de Garofoli en vertu de l'autorisation du 29 septembre. Cette atteinte à la vie privée est regrettable mais elle est au moins limitée dans son effet aux personnes en visite au domicile de Garofoli. Cette situation peut, par exemple, être opposée au téléphone public payant où le droit à la vie privée d'un grand nombre de personnes est menacé. Il me

eliminating the recording of irrelevant calls on Garofoli's telephone line would have been a requirement of live monitoring. Even this method might be ineffective, for the relevance of a particular conversation cannot necessarily be determined with certainty until the content of a conversation is considered along with all other information gathered in an investigation. Furthermore, relevance cannot always be determined with certainty by listening, for instance, to the first few words of a conversation. Irrelevant calls would still have to be listened to long enough to determine that they are irrelevant.

In *Thompson* I adopted the position taken by Martin J.A. in *R. v. Finlay and Grellette, supra*, that an absolute requirement of live monitoring in all cases would impose too heavy a burden on Canadian law enforcement officials. In my view, while a requirement of live monitoring or visual confirmation would generally be appropriate when telephone calls are proposed to be intercepted at public pay telephones, the same considerations do not apply with respect to the private residence of a person named in an authorization unless there are special circumstances calling for live monitoring. It must be remembered that constant live monitoring of a private residence can also constitute a serious invasion of privacy.

The presence of special circumstances must be determined on the basis of what will enable the police to obtain the evidence with a minimum invasion of privacy. Thus, if the information in the possession of the police indicates that the subject visits the premises only occasionally and for a short duration, this should be reflected in the extent of the electronic surveillance. It may require live monitoring to determine the presence of the target and indeed may be a term in the authorization. Wholesale interception of all communication in and out of the residence in these circumstances will run the risk of being found to be an unreasonable search and seizure. On the other hand, if the target is an occupant and is usually present, other considerations will apply.

semble que la seule façon possible d'éliminer l'enregistrement d'appels non pertinents sur la ligne téléphonique de Garofoli aurait été d'imposer une surveillance réelle. Cette méthode peut même être inefficace, car on ne peut nécessairement déterminer avec certitude la pertinence d'une conversation téléphonique donnée avant que son contenu soit examiné avec les autres renseignements recueillis au cours de l'enquête. En outre, la pertinence ne peut pas toujours être établie avec certitude par l'écoute, par exemple, des premiers mots d'une conversation. Il serait encore nécessaire d'écouter les conversations suffisamment longtemps pour établir que les appels sont sans pertinence.

Dans l'arrêt *Thompson*, j'ai retenu la position du juge Martin dans l'arrêt *R. v. Finlay and Grellette*, précité, que l'obligation absolue d'une surveillance réelle dans tous les cas imposerait un fardeau trop lourd aux responsables de l'application des lois canadiennes. À mon avis, bien que l'obligation d'une surveillance réelle ou visuelle soit généralement appropriée lorsque les appels téléphoniques que l'on se propose d'intercepter proviennent de téléphones publics payants, les mêmes considérations ne s'appliquent pas à la résidence privée d'une personne nommée dans une autorisation, à moins qu'il existe des circonstances particulières exigeant une surveillance réelle. Il faut rappeler que la surveillance réelle constante peut également être une intrusion importante dans la vie privée.

La présence de circonstances particulières doit être déterminée en fonction de ce qui permettra à la police d'obtenir la preuve avec une atteinte minimale à la vie privée. En conséquence, si les renseignements que la police détient indique que la personne visée n'est sur les lieux qu'occasionnellement et pour de courtes durées, ce fait devrait être reflété dans la portée de la surveillance électronique. Il peut être nécessaire de recourir à la surveillance directe pour s'assurer de la présence de la cible et cela peut également être prévu comme condition de l'autorisation. L'interception de toutes les communications provenant ou à destination de la résidence dans ces circonstances risquerait d'être jugée constituer une fouille et une saisie abusives. Par contre, si la cible est un occupant de

Such information may be lacking initially but will often be available after a period of electronic surveillance pursuant to a valid authorization. On renewal, or application for a new authorization, this information must be utilized to minimize the invasion of privacy.

The appellant has not satisfied the Court that this case involves any special considerations. I therefore conclude that the authorization is not rendered unreasonable in the absence of minimizing conditions. The appeal on this ground must fail.

8. *Did the accused abscond?*

I would dismiss the appeal based on this ground for the reasons given by Martin J.A.

9. *Did the trial judge properly caution the jury with respect to the evidence of accomplices?*

I would dismiss the appeal based on this ground for the reasons given by Martin J.A.

Disposition

I have found that none of the grounds raised, except the cross-examination issue, is entitled to succeed. In my opinion, however, the appellant ought to have been permitted to cross-examine the affiant on the affidavits and there must therefore be a new trial.

The reasons of L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J.—I have read the reasons of Justice Sopinka in this and the related appeals of *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490; and *R. v. Zito*, [1990] 2 S.C.R. 1520. My approach to the interpretation of Part IV.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, leads me to a different conclusion with respect to a number of the questions presented by these appeals—a conclusion substantially in accord with the views expressed by Martin J.A. in the Court of Appeal below: (1988), 41 C.C.C. (3d) 97.

la maison et y est ordinairement présent, d'autres considérations entrent en jeu. Ces renseignements peuvent initialement manquer mais seront souvent disponibles après une certaine période de surveillance électronique exercée en vertu d'une autorisation valide. Au moment du renouvellement, ou de la demande d'une nouvelle autorisation, ces renseignements doivent être utilisés pour réduire au minimum l'atteinte à la vie privée.

L'appelant n'a pas convaincu la Cour qu'il existait des circonstances particulières en l'espèce. Je conclus donc que l'autorisation ne devient pas abusive en raison de l'absence de conditions de minimisation. Le pourvoi quant à ce moyen doit échouer.

8. *L'accusé s'est-il esquivé?*

Je rejeterais le pourvoi sur ce moyen pour les motifs donnés par le juge Martin.

9. *Le juge du procès a-t-il fait au jury une mise en garde appropriée concernant le témoignage des complices?*

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi sur ce moyen pour les motifs exposés par le juge Martin.

Dispositif

J'ai conclu qu'aucun des moyens soulevés, sous réserve de la question du contre-interrogatoire, ne peut réussir. Cependant, j'estime que l'appelant aurait dû être autorisé à contre-interroger l'auteur des affidavits et qu'il doit donc y avoir un nouveau procès.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—J'ai lu les motifs de jugement rédigés par le juge Sopinka dans le présent pourvoi et les pourvois connexes *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490; et *R. c. Zito*, [1990] 2 R.C.S. 1520. Mon interprétation de la partie IV.1 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, m'amène à une conclusion différente sur un certain nombre de questions soulevées par ces pourvois—une conclusion dans l'ensemble conforme à l'avis du juge Martin de la Cour d'appel en l'espèce: (1988), 41 C.C.C. (3d) 97.

The issues on this and the related appeals relate to the proper forums and procedures for challenging judicial orders authorizing wiretaps of private conversations. They involve both the *Criminal Code* and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and engage the values enshrined in each. Accordingly, I preface my discussion of the issues with observations concerning the operation of Part IV.1 of the *Criminal Code* and its interaction with the *Charter*.

I. Part IV.1 of the *Criminal Code* and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

Part IV.1 of the *Criminal Code* is the primary source of legislative guidance on the subject of wiretaps. It reflects an attempt to reconcile society's interest in the detection of crime and the proper administration of justice with individual interests in privacy and a fair trial. But because state wiretaps raise concerns with respect to individual liberties, the *Charter* also plays a role in governing the electronic interception of private communications.

The purpose of Part IV.1 is clear from its terms. Part IV.1 seeks to protect the privacy of individuals from invasion by electronic monitoring, while preserving the power of the police to intercept communications, where they have reason to believe that a crime has been or may be committed and the interception is reasonably necessary. The first of these purposes—the protection of privacy—is evidenced by the prohibition in s. 178.11(1) (now s. 184(1)) of the electromagnetic, acoustic, or mechanical interception of private communications. The second—the protection of the administration of justice—is evidenced by the following subsection, which exempts consensual or authorized communications from the prohibition. This concern with protection of the administration of justice has two aspects. The first is the public interest in securing the prosecution and conviction of the guilty. But the legislation also recognizes the importance of fairness to the accused in pro-

Le présent pourvoi et les pourvois connexes concernent la question de savoir devant quels tribunaux et selon quelles procédures contester les ordonnances judiciaires autorisant l'interception électronique de conversations privées. Ils concernent à la fois le *Code criminel* et la *Charte canadienne des droits et libertés* et mettent en cause les valeurs consacrées par l'un et l'autre. En conséquence, avant d'aborder le sujet, je ferai des observations sur l'application de la partie IV.1 du *Code criminel* et sur ses rapports avec la *Charte*.

I. La partie IV.1 du *Code criminel* et la *Charte canadienne des droits et libertés*

La partie IV.1 du *Code criminel* est la source principale des directives législatives sur l'écoute électronique. Il reflète une tentative de concilier l'intérêt de la société en matière de détection des crimes et de bonne administration de la justice, d'une part, et le droit des personnes à leur vie privée et à un procès équitable, d'autre part. Puisque l'écoute électronique pratiquée par l'État touche également au respect des libertés individuelles, la *Charte* a aussi une influence sur la réglementation de l'interception électronique des communications privées.

L'objet de la partie IV.1 ressort clairement de son libellé. Elle vise à protéger le droit des personnes à leur vie privée contre la surveillance électronique tout en préservant le droit des policiers d'intercepter des communications quand ils ont des motifs de croire qu'un crime a été commis ou risque de l'être et quand l'interception des communications est raisonnablement nécessaire. Son premier objet, protéger le droit des personnes à leur vie privée, ressort de l'interdiction que comporte le par. 178.11(1) (aujourd'hui par. 184(1)) de procéder à l'interception de communications privées au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique ou mécanique. Son second objet, protéger la bonne administration de la justice, ressort du paragraphe suivant qui soustrait à cette interdiction les communications dont l'interception a été autorisée ou dont l'interception a reçu le consentement d'une partie. Ce souci de préserver la bonne administration de la justice a deux volets. Le premier est l'intérêt de la société à ce que les coupables soient traduits en justice et condamnés. Cependant, la

viding that only interceptions which have been lawfully obtained will be received in evidence.

The judgment of Parliament is thus clear. Privacy is to be protected, but must yield to the higher interest of the administration of justice where the criteria for obtaining an authorization are established. The fairness of the trial process is maintained in that unlawfully obtained evidence is not admitted. This is the fundamental philosophy which should guide the courts when dealing with the electronic interception of private communications.

Given that the electronic interception of private communications raises questions about individual privacy and the right to a fair trial, the *Charter* also has a role to play in governing state use of wiretaps. The powers conferred on the courts by Part IV.1 must be exercised in conformity with the principles enshrined in the *Charter*. These principles include the protection of individual privacy and the right to a fair trial, including the right to make full answer and defence—values which are complementary to the interests reflected in Part IV.1 of the *Code*.

Having set out the philosophy which infuses Part IV.1 of the *Code* and related *Charter* provisions, I turn to the specific provisions of the *Code*. Society's interest in the prevention and detection of crime is served most directly by the creation of a mechanism pursuant to which law enforcement agencies can obtain judicial authorization to intercept private communications. Section 178.13(1) sets out the pre-conditions to the granting of an authorization by a judge to whom such an application is made. An authorization is only to be given where the judge is satisfied that it would be in the best interests of the administration of justice to do so and other investigative procedures are inadequate to the task. The power conferred on a judge by this section must be exercised in conformity with the *Charter*. Like Sopinka J., I agree with Martin J.A. of the Ontario Court of Appeal, who

disposition législative consacre aussi l'importance de l'équité envers les accusés en prescrivant que seules les communications interceptées légalement sont recevables en preuve.

^a L'intention du législateur est donc claire. Le droit à la vie privée doit être protégé, mais il doit céder le pas à l'intérêt plus important qu'est la bonne administration de la justice, quand les conditions qui justifient une autorisation existent. ^b L'équité du procès est sauvegardée parce que les éléments de preuve obtenus illégalement sont irrecevables. Tel est le principe fondamental qui doit guider les tribunaux dans leurs décisions relatives ^c à l'interception électronique de communications privées.

Étant donné que l'interception électronique de communications privées soulève des questions au sujet du droit des personnes à leur vie privée et du droit à un procès équitable, la *Charte* intervient aussi dans la réglementation de l'utilisation par l'État de l'écoute électronique. Les pouvoirs conférés aux tribunaux par la partie IV.1 doivent être ^e exercés conformément aux principes constitutionnalisés dans la *Charte*. Ces principes englobent la protection du droit des personnes à leur vie privée et le droit à un procès équitable, y compris celui de ^f présenter une défense pleine et entière—qui sont des valeurs complémentaires aux intérêts qui inspirent la partie IV.1 du *Code*.

Après cet énoncé de la philosophie qui anime la partie IV.1 du *Code* et les dispositions correspondantes de la *Charte*, j'aborderai les dispositions précises du *Code*. L'intérêt de la société à la prévention et à la détection du crime est très directement servi par la création d'un mécanisme ^h permettant aux organismes chargés d'appliquer les lois d'obtenir une autorisation judiciaire pour intercepter des communications privées. Le paragraphe 178.13(1) fixe les conditions préalables à l'octroi de l'autorisation par un juge saisi d'une ⁱ demande à cette fin. Pour accorder l'autorisation, le juge doit être convaincu qu'il est dans le meilleur intérêt de l'administration de la justice de l'accorder et que les autres moyens d'enquête sont inefficaces dans les circonstances. Le pouvoir que ^j cet article confère à un juge doit être exercé conformément à la *Charte*. Comme le juge

stated in *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48, that s. 178.13(1)(a) should be read so as to require that a judge granting an authorization be satisfied that there are reasonable grounds to believe that the specified offence has been or is being committed, and that evidence of the offence will be obtained by the interception sought.

Apart from this limitation on a judge's ability to authorize a wiretap, the direct protection for individuals comes from two sources: s. 178.16(1)(a) of the *Criminal Code*, which states that to be admissible in evidence an electronic interception must have been "lawfully made"; and s. 24(2) of the *Charter*, which provides for the exclusion of evidence where the evidence was obtained in a manner that infringed a *Charter* right and it is established that admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. Properly viewed, these two mechanisms, operating individually and in tandem, respond to individual interests in both privacy and a fair trial.

These protections give rise to three different applications:

- (1) An application to open the packet;
- (2) An application to set aside the authorization (the *Wilson* application);
- (3) An application to exclude the interception from evidence
 - (i) on the ground that the authorization is invalid on its face or that the interception was not executed within the terms of the authorization (the *Parsons voir dire*);
 - (ii) on the ground that the authorization does not name all "known" persons as required by ss. 178.12(1)(e) and 178.13(2)(c) of the *Code* (the *Vanweenan* application);
 - (iii) on the ground that the authorization fails to comply with the requirements for

Sopinka, je suis de l'avis du juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario, qui a dit dans l'arrêt *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48, qu'il faut voir dans l'al. 178.13(1)a la condition que le juge qui accorde une autorisation soit convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire que l'infraction reprochée a été commise ou est en train de l'être et que l'écoute demandée en fournira une preuve.

Outre cette restriction à la capacité d'un juge d'autoriser la surveillance électronique, la protection directe des personnes découle de deux sources: l'al. 178.16(1)a du *Code criminel*, qui précise que, pour que la communication soit recevable à titre de preuve, il faut que l'interception ait été «faite légalement», et le par. 24(2) de la *Charte*, qui prescrit l'exclusion de la preuve obtenue dans des conditions qui portent atteinte à un droit garanti par la *Charte* et dont l'utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Vus dans leur juste perspective, ces deux mécanismes, appliqués séparément et ensemble, servent les intérêts de la personne tant à l'égard du droit à la vie privée qu'à l'égard du droit à un procès équitable.

La protection de ces droits donne lieu à trois différentes demandes:

- (1) une demande d'ouverture du paquet;
- (2) une demande d'annulation de l'autorisation (demande de type *Wilson*);
- (3) une demande d'irrecevabilité en preuve de l'interception
 - (i) pour le motif que l'autorisation est apparemment nulle ou que l'interception n'a pas été réalisée conformément aux conditions mentionnées dans l'autorisation (voir-dire de type *Parsons*);
 - (ii) pour le motif que l'autorisation ne donne pas les noms, s'ils sont «connus», de toutes les personnes, comme l'exigent les al. 178.12(1)e) et 178.13(2)c) du *Code* (demande de type *Vanweenan*);
 - (iii) pour le motif que l'autorisation ne respecte pas les conditions nécessaires d'une

reasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter* (the *Garofoli* application).

Under present practice, the first application (to open the packet) must be made before a judge designated under Part IV.1 of the *Code* (a superior court judge); the second (to set aside) must be made to the court which authorized the order (also a superior court); and the third (to exclude evidence) must be made before the trial judge (who may be a judge of the provincial court).

This case raises issues concerning applications (1), (2) and (3)(iii). The first concern is the relationship between application (2), the *Wilson* application, and the application on *Charter* grounds under (3)(iii), the *Garofoli* application. Since both are ultimately concerned with the admissibility of the wiretap evidence, can they be consolidated so that the trial judge can deal with both? The second concern relates to how the court which ultimately hears the matter should exercise its powers under Part IV.1 of the *Code*. When should the packet on which the authorization was based be opened? If opened, can it be edited? When should cross-examination of the deponents of affidavits in the packet be permitted?

I propose to deal with each of these concerns in turn.

II. Challenging a Judicially Authorized Interception—Where Should it Happen?

Apart from technical faults which are dealt with under the *Parsons* and *Vanweenan* applications, the existing jurisprudence suggests two remedies for an accused seeking to prevent the use at trial of wiretap evidence—one under the *Code* and one under the *Charter*; one before a judge of the superior court which issued the order and one before the trial judge. My colleague, Sopinka J., takes the view that the two applications can be consolidated, with the result that the trial judge, regardless of the court he or she sits on, can hear both. I cannot agree. Notwithstanding the proce-

fouille ou saisie raisonnable au sens de l'art. 8 de la *Charte* (demande de type *Garofoli*).

Selon la pratique actuelle, la première demande (l'ouverture du paquet) doit être présentée au juge désigné en vertu de la Partie IV.1 du *Code* (un juge d'une cour supérieure); la deuxième (la demande d'annulation) doit être présentée à la cour qui a délivré l'ordonnance (aussi une cour supérieure); et la troisième (la demande d'irrecevabilité en preuve) doit être présentée au juge du procès (qui peut être un juge d'une cour provinciale).

L'espèce soulève certaines questions concernant les demandes de type (1), (2) et (3)(iii). La première vise les rapports entre la catégorie (2), la demande de type *Wilson*, et la catégorie (3)(iii), la demande de type *Garofoli* fondée sur la *Charte*. Puisque l'une et l'autre portent, en définitive, sur la recevabilité d'éléments de preuve obtenus par écoute électronique, peuvent-elles être réunies de sorte que le juge du procès puisse trancher les deux? La deuxième est la manière dont la cour qui entend finalement la cause doit exercer ses pouvoirs en vertu de la partie IV.1 du *Code*. Quand faut-il ouvrir le paquet contenant les pièces justificatives de l'autorisation? Si celui-ci est ouvert, est-il permis d'en censurer le contenu? Quand est-il permis de contre-interroger les auteurs des affidavits contenus dans le paquet?

J'aborderai ces questions à tour de rôle.

II. Contestation d'une interception de communications autorisée par un juge—À qui faut-il la présenter?

Outre les vices de forme, qui font l'objet de demandes de type *Parsons* ou de type *Vanweenan*, la jurisprudence actuelle offre deux recours à l'accusé qui cherche à empêcher l'utilisation au procès des preuves obtenues par écoute électronique—un fondé sur le *Code* et un autre sur la *Charte*, un devant un juge de la cour supérieure qui a rendu l'ordonnance et un autre devant le juge du procès. Mon collègue le juge Sopinka est d'avis qu'il est possible de réunir les deux demandes, de sorte que le juge du procès, quelle que soit la cour à laquelle il préside, puisse entendre l'une et l'autre. Je ne

dural advantages of such a solution, I do not think it is open to this Court to impose it.

I turn first to the *Wilson* application to set aside the authorization. As Martin J.A., of the Ontario Court of Appeal, explained in his reasons in this case, in order for an accused to succeed on a *Wilson* application, there must be evidence of fraud, material non-disclosure, misleading disclosure or new evidence which shows that the actual facts are different from those on which the authorization was granted under s. 178.13. The result of a successful *Wilson* application is that the authorization will be set aside, as if it never existed, so that any interception made pursuant to it will not have been lawfully made, and therefore will not be admissible in evidence under s. 178.16(1)(a) of the *Code*.

The *Code* does not expressly provide for the *Wilson* application, although it contemplates that judicial authorizations may be set aside. The *Wilson* application rests rather on the common law rule that the court which makes an order can also set it aside. No other court, except a statutorily empowered court of appeal, can set the order aside. This rule is known as the rule against collateral attack. Applied to the problem before us, it precludes holding that a provincial court trial judge can set aside an authorization under Part IV.1 (the *Wilson* application). That can only be done by a judge of the superior court which granted the authorization.

This is the logic upon which this Court relied in *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594, where the majority held that an authorization which has not been set aside is not subject to collateral attack and must be given full effect according to its terms. This is also the logic upon which this Court relied in unanimously affirming *Wilson* in *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764. It is based on sound principle and, in my view, unassailable. Accordingly, I find myself unable to avoid the conclusion which it mandates—namely, that an

puis être d'accord. Malgré les avantages de cette solution du point de vue de la procédure, je ne crois pas que notre Cour ait la faculté de l'imposer.

^a Je commencerai par examiner la demande de type *Wilson* qui vise à faire annuler l'autorisation. Comme le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario l'explique dans ses motifs en l'espèce, pour qu'un accusé ait gain de cause sur une demande de type *Wilson*, il doit apporter la preuve d'une fraude, d'une non-divulgence importante, d'une déclaration trompeuse ou de nouveaux éléments de preuve qui démontrent que les faits réels sont différents de ceux sur lesquels l'autorisation a été accordée en vertu de l'art. 178.13. Une demande de type *Wilson* a pour effet, si elle est acceptée, d'annuler l'autorisation, comme si celle-ci n'avait jamais existé, de sorte que toute interception de communications faite en vertu de celle-ci est illégale et qu'aucune preuve ainsi recueillie n'est recevable en vertu de l'al. 178.16(1)a) du *Code*.

^e Le *Code* ne prévoit pas expressément la demande de type *Wilson*, bien qu'il envisage que les autorisations judiciaires puissent être annulées. La demande de type *Wilson* est plutôt fondée sur la règle de common law selon laquelle un tribunal qui rend une ordonnance peut aussi l'annuler. Aucune autre cour, sauf une cour d'appel autorisée par la loi, ne peut annuler une telle ordonnance. C'est ce qu'on a appelé la règle interdisant la contestation indirecte. Appliquée à l'espèce, cette règle écarte la proposition qu'un juge de cour provinciale puisse annuler une autorisation accordée en vertu de la partie IV.1 (demande de type *Wilson*). Seul un juge de la cour supérieure qui a accordé l'autorisation peut l'annuler.

^h Telle est la logique que notre Cour a suivie dans l'arrêt *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594, lorsque la majorité a jugé qu'une autorisation qui n'a pas été annulée ne peut faire l'objet d'une contestation indirecte, mais qu'elle doit s'appliquer totalement selon sa teneur. C'est aussi le raisonnement suivi par notre Cour pour confirmer l'arrêt *Wilson* à l'unanimité dans l'arrêt *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764. Il est fondé sur des principes solides et, à mon avis, inattaquables. En conséquence, je suis obligée de conclure qu'une

application to set aside a wiretap authorization can be made only to a judge of a superior court designated under Part IV.1 of the *Code* and cannot be brought before a trial judge of a different court.

The second source of protection for the individual interests touched by wiretapping is the *Charter*. The *Garofoli* review, as it has come to be known from Martin J.A.'s judgment in this case, involves a determination as to the admissibility of an electronic interception under s. 8 of the *Charter*. That section 8 comes into play here results from the reasoning in *R. v. Finlay and Grellette*, *supra*, which held that electronic interception of private communications is a "search or seizure" within the meaning of s. 8 of the *Charter*. Given that s. 8 is viewed as, at a minimum, dealing with privacy concerns, the introduction of s. 8 here adds a second level of protection for individual privacy, one that supplements the protection already provided within the *Criminal Code*. Pursuant to s. 8, then, the search or seizure must be reasonable, which means that it must comport with the minimum s. 8 requirements set out in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. Under the *Charter*, the trial judge, even if not a judge of a superior court, is competent to determine whether evidence was obtained in contravention of s. 8, which, in this context, means determining whether the authorization was granted so as to meet the pre-conditions in the *Code*. As Martin J.A. explains, the finding that the pre-conditions were not met leaves the judge with a discretion to exclude the evidence under s. 24(2) of the *Charter* as a result of a s. 8 breach.

This review of the two general remedies available to exclude wiretap evidence suggests that the two cannot be conceptually combined and cannot both be brought before a trial judge unless that judge happens to belong to the superior court which issued the authorization. The accused has a legal right to apply to the court which issued the authorization to wiretap that this Court cannot

demande d'annulation d'une autorisation d'écoute électronique ne peut être présentée qu'à un juge d'une cour supérieure au sens de la partie IV.1 du *Code* et qu'elle ne peut l'être au juge du procès d'une autre cour.

La deuxième source de protection des intérêts de la personne en matière d'écoute électronique découle de la *Charte*. La demande de révision de type *Garofoli*, d'après l'appellation qu'on lui a donnée à la suite des motifs du juge Martin en l'espèce, concerne la recevabilité d'éléments de preuve recueillis par écoute électronique, en fonction de l'art. 8 de la *Charte*. L'article 8 entre en jeu ici en raison du raisonnement suivi dans l'arrêt *R. v. Finlay and Grellette*, précité, qui a statué que l'interception électronique de communications privées est «une fouille ou une saisie» au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Étant donné que l'art. 8 est considéré comme réglant au moins des préoccupations concernant le droit à la vie privée, son application offre ici un deuxième niveau de protection du droit à la vie privée qui s'ajoute à celui déjà offert en vertu du *Code criminel*. Pour respecter cet article, une fouille ou une saisie doit être raisonnable, c'est-à-dire qu'elle doit respecter les conditions minimales fixées dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. En vertu de la *Charte*, le juge du procès, même s'il ne s'agit pas d'un juge d'une cour supérieure, a le pouvoir de décider si la preuve a été obtenue en contravention de l'art. 8, ce qui signifie, dans un cas comme celui-ci, de décider si l'autorisation a été accordée conformément aux conditions préalables fixées par le *Code*. Comme le juge Martin l'explique, la constatation que les conditions préalables fixées par le *Code* n'ont pas été respectées confère au juge le pouvoir discrétionnaire, par application du par. 24(2) de la *Charte*, d'écarter la preuve qui contrevient à son art. 8.

Il ressort de cette analyse des deux recours généraux qui permettent l'exclusion de la preuve obtenue par écoute électronique qu'il est impossible de réunir conceptuellement ces deux recours et de les présenter au juge du procès à moins que celui-ci n'appartienne à la cour supérieure même qui a accordé l'autorisation. L'accusé a un droit strict de s'adresser à la cour qui a rendu l'ordon-

take away. No more can this Court empower a judge of another court to hear such an application, in contravention of the rule against collateral review. The *Wilson* application to set an authorization aside and the *Garofoli* application to reject evidence under the *Charter* are conceptually and jurisprudentially distinct, a fact which this Court is powerless to change.

I thus find myself in agreement with the view taken in the Ontario Court of Appeal that an accused seeking to exclude evidence of an interception has two remedies: (1) a *Wilson* application to a superior court to set aside the authorization, thereby rendering the interception not "lawfully made" within the terms of s. 178.16(1)(a); and (2) a *Garofoli* application before the trial judge (often a provincial court judge) for exclusion of the intercepted evidence on the ground that it constitutes an unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter*, the reception of which in evidence would tend to bring the administration of justice into disrepute under s. 24(2) of the *Charter*. The *Wilson* application carries with it a more onerous burden, but that is offset by the fact that the remedy for a successful applicant is automatic: the interception cannot be admitted into evidence. Under the *Charter*, the accused faces a less substantial burden, but the remedy is not automatic; it is based on s. 24(2) of the *Charter* which is necessarily flexible in that it must deal with a variety of circumstances.

It is necessary to add a comment on the question of what is meant by a "lawfully made" interception in s. 178.16(1)(a), since it impacts on when evidence becomes inadmissible under a *Wilson* application. Two views are possible in this regard. The first is that of Martin J.A. in the judgment below. On this view, any interception obtained pursuant to an authorization, which has not been set aside, is lawful and hence admissible under Part IV.1. It may, however, be excluded under s. 24(2) of the *Charter* if it was obtained in breach of

nance d'autorisation d'écoute électronique et notre Cour ne peut le priver de ce droit. Notre Cour ne peut pas non plus habiliter un juge d'une autre cour à entendre cette demande, car ce serait aller à l'encontre de la règle interdisant les contestations indirectes. Une demande de type *Wilson* visant l'annulation d'une autorisation et une demande de type *Garofoli* visant l'exclusion de preuves par application de la *Charte* sont distinctes sur le plan des concepts et de la jurisprudence, et notre Cour ne peut rien y changer.

Je suis donc de l'avis de la Cour d'appel de l'Ontario qu'un accusé qui cherche à faire écarter des éléments de preuve obtenus par écoute électronique a deux recours: (1) une demande de type *Wilson*, présentée à une cour supérieure, pour faire annuler l'autorisation, de sorte que l'interception n'est plus «faite légalement» au sens de l'al. 178.16(1)a); et (2) une demande de type *Garofoli*, au juge du procès (souvent un juge de cour provinciale), pour faire exclure les éléments de preuve pour le motif que leur interception est une fouille ou saisie abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte* et que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice au sens du par. 24(2) de la *Charte*. La demande de type *Wilson* comporte un fardeau de preuve plus onéreux, mais ce désavantage est compensé par le fait que la réparation est automatique si le requérant a gain de cause: la preuve obtenue par l'interception des communications est irrecevable. En vertu de la *Charte*, l'accusé a un fardeau de preuve moins lourd à satisfaire, mais la réparation n'est pas automatique: elle dépend du par. 24(2) de la *Charte* qui est nécessairement souple puisqu'il s'applique à une grande diversité de circonstances.

Il faut ajouter une remarque sur ce qu'est l'interception «faite légalement» selon l'al. 178.16(1)a), car cela détermine l'admissibilité de la preuve à l'occasion d'une demande de type *Wilson*. Il y a deux avis à cet égard. Le premier est celui du juge Martin en Cour d'appel en l'espèce, qui estime que toute preuve recueillie par une interception autorisée, qui n'a pas été annulée, est légalement obtenue et donc recevable en vertu de la partie IV.1. Elle peut cependant être écartée, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, si elle a été

the accused's rights under s. 8 of the *Charter* and its use would tend to bring the administration of justice into disrepute. The second view is that of Sopinka J. It holds that an authorized interception may be unlawful if it was obtained in circumstances where an authorization should not have been granted.

In my view, the governing consideration must be the intention of Parliament. What did it intend "lawfully made" to mean? I share Martin J.A.'s view that Parliament meant an interception made pursuant to a subsisting authorization. To hold that conduct expressly authorized by a court order is unlawful runs contrary to our most fundamental notions of lawfulness. If a person armed with such an order cannot assume he or she is acting lawfully, who can?

It may be that the order pursuant to which an interception has been made is later discredited. If that happens, the order may be set aside rendering the interception unlawful *ab initio*, or the interception may be rejected in evidence under s. 24(2) of the *Charter*. The question of preserving the formal validity of the order purely for the purpose of showing deference for court orders does not arise in either case. In the first case, Part IV.1 expressly provides for the order to be set aside. In the second, the remedy under s. 24(2) of the *Charter* is confined to the exclusion of evidence. While there might arguably be power under s. 24(1) to set aside the improperly obtained court order, it is difficult to see what purpose it would serve.

I offer a final comment under this head. While I disagree with Sopinka J.'s view that the *Wilson* and *Garofoli* applications can be consolidated, I do not dispute that the present structure creates unnecessary problems. Criminal law and criminal procedure should be simple and easily understandable. The procedural complexity associated with two different courts deciding essentially the same issue—the admissibility of evidence—defies this precept. The issue of an appeal from a *Wilson* application presents particular difficulty. While Martin J.A. in the court below offers a possible

obtenue en violation de droits garantis à l'accusé par l'art. 8 de la *Charte* et que son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le second est celui du juge Sopinka qui estime qu'une interception autorisée peut être illégale si la preuve est obtenue dans des circonstances où l'autorisation n'aurait pas dû être accordée.

À mon avis, la considération déterminante doit être l'intention du législateur. Qu'a-t-il voulu dire par «faite légalement»? Je partage l'avis du juge Martin que le législateur a voulu dire une interception faite en vertu d'une autorisation dont la validité subsiste. Soutenir que des actes expressément autorisés par une ordonnance judiciaire sont illégaux contredit les notions les plus fondamentales de la légalité. Si une personne munie d'une telle autorisation ne peut présumer qu'elle agit légalement qui le peut?

L'ordonnance autorisant l'interception peut, par la suite, être jugée nulle. Si cela arrive, l'ordonnance peut alors être annulée ce qui rend l'interception nulle *ab initio*, ou encore la preuve obtenue grâce à l'autorisation peut être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*. La question de maintenir la validité formelle de l'ordonnance uniquement par déférence pour les ordonnances judiciaires ne se pose ni dans un cas ni dans l'autre. Dans le premier cas, la partie IV.1 prévoit expressément l'annulation de l'ordonnance. Dans le second, la réparation accordée en vertu du par. 24(2) de la *Charte* se limite à l'exclusion de la preuve. Bien qu'on puisse soutenir qu'il existe un pouvoir, en vertu du par. 24(1), d'annuler une ordonnance obtenue de manière irrégulière, on voit difficilement à quoi ce pouvoir servirait.

J'ai une dernière remarque à faire sur ce sujet. Bien que je ne sois pas de l'avis du juge Sopinka qui estime possible de réunir des demandes de type *Garofoli* et de type *Wilson*, je ne conteste pas que les modalités actuelles créent des problèmes inutiles. Le droit criminel et la procédure criminelle devraient être simples et faciles à comprendre. La complexité venant de ce que deux cours différentes tranchent essentiellement la même question, celle de la recevabilité de preuves, pêche contre cette règle. La question de l'appel d'une décision sur une demande de type *Wilson* présente une difficulté

temporary solution to the problem of appeal, it is for Parliament to provide final resolution of the confusion created by application of the current legislative regime in conjunction with the *Charter*. In this regard I reiterate the plea of McIntyre J. in *R. v. Meltzer, supra*, that Parliament rectify any confusion or delay that arises from the *Criminal Code's* treatment of wiretaps.

III. The Scope of Review of Authorizations

I turn now to the second major concern raised on this appeal—the manner in which courts should approach and resolve certain issues left open by the *Criminal Code*, which arise when considering the review of authorizations to wiretap. I refer to the issue of when, if ever, the packet should be ordered opened; the related issue of editing the material in the packet upon opening, and the issue of the extent to which a judge should allow cross-examination of deponents of affidavits in the packet.

Part IV.1 of the *Criminal Code* provides that the material upon which the authorization is based is confidential but can be opened on the order of a judge. It also provides that interceptions unlawfully obtained are inadmissible as evidence unless the defect is procedural only. It says nothing about the right of a person affected by the communication to cross-examine or present evidence on an application to suppress evidence of an interception. Thus a judge may be called upon under the legislation to do two things: (1) permit opening of the packet; and (2) suppress evidence of an intercepted communication. The question is what criteria the judge should use in making his or her decision on these matters in the face of the *Code's* silence.

particulière. Bien que le juge Martin propose en l'espèce une solution temporaire au problème de l'appel, il appartient au législateur de fournir la solution définitive à la confusion engendrée par l'application concomitante de la législation actuelle et de la *Charte*. À ce sujet, je reprends la demande insistante formulée par le juge McIntyre dans l'arrêt *R. c. Meltzer*, précité, que le Parlement corrige la confusion et les retards qui découlent de la façon dont le *Code criminel* traite de l'écoute électronique.

III. La portée d'un contrôle judiciaire des autorisations

J'aborde maintenant la deuxième grande question soulevée par le présent pourvoi—la façon dont les cours de justice devraient procéder pour résoudre certaines questions que le *Code criminel* ne tranche pas, mais qui se présentent à l'occasion du contrôle des autorisations d'écoute électronique. Je parle de la question de savoir si jamais ou quand il convient d'ordonner l'ouverture du paquet; la question connexe de la révision des documents contenus dans le paquet, s'il est ouvert, et la question de la portée du contre-interrogatoire des auteurs des affidavits contenus dans le paquet à autoriser par le juge.

La partie IV.1 du *Code criminel* édicte que les documents qui justifient l'autorisation sont confidentiels, mais que le paquet peut être ouvert sur ordonnance d'un juge. Il édicte également que les preuves obtenues par l'interception illégale de communications sont irrecevables à moins que le vice soit uniquement de nature procédurale. Le *Code* ne dit rien au sujet des droits d'une personne visée par la communication de contre-interroger des témoins ou de présenter des éléments de preuve à l'appui d'une demande visant à écarter les preuves obtenues par l'interception. La loi prévoit donc que l'on peut demander deux choses au juge: (1) d'autoriser l'ouverture du paquet et (2) d'écarter des éléments de preuve obtenus par une interception de communications. La question est de savoir en vertu de quels critères le juge doit prendre sa décision sur ces questions, vu le silence du *Code*.

Where legislation confers powers upon courts but says nothing as to how those powers are to be exercised, the courts have no choice but to themselves supply the missing criteria. The result, in the case of Part IV.1, has been a plethora of divergent judicial opinion, reflecting a variety of judicial philosophies. One searches, in this sea of uncertainty, for a rock upon which to found a more objective opinion. That rock, in my view, must be the intention of Parliament as manifested in the purposes of the legislation and the values which it reflects.

I affirmed at the beginning of these reasons that the purpose of Part IV.1 of the *Criminal Code* is to protect the privacy of individuals from invasion by electronic monitoring, while preserving the power of the police to intercept communications where they have reason to believe that a crime has been or may be committed and the interception is reasonably necessary. As will become apparent, it is my view that the answer to the questions of when the packet should be ordered opened, what editing is justifiable and when cross-examination should be permitted, depends on balancing the interests of the Crown and the public in the administration of justice against the interests of the individual whose liberty is at stake.

A. *The Application to Open and Edit the Packet*

Against this background, I turn to the considerations which should govern a judge on an application to open the packet under s. 178.14(1).

My colleague, Sopinka J., takes the view that the packet should be opened in all cases. I share the view that in most cases this should happen. However, I approach the matter somewhat differently. As I see it, the matter is in the discretion of the judge hearing the application. He or she must decide whether the packet should be opened, by asking whether the interest of the accused in opening the packet is outweighed by the public interest in the administration of justice.

Quand des dispositions législatives confèrent un pouvoir aux cours de justice, mais ne précisent pas la façon d'exercer ce pouvoir, les tribunaux n'ont d'autre choix que de définir eux-mêmes les critères non mentionnés. Dans le cas de la partie IV.1, il en est résulté une abondance d'opinions judiciaires divergentes, reflétant toute une gamme de philosophies judiciaires. On chercherait, dans cette mer d'incertitude, un rocher sur lequel fonder un avis plus objectif. Ce rocher est, à mon avis, l'intention du législateur, qu'on peut déduire des fins des dispositions législatives et des valeurs qu'elles consacrent.

J'ai affirmé au début des présents motifs que la partie IV.1 du *Code criminel* avait pour objet de protéger le droit à la vie privée contre l'intrusion que constitue la surveillance électronique tout en préservant le pouvoir des corps de police d'intercepter des communications lorsqu'ils ont des motifs de croire qu'une infraction a été commise ou risque de l'être et que l'interception des communications est raisonnablement nécessaire. Comme on pourra facilement le constater, selon moi, la réponse aux questions de savoir quand ordonner l'ouverture du paquet, quelle révision justifier et quand permettre le contre-interrogatoire, exige que soient soupesés les intérêts du ministère public et ceux de la société dans l'administration de la justice, d'une part, et les intérêts des personnes dont la liberté est en jeu, d'autre part.

A. *La demande d'ouverture du paquet*

Vu ce contexte, j'aborde maintenant les considérations qui doivent guider le juge saisi d'une demande d'ouverture du paquet en vertu du par. 178.14(1).

Mon collègue le juge Sopinka est d'avis qu'il y a lieu d'ouvrir le paquet dans tous les cas. Je suis aussi d'avis qu'il y a lieu de le faire dans la plupart des cas. Cependant, j'aborde le sujet un peu différemment. Selon moi, la solution relève du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande. Il doit décider s'il faut ou non ouvrir le paquet en se demandant si l'intérêt de la société dans l'administration de la justice l'emporte sur le droit de l'accusé d'obtenir l'ouverture du paquet.

Analysis of the issue must begin with the wording of s. 178.14(1):

178.14 (1) All documents relating to an application made pursuant to section 178.12 or subsection 178.13(3) or 178.23(3) are confidential and, with the exception of the authorization, shall be placed in a packet and sealed by the judge to whom the application is made immediately upon determination of such application, and such packet shall be kept in the custody of the court in a place to which the public has no access or in such other place as the judge may authorize and shall not be

(a) opened or the contents thereof removed except

(i) for the purpose of dealing with an application for renewal of the authorization, or

(ii) pursuant to an order of a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 482; and

(b) destroyed except pursuant to an order of a judge referred to in subparagraph (a)(ii).

The wording of the section makes it clear that there is no right to see the documents upon which an authorization has been based. Parliament's dominant intention was that the documents should remain confidential; they may be disclosed only on an application for renewal or upon the order of a judge. The only question is when a judge should order them disclosed. This may be contrasted with the situation in the United States, where the legislation requires the contents of the packet to be delivered to the accused ten days before trial: *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, 18 U.S.C. §§ 2510-20 (1988).

Should a judge routinely order the contents of the packet disclosed to persons before trial? Or should a judge do so only where circumstances are made out which suggest that the accused's privacy interest has been infringed in a way forbidden by Part IV.1? As a matter of statutory construction, the first alternative is untenable. If Parliament had intended all accused to have access to the packet without more, it would have passed a provision such as that which already existed in the United States. On the other hand, routine denial of access to the contents of the packet puts in doubt an accused's ability to make full answer and defence,

L'analyse de la question doit partir du texte du par. 178.14(1):

178.14 (1) Tous les documents relatifs à une demande faite en application de l'article 178.12 ou des paragraphes 178.13(3) ou 178.23(3) sont confidentiels et, à l'exception de l'autorisation, doivent être placés dans un paquet scellé par le juge auquel la demande est faite dès qu'une décision est prise au sujet de cette demande; ce paquet doit être gardé par le tribunal, en un lieu auquel le public n'a pas accès ou en tout autre lieu que le juge peut autoriser et il ne doit pas

a) être ouvert et son contenu ne doit pas être enlevé, si ce n'est

(i) pour traiter d'une demande de renouvellement de l'autorisation, ou

(ii) en application d'une ordonnance d'un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou d'un juge défini à l'article 482; ni

b) être détruit, si ce n'est en application d'une ordonnance d'un juge mentionné au sous-alinéa a)(ii).

Le texte de l'article dit clairement qu'il n'existe pas de droit de consulter les documents en vertu desquels l'autorisation a été accordée. L'intention principale du législateur était de préserver le caractère confidentiel des documents; il ne peuvent être divulgués qu'à l'occasion d'une demande de renouvellement ou sur ordonnance d'un juge. Il reste uniquement à déterminer quand le juge devrait ordonner leur divulgation. On peut comparer cette situation et celle qui prévaut aux États-Unis où les dispositions législatives exigent que le contenu du paquet soit remis à l'accusé dix jours avant la tenue du procès: *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, 18 U.S.C. §§ 2510 à 2520 (1988).

Un juge devrait-il normalement ordonner la divulgation du paquet avant le procès? Un juge devrait-il le faire seulement dans des circonstances qui font supposer que le droit à la vie privée de l'accusé a été violé d'une façon que la partie IV.1 interdit? En vertu des règles d'interprétation des lois, la première proposition est insoutenable. Si le législateur avait voulu que tous les accusés aient accès au paquet, sans autre formalité, il aurait adopté une disposition semblable à celle qui existe aux États-Unis. Par ailleurs, le refus systématique de communiquer le contenu du paquet met en doute la capacité de l'accusé de présenter une

a right provided by s. 577(3) (now s. 650(3)) of the *Criminal Code*.

The next question is what effect the *Charter* has on the situation. The *Charter* guarantees an accused a right to a fair trial and to make full answer and defence. It is argued that it is an element of a fair trial that the accused have the right to challenge evidence which may be inadmissible. It is said that the accused cannot challenge an interception if he or she is not granted access to the packet. Therefore, the argument continues, unless access is granted the right to a fair trial is denied. In these circumstances, it is argued that the judge should exercise the discretionary powers conferred by Part IV.1 of the *Code* in conformity with the *Charter* and grant access in all cases. Disclosure would be the rule.

The British Columbia Court of Appeal in *Dersch* (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 145, *per* Esson J.A. (as he then was), took issue with the second proposition in this argument—the proposition that the right to a fair trial includes the right to effectively challenge evidence obtained under Part IV.1 of the *Code*—on the basis that the grounds upon which the evidence would be excluded are “technical”. He stated, at p. 151:

It follows, in my view, that refusal of the opportunity to demonstrate a defect in the proceedings leading to the authorization does not affect the right to make full answer and defence or the right to fair trial. It merely deprives the accused of an opportunity to have relevant evidence excluded on a technical ground. That opportunity is not a constitutionally protected right.

This raises the question of what is meant by “fair trial” and “full answer and defence”. Prior to the *Charter*, evidence which was reliable and relevant was routinely admitted, notwithstanding that it might have been obtained improperly: see *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272. However, at least since the advent of the *Charter*, this Court has emphasized that the right to make full answer and defence is “a cornerstone of the justice system” and cannot lightly be eroded: see *Mills v. The*

défense pleine et entière, droit que le par. 577(3) (maintenant par. 650(3)) du *Code criminel* lui reconnaît.

a La question suivante est celle des conséquences de la *Charte* sur cette situation. La *Charte* garantit à un accusé le droit à un procès équitable et celui d’y présenter une défense pleine et entière. On soutient que le droit à un procès équitable englobe celui de contester tout élément de preuve qui peut être irrecevable. On affirme aussi qu’un accusé ne peut contester l’interception s’il n’a pas accès au paquet. En conséquence, selon la logique de l’argumentation, faute d’avoir accès au paquet, l’accusé est privé du droit à un procès équitable. On affirme encore que, dans ce cas, le juge devrait exercer le pouvoir discrétionnaire conféré par la partie IV.1 du *Code* pour appliquer la *Charte* et accorder l’accès au paquet dans tous les cas. La divulgation deviendrait la règle.

Dans l’arrêt *Dersch* (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 145, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, par la voix du juge Esson (tel était alors son titre), a rejeté la deuxième proposition selon laquelle le droit à un procès équitable englobe le droit de contester efficacement les éléments de preuve obtenus par l’application de la partie IV.1 du *Code*—parce que les motifs susceptibles de justifier l’exclusion d’éléments de preuve se limitent à des questions de forme. Il dit ceci, à la p. 151:

[TRADUCTION] Il s’ensuit, à mon avis, que le refus de la possibilité de démontrer un vice dans la procédure qui a mené à l’autorisation ne touche pas le droit de préparer une défense pleine et entière ni le droit à un procès équitable. Il prive simplement l’accusé de la possibilité d’obtenir l’exclusion d’un élément de preuve pertinent pour un motif de forme. Cette possibilité n’est pas un droit protégé par la Constitution.

Cela soulève la question de savoir ce que les expressions «procès équitable» et «défense pleine et entière» veulent dire. Avant la *Charte* les éléments de preuve pertinents et fiables étaient normalement utilisés même s’ils avaient été obtenus illégalement: voir *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272. Cependant, depuis l’avènement de la *Charte* du moins, notre Cour a souligné que le droit de présenter une défense pleine et entière est «une pierre angulaire du système de justice» et que ce

Queen, [1986] 1 S.C.R. 863, *per* Wilson J. (dissenting on other grounds), at p. 969. The words "full answer and defence" entitle the accused to put forward all defences, regardless of whether they are based on a technicality or not. Indeed, the adjective "full" permits no other conclusion. The right to make full answer and defence cannot be diminished to the right to make non-technical answer and defence. For this reason, I must reject the reasoning of the British Columbia Court of Appeal.

At the same time, I do not subscribe to the view that there is in all cases an automatic right to disclosure of the contents of the packet. Like other rights under the *Charter*, the right to make full answer and defence may come into conflict with other rights and values. It may be necessary to balance these interests against the right to make full answer and defence.

This is illustrated by the problem of editing. I agree with Sopinka J. that a judge may withhold certain portions of the packet on grounds, for example, that those portions might disclose the identity of an undercover operative. Denial of this information might lead an accused to complain about being deprived of the right to make full answer and defence. Nevertheless, the editing must be permitted because the public's interest in the administration of justice outweighs the accused's interest in obtaining the identity of the informant. I further agree with Sopinka J. that edited material can be considered in deciding whether the authorization can be supported.

On the balancing approach I propose, the accused must make a preliminary showing that his or her interest in privacy or a fair trial justifies opening the packet. This will not be difficult to do in most cases, since, as the Court of Appeal below and Sopinka J. point out, it is in most cases virtually impossible for an accused to challenge evidence which may turn out to have been improperly obtained unless the accused is permitted to see

droit ne devrait pas être miné à la légère: voir l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, le juge Wilson (dissidente pour d'autres motifs), à la p. 969. L'expression «défense pleine et entière» autorise l'accusé à faire valoir tous les moyens de défense, qu'il s'agisse de questions de forme ou non. À vrai dire, les qualificatifs «pleine et entière» n'autorisent pas d'autre solution. Le droit de présenter une défense pleine et entière ne peut être réduit à celui de faire valoir des moyens de défense autres que des questions de forme. Pour ces motifs, je dois rejeter le raisonnement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

Mais je n'adopte pas pour autant l'avis qu'il existe dans tous les cas un droit automatique de prendre connaissance du contenu du paquet. Comme d'autres droits garantis par la *Charte*, celui de présenter une défense pleine et entière peut entrer en conflit avec d'autres droits ou d'autres valeurs. Il peut être nécessaire de soupeser ces intérêts en regard du droit de présenter une défense pleine et entière.

La question de la révision des documents illustre ce problème. Comme le juge Sopinka, je suis d'avis qu'un juge peut ne pas divulguer certaines parties du paquet pour le motif, par exemple, que ces parties révèlent l'identité d'un informateur de la police. Le refus de communiquer ces renseignements peut amener un accusé à se plaindre d'être privé du droit de présenter une défense pleine et entière. Néanmoins, il faut permettre la révision des documents parce l'intérêt du public dans l'administration de la justice l'emporte sur l'intérêt de l'accusé à obtenir l'identité de l'indicateur. Comme le juge Sopinka, je suis aussi d'avis que les documents ainsi révisés peuvent servir à déterminer si l'autorisation est bien fondée.

Selon la méthode de conciliation que je propose, l'accusé doit d'abord démontrer que son intérêt en matière de droit à la vie privée ou de droit à un procès équitable justifie l'ouverture du paquet. Cette démonstration ne sera pas difficile à faire dans la majorité des cas, puisque, comme la Cour d'appel en l'espèce et le juge Sopinka le soulignent, il est ordinairement presque impossible à un accusé de contester des éléments de preuve qui ont été

the material upon which the authorization was granted.

The next question is whether there are countervailing interests which outweigh the accused's interest in seeing the contents of the packet. In most cases there will be few, provided that proper editing takes place. As a result, it can be predicted that in most cases the accused will be granted access to the packet.

To summarize, it is my view that the accused's right to make full answer and defence mandates that a judge on an application to open the packet should give the accused access to the packet, subject to any overriding interests in the due and proper administration of justice. Notwithstanding that the onus is on the accused to show that his or her interest in production outweighs concerns relating to the administration of justice, it may be predicted that in most cases this will result in reasonably complete disclosure of the contents of the packet, since in most cases the accused's interest is clear and disclosure will not unduly impede the administration of justice.

B. *The Right to Cross-Examine*

I turn next to the question of whether the accused, having gained access to the packets, should be permitted to cross-examine the deponents of the affidavits thus disclosed with a view to having the wiretap evidence declared inadmissible. Under what circumstances is the accused entitled to an evidentiary hearing?

Cross-examination may be relevant either on an application under Part IV.1 to set aside an authorization, or on an application to reject the interception under s. 24(2) of the *Charter* on the ground that it constitutes an unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter*. Since the *Code* and the *Charter* are both silent on the right to cross-examination on such an application, the matter is entirely within the discretion of the judge.

recueillis d'une façon qui peut se révéler illégale, sans pouvoir prendre connaissance des pièces en vertu desquelles l'autorisation a été accordée.

a La question suivante est de savoir s'il existe des intérêts opposés qui l'emportent sur celui de l'accusé à prendre connaissance du contenu du paquet. Dans la majorité des cas, il n'y en aura pas beaucoup, pourvu que les documents soient bien révisés.

b En conséquence, on peut prévoir que, dans la plupart des cas, on accordera à l'accusé l'accès au paquet.

En résumé, je suis d'avis que le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière impose au juge d'autoriser l'accusé, qui en fait la demande, à prendre connaissance du paquet, sous réserve d'intérêts prédominants en matière d'administration de la justice. Bien que l'accusé ait le fardeau de prouver que son intérêt à la communication du paquet l'emporte sur les motifs de bonne administration de la justice, on peut prévoir que, dans la majorité des cas, il en résultera une divulgation assez complète du contenu du paquet puisque, dans la majorité des cas, l'intérêt de l'accusé est manifeste et que la divulgation n'entrave pas notablement l'administration de la justice.

f B. *Le droit de contre-interroger*

Je passe maintenant à la question de savoir si, après avoir obtenu l'accès aux paquets, l'accusé devrait être autorisé à contre-interroger les auteurs des affidavits ainsi communiqués dans le but de faire déclarer irrecevable la preuve obtenue par écoute électronique. Dans quelles circonstances l'accusé aura-t-il le droit à une audition avec enquête?

h Un contre-interrogatoire peut être indiqué à l'occasion soit d'une demande en vertu de la partie IV.1 soit d'une demande visant à faire écarter, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, la preuve obtenue par écoute électronique pour le motif que celle-ci était une fouille et une saisie abusives au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Puisque ni le *Code* ni la *Charte* ne mentionnent le droit de contre-interroger à l'occasion de ces demandes, la question relève entièrement du pouvoir discrétionnaire du juge.

My colleague, Sopinka J., rejects the approach adopted by the Court of Appeal below, which in turn reflected the American rule in *Franks v. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978), requiring a preliminary showing of deliberate or reckless falsehood coupled with *prima facie* proof controverting the affidavits such that sufficient grounds for the authorization may not be present. Sopinka J. rejects imposition of such conditions on the ground that they might deny the right to make full answer and defence. Although he would require that leave be granted in the discretion of the judge and suggests that “a basis must be shown by the accused for the view that the cross-examination will elicit testimony tending to discredit the existence of one of the preconditions to the authorization, as for example the existence of reasonable and probable grounds”, it is clear that he sees the right of cross-examination as broad and wide-ranging. Indeed, this is apparent in his rejection of the conclusion of the Court of Appeal that the case for cross-examination had not been made out. By contrast, I see the right of cross-examination on an application under Part IV.1 as a function of balancing the conflicting interests of the accused and the public, a balancing which, in my view, will not infrequently result in denial of the opportunity to cross-examine those who have sworn affidavits in support of the authorization.

I would approach the problem in the same way as I did the question of opening the packet. The accused, in order to justify an evidentiary hearing and the right to cross-examine, must show that this is necessary. In the case of an application to set aside the authorization, he or she must show that cross-examination may assist in establishing that the requirements for an authorization were not met in fact. In the case of an application to suppress evidence on the basis of a *Charter* violation, he or she must show that cross-examination may assist in establishing that violation and hence is necessary to ensure that he or she is able to make full answer and defence. Against these considerations the judge must weigh conflicting inter-

Mon collègue le juge Sopinka rejette la méthode suivie par la Cour d'appel en l'espèce, qui se modelait sur la règle dégagée de l'arrêt américain *Franks v. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978). Selon cette règle, il faut d'abord montrer l'existence de déclarations fausses faites délibérément ou inconsidérément et apporter une preuve *prima facie* contestant les affidavits et donc l'existence de motifs justifiant l'autorisation. Le juge Sopinka écarte l'imposition de telles conditions parce qu'elles pourraient entraver le droit de présenter une défense pleine et entière. Il exigerait que l'autorisation soit laissée à la discrétion du juge et il propose que «l'accusé [doive] démontrer qu'il y a des motifs de penser que le contre-interrogatoire apportera un témoignage tendant à réfuter la présence d'une des conditions préalables à l'autorisation, dont par exemple l'existence des motifs raisonnables et probables qui sont une condition préalable à l'autorisation», mais il est manifeste qu'il estime que le droit de contre-interroger est étendu et a une large portée. Cela ressort même du refus de sa part de confirmer la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle le droit de contre-interroger n'avait pas été établi. Par contre, je considère, quant à moi, que le droit de contre-interroger à l'occasion d'une demande fondée sur la partie IV.1, est fonction de l'évaluation des intérêts opposés de l'accusé et du public, évaluation qui, à mon avis, amènera assez souvent le juge à refuser la possibilité de contre-interroger les auteurs d'affidavits produits au soutien de l'autorisation.

J'aborderais ce problème de la même manière que la question de l'ouverture du paquet. Pour établir son droit à une audition avec enquête et son droit de contre-interroger, l'accusé doit démontrer qu'ils sont nécessaires. Dans le cas d'une demande d'annulation de l'autorisation, il doit démontrer que le contre-interrogatoire pourrait l'aider à prouver que les conditions nécessaires à une autorisation n'étaient pas réalisées. Dans le cas d'une demande visant à écarter des éléments de preuve parce qu'il y a eu violation de la *Charte*, l'accusé doit démontrer que le contre-interrogatoire pourrait l'aider à prouver la violation et que ce contre-interrogatoire est, en conséquence, nécessaire pour lui permettre de présenter une réponse et une

ests, including the public interest in the proper administration of justice.

An evidentiary hearing and cross-examination of deponents is potentially much more detrimental to the administration of justice than is opening the packet. Cross-examination is much more likely to reveal the details of investigative operations and the identity of informers than affidavits, which can be carefully drafted to avoid such pitfalls. How can one cross-examine an officer on the reliability of an informant without probing details that might reveal that informant's identity, for example? Once a damaging statement is made in answer to a question in cross-examination, editing is to no avail. Attempts to restrict the scope of cross-examination are notoriously fallible. Since effective cross-examination usually depends on considerable latitude in questioning, a restricted cross-examination may be of little value. Moreover, it is often difficult to predict when a particular question will evoke a response that trenches on a prohibited area. Finally, cross-examination may lead to unduly lengthening trials on collateral evidentiary matters.

On the other side of the balance, the importance to the defence of cross-examination may often be less than opening the packet. The issue on a hearing to set aside an authorization, or suppress evidence for a *Charter* violation, is not whether the information is true *per se*, but rather whether it was capable of supporting a reasonable belief that a crime had been or was about to be committed. Thus the cross-examination must do more than show that some of the averments may have been untrue or that an informer, for example, lied to the deponent—it must show that the averments could not have supported a reasonable belief on the part of the deponent. It has been observed that cross-examination is a powerful engine for ferreting out the truth; but what is reasonable as opposed to true may be susceptible of being determined by review of the record as much as by cross-examination in many cases. In these circumstances, it may

défense complètes. En regard de ces éléments, le juge doit évaluer les intérêts opposés, dont l'intérêt de la société à la bonne administration de la justice.

^a L'audition avec enquête et le contre-interrogatoire des déposants peuvent nuire beaucoup plus à l'administration de la justice que l'ouverture du paquet. La divulgation de détails sur les activités d'enquête et sur l'identité d'informateurs est beaucoup plus probable en contre-interrogatoire que dans des affidavits, qu'on peut soigneusement rédiger dans le but d'éviter ces écueils. Comment peut-on contre-interroger un agent sur la crédibilité d'un informateur sans scruter des détails qui peuvent révéler son identité, par exemple? Quand une réponse préjudiciable a été donnée au cours d'un contre-interrogatoire, il est impossible de la censurer. Les limites que l'on tente de fixer à la portée d'un contre-interrogatoire sont reconnus pour leur faiblesse. Puisque l'efficacité du contre-interrogatoire dépend ordinairement de la grande latitude laissée quant aux questions, un contre-interrogatoire limité peut se révéler peu utile. De plus, il est souvent difficile de prévoir quand une question précise suscitera une réponse qui déborde sur les sujets interdits. Enfin, les contre-interrogatoires peuvent allonger indûment les procès sur des questions accessoires relatives à la preuve.

De l'autre côté, le contre-interrogatoire peut avoir moins d'importance pour la défense que l'ouverture du paquet. La question à trancher dans le cadre d'une demande d'annulation de l'autorisation ou d'exclusion de preuves en raison d'une violation de la *Charte*, n'est pas de savoir si les renseignements étaient vrais, mais s'ils justifiaient de croire qu'un crime avait été commis ou était sur le point de l'être. Donc le contre-interrogatoire doit faire plus que démontrer que certaines assertions pouvaient être fausses ou, par exemple, que l'indicateur a menti à l'auteur de l'affidavit—it doit démontrer que les allégations ne pouvaient pas justifier le déposant d'arriver raisonnablement à cette conclusion. On a mentionné que le contre-interrogatoire est un outil puissant pour faire ressortir la vérité; mais ce qui est raisonnable, par opposition à ce qui est vrai, peut se découvrir à l'examen des pièces tout aussi bien que par contre-

be difficult to conclude that cross-examination is essential to establishing that the conditions for authorization were not made out and to presenting full answer and defence.

In summary, cross-examination may present greater problems for the administration of justice and less importance from the point of view of ensuring a fair trial, than does access to the packet. In the result, the public interest in the administration of justice may be expected to more often outweigh the accused's interest in privacy and in presenting full answer and defence.

It is against this background that the *Franks* test adopted in the court below should be viewed. Given the tenuous connection between cross-examination and reasonableness, and given the potential impact on the administration of justice of permitting cross-examination and the difficulty involved in controlling its scope, the requirement that the accused make a substantial preliminary showing that a false statement in the affidavit was made knowingly or recklessly does not seem unreasonable. The judge's task on an application for cross-examination must be to determine whether the accused has raised a right which is not outweighed by considerations relating to the proper administration of justice. As a general rule, this will require the accused to make a preliminary showing that false statements in the affidavit in question were made knowingly or recklessly, and that without those statements there would be insufficient grounds for the authorization and the search and seizure which the interception represents. Only if this is established, can cross-examination possibly be of value to the accused. If the statements were in fact true, cross-examination cannot avail. Moreover, even if they were untrue but believed and made in good faith and without recklessness, cross-examination cannot avail, since the reasonable belief required for a valid search and seizure or interception under the *Code* is present. Thus, unless the accused can make a *prima facie* showing that the affidavit contains false statements made knowingly or recklessly, he

interrogatoire dans bien des cas. Dans ces conditions, il peut être difficile d'arriver à la conclusion que le contre-interrogatoire est indispensable pour prouver que les conditions nécessaires à l'autorisation n'étaient pas réalisées ou pour présenter défense pleine et entière.

En résumé, le contre-interrogatoire peut poser plus de problèmes pour la bonne administration de la justice et avoir moins d'importance du point de vue de l'équité du procès que l'accès au paquet. En conséquence, on peut penser que l'intérêt de la société dans la bonne administration de la justice l'emportera plus souvent sur l'intérêt de l'accusé en matière de droit à la vie privée ou de capacité de fournir une défense pleine et entière.

C'est dans ce contexte qu'il faut considérer le critère de l'arrêt *Franks* adopté par la cour d'instance inférieure. Compte tenu de la faiblesse du lien entre le contre-interrogatoire et le caractère raisonnable de la conviction et compte tenu des conséquences que peut avoir, pour l'administration de la justice, la permission de contre-interroger et des difficultés qu'il y a de contrôler la portée du contre-interrogatoire, il ne me paraît pas déraisonnable d'exiger de l'accusé qu'il apporte une démonstration préliminaire solide qu'une déclaration de l'affidavit est fautive et qu'elle a été faite sciemment ou inconsidérément. Le rôle du juge, à l'occasion d'une demande d'autorisation de contre-interroger, doit consister à déterminer si l'accusé a fait valoir un droit qui a plus de poids que des considérations relatives à la bonne administration de la justice. En règle générale, il faudra que l'accusé démontre d'abord que de fausses déclarations de l'affidavit en cause ont été faites sciemment ou inconsidérément et que, sans ces déclarations, il n'y aurait pas eu suffisamment de motifs d'accorder l'autorisation et autoriser ainsi la perquisition ou saisie que représente l'interception de communications. C'est seulement une fois cela établi que le contre-interrogatoire peut avoir une valeur quelconque pour l'accusé. Si les déclarations étaient vraies, il n'y a pas lieu à contre-interrogatoire. De plus, même si elles étaient fausses, mais crues, faites de bonne foi et considérément, le contre-interrogatoire ne saurait prévaloir puisque la croyance raisonnable requise pour valider la

or she has not raised any real possibility that the cross-examination sought will avail him or her. In short, he or she has failed to make out an interest in cross-examining. In these circumstances, the public interest in maintaining the confidentiality of police information and avoiding unnecessary delay in the trial process is virtually certain to outweigh the accused's interest in cross-examination. In saying this, I do not suggest that the *Franks* test should be mechanically applied in this country, nor do I discount the possibility that a number of obvious errors might alone be sufficient to make a preliminary showing of recklessness.

It is apparent from the foregoing that I propose the same test for the *Wilson* application under the *Code* and the *Garofoli* application under the *Charter*. In my view, this is appropriate, since the same considerations arise both under the *Code* and under the *Charter* applications. Under both the *Code* and the *Charter*, it is necessary to consider whether there were reasonable and probable grounds to believe that the offence has been or is being committed. Similarly, the existence of alternative investigative procedures is relevant both under the *Code*, by its express language, and under the *Charter* in considering whether the evidence should be excluded under s. 24(2). Moreover, the ultimate issue in each case is the same —namely, whether the wiretap evidence should be excluded.

C. Application to the Case at Bar

I would summarize my conclusions on the issues of opening the packet and cross-examination on the affidavits found in it, as follows. The fundamental considerations in both cases are the interest of the accused in protection of privacy and a fair trial, including the right to make full answer and defence, on the one hand, and the public interest in the administration of justice, on the other. The

perquisition ou la saisie ou l'interception de communications exigée par le *Code* existe. Donc, à moins de faire une démonstration *prima facie* que l'affidavit comporte de fausses déclarations faites sciemment ou inconsidérément, l'accusé n'a pas établi qu'il peut vraiment se prévaloir du contre-interrogatoire. En résumé, il n'a pas fait la preuve de l'intérêt qu'il aurait à contre-interroger. Dans ces circonstances, l'intérêt de la société à préserver le secret des dénonciations faites à la police et à éviter la prolongation inutile des procès l'emportera inévitablement ou presque sur l'intérêt pour l'accusé de contre-interroger. En émettant cet avis, je ne dis pas que le critère de l'arrêt *Franks* doit automatiquement s'appliquer au Canada et je n'écarte pas la possibilité que de nombreuses erreurs manifestes suffisent à elles seules à apporter la preuve préliminaire de déclarations inconsidérées.

Il ressort de ce qui précède que je propose le même critère pour une demande de type *Wilson* fondée sur le *Code* que pour une demande de type *Garofoli* fondée sur la *Charte*. À mon avis, cela est justifié puisque les mêmes considérations s'appliquent aux deux types de demandes, celle fondée sur le *Code* et celle fondée sur la *Charte*. Autant en vertu du *Code* qu'en vertu de la *Charte*, il est nécessaire de se demander s'il existait des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction avait été commise ou était en train de l'être. De même, l'existence d'autres formes d'enquête est pertinente en vertu du *Code*, qui le dit explicitement, et en vertu de la *Charte* quand il faut déterminer s'il convient d'écartier les éléments de preuve en vertu du par. 24(2). De plus, la question ultime à trancher est la même dans les deux cas— faut-il ou non exclure les éléments de preuve obtenus par écoute électronique?

C. Application à l'espèce

Je résumerai ainsi mes conclusions sur la question de l'ouverture du paquet et sur le contre-interrogatoire concernant les affidavits qu'il contient. Les considérations fondamentales sont, dans les deux cas, d'une part, l'intérêt de l'accusé dans la protection de son droit à la vie privée et de son droit à un procès équitable, dont celui de présenter une défense pleine et entière et, d'autre part, l'inté-

judge in exercising his or her discretion must balance these considerations. On applications to open the packet, the balance will generally fall in favour of opening the packet, subject to editing and special concerns for the administration of justice which may arise in particular cases. On applications to cross-examine the deponent of affidavits, the balance will generally favour denial unless the accused is able to make a preliminary showing establishing the special relevance of the cross-examination.

Turning to the facts of this case, the Court of Appeal held that the packet should have been ordered opened, subject to editing. I agree that the balance in this case between the interests of the accused and the public interest in the administration of justice mandates that conclusion.

On the question of cross-examination, the Court of Appeal satisfied itself that no such showing had been made and after reviewing the accused's allegations concluded that the proposed cross-examination would have served little purpose. As Martin J.A. wrote at p. 131:

Even if it be assumed in Garofoli's favour that he was not in Hamilton in December, 1982, that would merely show that the informant may have been mistaken as to the date of the alleged "approach". Furthermore, even if the informant lied as to the occurrence, that would not show that Officer Campbell had, in his affidavit, made a false statement knowingly and intentionally, or with reckless disregard for the truth. Similarly, even if the informant lied as to Garofoli being the "unidentified person" observed by the police on July 25, 1983, this would not show that Officer Campbell had made a false statement in his affidavit knowingly and intentionally or with reckless disregard for its truth.

I see no error in this conclusion.

It follows that the accused in this case has failed to establish that cross-examination was likely to assist him in presenting a full answer and defence. On the other hand, cross-examination posed risks of disclosure of confidential police information and of lengthening the proceedings to no purpose. In

rêt de la société dans la bonne administration de la justice. En exerçant le pouvoir discrétionnaire qu'il possède, le juge doit soupeser ces considérations. À l'occasion d'une demande d'ouverture du paquet, la balance penchera ordinairement en faveur de l'ouverture du paquet, sous réserve de la révision des documents et de la prise en compte des questions relatives à la bonne administration de la justice qui peuvent se poser dans des cas particuliers. À l'occasion d'une demande d'autorisation de contre-interroger l'auteur des affidavits, la balance penchera généralement en faveur du refus à moins que l'accusé puisse faire la démonstration préliminaire de l'utilité particulière du contre-interrogatoire.

Pour ce qui est de l'espèce, la Cour d'appel a conclu qu'il aurait fallu ordonner l'ouverture du paquet, sous réserve de la révision de son contenu. Je reconnais que l'évaluation relative des intérêts de l'accusé et de ceux de la société dans l'administration de la justice impose cette conclusion.

Au sujet de l'autorisation de contre-interroger, la Cour d'appel a conclu que la démonstration n'a pas été faite et, après avoir examiné les allégations de l'accusé, a conclu que le contre-interrogatoire proposé aurait peu d'utilité. Le juge Martin a écrit ceci, à la p. 131:

[TRADUCTION] Même si l'on présume que Garofoli dit la vérité quand il affirme qu'il n'était pas à Hamilton en décembre 1982, cela indique seulement que l'informateur peut s'être trompé sur la date de la prise de contact alléguée. De plus, même si l'informateur a menti à propos de cet événement, le fait n'établit pas qu'en faisant sa déclaration, l'agent Campbell a fait une déclaration fautive intentionnellement ou inconsidérément. De plus, même si l'informateur a menti en disant que Garofoli était la personne inconnue que les policiers ont observée le 25 juillet 1983, le fait n'établit pas que l'agent Campbell a fait une fautive déclaration intentionnellement et sciemment ou inconsidérément.

Je ne trouve pas d'erreur dans cette conclusion.

Il en résulte donc que l'accusé en l'espèce n'a pas réussi à démontrer que le contre-interrogatoire était susceptible de l'aider à présenter une défense pleine et entière. Par ailleurs, le contre-interrogatoire risquait de provoquer la révélation de renseignements policiers confidentiels et de prolonger

these circumstances, the balance clearly favours rejection of the right to cross-examine.

IV. Conclusion

I have expressed my views on points 1 to 6 raised in this appeal, as summarized by Sopinka J. I agree with Sopinka J.'s conclusion on point 7 and conclude that the absence of a minimization clause is not *per se* in violation of the *Charter* or Part IV.1 of the *Code*. I also agree with his views on whether the accused was shown to have absconded, and whether the trial judge properly cautioned the jury with respect to the evidence of accomplices (points 8 and 9).

I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Keith E. Wright, Toronto.

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

inutilement les procédures. Dans ces circonstances, l'évaluation des intérêts en jeu favorise le refus du droit de contre-interroger.

IV. Dispositif

J'ai donné mon avis sur les questions 1 à 6 soulevées dans le présent pourvoi, selon le résumé qu'en a fait le juge Sopinka. Je souscris à l'avis du juge Sopinka au sujet de la question 7 et je conclus que l'absence d'une disposition de minimisation ne constitue pas en soi une violation de la *Charte* ou de la partie IV.1 du *Code*. Je suis aussi de son avis quant à savoir si la preuve a été faite que l'accusé s'était esquivé et si le juge du procès a adéquatement mis en garde le jury au sujet du témoignage des complices (questions 8 et 9).

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et MCLACHLIN sont dissidentes.

Procureur de l'appellant: Keith E. Wright, Toronto.

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

David Lachance Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. LACHANCE

File No.: 21197.

1989: October 3, 4; 1990: November 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Interception of private communications — Access to sealed packet — Validity of wiretap authorizations — Grounds for challenging authorizations and appropriate remedies — Protection of identity of informers — Editing of affidavits — Entitlement of accused to cross-examine on affidavits — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part IV.1.

Criminal law — Interception of private communications — Admissibility of evidence — Relationship between s. 178.16 of Criminal Code and s. 24(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Interception of private communications — Judge failing to include minimization clause in wiretap authorization — Whether authorization violates s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Appellant was convicted of aggravated assault. Wiretap evidence was introduced by the Crown. The trial judge found that there was no evidence indicating any fraud, non-disclosure or misleading disclosure on the part of any individual engaged in obtaining the wiretap authorization, and that the authorization was perfectly valid on its face. He ruled the evidence admissible. No application was made to open the sealed packet. The Court of Appeal upheld the conviction. It found that when paras. 3(i) and 5(h) of the wiretap authorization were read together, the authorization was too broad, but found para. 3(i) to be severable. As none of the intercepted communications was obtained pursuant to the severed paragraph, the admissibility of the evidence was not affected. The court opened and edited the sealed packet and made the material available to appellant. It denied appellant the right to cross-examine on the

* Chief Justice at the time of hearing.

** Chief Justice at the time of judgment.

David Lachance Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

a

RÉPERTORIÉ: R. c. LACHANCE

N° du greffe: 21197.

1989: 3, 4 octobre; 1990: 22 novembre.

b

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

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

c

Droit criminel — Interception de communications privées — Accès au paquet scellé — Validité d'autorisations d'écoute électronique — Moyens de contestation des autorisations et recours appropriés — Protection de l'identité d'informateurs — Révision d'affidavits — Droit de l'accusé de contre-interroger sur les affidavits — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, partie IV.1.

d

Droit criminel — Interception de communications privées — Admissibilité de la preuve — Rapport entre l'art. 178.16 du Code criminel et l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés.

e

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille, perquisition et saisie abusives — Interception de communications privées — Omission du juge d'inclure une clause de minimisation dans l'autorisation d'écoute électronique — L'autorisation viole-t-elle l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés?

f

L'appellant a été reconnu coupable de voies de fait graves. Le ministère public a présenté une preuve obtenue par écoute électronique. Le juge du procès a conclu qu'il n'y avait aucune preuve de fraude, de non-divulgateion ou de divulgation trompeuse de la part d'aucun de ceux qui avaient participé à l'obtention de l'autorisation et que l'autorisation était en apparence tout à fait valide. Il a conclu à l'admissibilité de la preuve. On n'a pas demandé l'ouverture du paquet scellé. La Cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité. Elle a conclu que, lorsque les al. 3i) et 5h) de l'autorisation d'écoute électronique sont lus ensemble, l'autorisation est trop générale, mais elle a conclu que l'al. 3i) pouvait être retranché. Comme aucune des communications interceptées n'avait été obtenue en application de l'alinéa retranché, l'admissibilité de la preuve n'était pas touchée. La cour a ouvert le paquet scellé, révisé le texte des docu-

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

** Juge en chef à la date du jugement.

affidavit, however, on the ground that to be allowed to cross-examine, the applicant must make a specific allegation of falsehood or reckless disregard for the truth, provide *prima facie* proof of the allegation, and demonstrate that if the impugned material is set aside the remaining material is insufficient to sustain the authorization. The main issues on this appeal are whether the absence of minimizing conditions on the face of the authorization results in authorization of an unreasonable search and seizure in violation of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; whether the accused is entitled to access to the material in the sealed packet; on what terms an accused may challenge an authorization for wiretap; special requirements relating to informants; the procedure for editing affidavits in the sealed packet; and whether the accused is entitled to cross-examine on the affidavits.

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

Per Dickson C.J. and Lamer C.J. and La Forest, Sopinka and Gonthier JJ.: While paras. 3(i) and 5(h), read together, mean that the authorization is overly broad, para. 3(i) can be severed from the authorization. Appellant has not satisfied the Court that the possible interception of irrelevant communications renders the authorization unreasonable and hence in violation of s. 8 of the *Charter*. For the reasons given in *Dersch*, the Court of Appeal was right in opening the sealed packet. In accordance with the principles set out in *Garofoli*, the affidavits relied on in support of the authorization are sufficient on their face, and the Court of Appeal complied with the principles governing the editing of the contents of the sealed packet, but the Court of Appeal erred in refusing to permit cross-examination of the affiant, because appellant had established a basis for cross-examination by calling into question whether s. 178.13(1)(b) had been complied with. Appellant is therefore entitled to a new trial.

Per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. (dissenting): The question of access to the packet is a matter within the discretion of the judge hearing the application, who must balance the interests of an accused in privacy and a fair trial, including the right to make full answer and defence, with the public interest in the administration of justice. The balance in this case mandates the conclusion of the Court of Appeal that the packet should have been opened, subject to editing.

ments qu'il contenait et a remis ces documents à l'appellant. Elle a cependant nié à l'appellant le droit de contre-interroger l'auteur de l'affidavit pour le motif que, pour être autorisé à contre-interroger, le requérant doit alléguer spécifiquement l'existence de déclarations fausses ou inconsidérées, fournir une preuve *prima facie* de l'allégation et démontrer que, si le document contesté est écarté, les documents restants sont insuffisants pour justifier l'autorisation. Les principales questions en litige dans le présent pourvoi sont de savoir si l'absence de conditions de minimisation dans le texte de l'autorisation en fait une autorisation de perquisition, de fouille et de saisie abusives en contravention de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*; si l'accusé a droit d'avoir accès aux documents du paquet scellé; de quelle manière un accusé peut contester une autorisation d'écoute électronique; quelles exigences spéciales s'appliquent aux informateurs; quelle procédure s'applique à la révision des affidavits du paquet scellé; et si l'accusé a le droit de contre-interroger l'auteur de l'affidavit.

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

Le juge en chef Dickson, le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka et Gonthier: Bien que les al. 3i) et 5h), lus ensemble, signifient que l'autorisation est trop générale, l'al. 3i) peut être retranché de l'autorisation. L'appellant n'a pas convaincu la Cour que l'interception possible de communications non pertinentes rend l'autorisation abusive et, partant, contraire à l'art. 8 de la *Charte*. Pour les motifs exposés dans l'arrêt *Dersch*, la Cour d'appel a eu raison d'ouvrir le paquet scellé. Conformément aux principes exposés dans l'arrêt *Garofoli*, les affidavits à l'appui de l'autorisation sont en apparence suffisants et la Cour d'appel s'est conformée aux principes applicables à la révision du contenu du paquet scellé, mais la Cour d'appel a commis une erreur en refusant d'autoriser le contre-interrogatoire de l'auteur de l'affidavit parce que l'appellant avait établi un motif justifiant le contre-interrogatoire en mettant en doute le respect en l'espèce de l'al. 178.13(1)b). L'appellant a donc droit à un nouveau procès.

Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin (dissidentes): La question de l'accès au contenu du paquet relève du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande, qui doit soupeser, d'une part, les droits de l'accusé à la protection de sa vie privée et à un procès équitable, dont le droit de présenter une défense pleine et entière, et, d'autre part, l'intérêt du public dans la bonne administration de la justice. L'évaluation en l'espèce impose la conclusion de la Cour d'appel que le paquet aurait dû être ouvert, sous réserve de la révision des textes.

In deciding whether the accused may cross-examine on the affidavit, the judge must again balance the interests of the accused with the public interest in the administration of justice. Given that cross-examination may present greater problems for the administration of justice and less importance, from the point of view of ensuring a fair trial, than does access to the packet, the balance will generally favour denial unless the accused is able to make a preliminary showing establishing the special relevance of the cross-examination. Here the Court of Appeal satisfied itself that the appellant had not made such a preliminary showing, and there was no error in that conclusion.

Cases Cited

By Sopinka J.

Applied: *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; **referred to:** *R. v. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1; *R. v. Parmar* (1987), 37 C.C.C. (3d) 300; *Grabowski v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 434; *R. v. Zito*, [1990] 2 S.C.R. 1520.

By McLachlin J. (dissenting)

R. v. Garofoli, [1990] 2 S.C.R. 1421; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Zito*, [1990] 2 S.C.R. 1520.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.13(1)(b) [ad. 1973-74, c. 50, s. 2; rep. & sub. 1976-77, c. 53, s. 9], 610.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1988), 27 O.A.C. 45, dismissing appellant's appeal from a conviction on a charge of aggravated assault. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

Michael Code and *Frank Addario*, for the appellant.

Jeff Casey and *Scott Hutchison*, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer C.J. and La Forest, Sopinka and Gonthier JJ. was delivered by

SOPINKA J.—This appeal was heard as part of a series of wiretap cases along with *Dersch v.*

En décidant si l'accusé peut contre-interroger l'auteur de l'affidavit, le juge doit de nouveau soupeser les droits de l'accusé et l'intérêt du public dans l'administration de la justice. Vu que le contre-interrogatoire, par rapport à l'accès au paquet, peut présenter des problèmes plus grands en matière d'administration de la justice et avoir moins d'importance, du point de vue de la tenue d'un procès équitable, la balance penchera généralement en faveur du rejet de la demande à moins que l'accusé puisse prouver au préalable la pertinence particulière du contre-interrogatoire. En l'espèce, la Cour d'appel était convaincue que l'appellant n'avait pu faire cette preuve préalable et il n'y a aucune erreur dans cette conclusion.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts appliqués: *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; **arrêts mentionnés:** *R. v. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1; *R. v. Parmar* (1987), 37 C.C.C. (3d) 300; *Grabowski c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 434; *R. c. Zito*, [1990] 2 R.C.S. 1520.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

R. c. Garofoli, [1990] 2 R.C.S. 1421; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Zito*, [1990] 2 R.C.S. 1520.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 178.13(1)(b) [aj. 1973-74, ch. 50, art. 2; abr. & rempl. 1976-77, ch. 53, art. 9], 610.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1988), 27 O.A.C. 45, qui a rejeté l'appel de l'appellant contre une déclaration de culpabilité relativement à une accusation de voies de fait graves. Pourvoi accueilli, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

Michael Code et *Frank Addario*, pour l'appellant.

Jeff Casey et *Scott Hutchison*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Dickson, du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka et Gonthier rendu par

LE JUGE SOPINKA—Ce pourvoi a été entendu en même temps que d'autres pourvois relatifs à

Canada (Attorney General), [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Zito*, [1990] 2 S.C.R. 1520; and *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421. It raises issues consequent on the opening of the sealed packet. The issues are substantially the same as those which are dealt with more fully in *Garofoli*.

Facts

Aggravated Assault

The appellant and his brother, Daniel Lachance, were convicted by Ferguson Dist. Ct. J., sitting alone, of aggravated assault of Derrick Hollett. The appellant had become acquainted with Hollett at the Don Jail in Toronto. In January 1985, the Lachance brothers were involved in trafficking speed with Hollett. Hollett's debts to them are variously reported as \$500 to \$4,000. Wiretap evidence showed that both the appellant and his brother were looking for Hollett to collect the money. Hollett, however, successfully avoided them despite his promises to pay. In one particular instance, he made the excuse that he had been arrested for breaking and entering. He arranged to meet with the Lachance brothers at a donut shop to show them the bail papers, but did not show up.

On March 27, 1985 Hollett was visiting a friend's apartment. The Lachance brothers arrived at about 7:00 p.m. Hollett went to the bathroom. The trial judge found as fact that Hollett emerged from the bathroom concealing a knife in his right hand. He confronted the appellant, who saw the concealed knife. The appellant punched Hollett in the face, which the trial judge found to be reasonable force used in self-defence. The trial judge found that Daniel Lachance did not see the concealed knife, and that Hollett's threatening behaviour was not directed towards Daniel Lachance. Daniel Lachance moved behind Hollett, held his knife to Hollett's throat, and wounded Hollett. The appellant took Hollett's knife. With it, he cut Hollett's face, slit his stomach area, and stabbed him in the stomach and chest.

l'écoute électronique, savoir *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Zito*, [1990] 2 R.C.S. 1520 et *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421. Il soulève des questions liées à l'ouverture du paquet scellé. Les questions en litige sont essentiellement les mêmes que celles examinées plus en profondeur dans le pourvoi *Garofoli*.

b Les faits

Voies de fait graves

L'appellant et son frère, Daniel Lachance, ont été reconnus coupables par le juge Ferguson de la Cour de district, siégeant seul, de voies de fait graves contre Derrick Hollett. L'appellant a connu Hollett à la prison Don de Toronto. En janvier 1985, les frères Lachance étaient impliqués dans le trafic d'amphétamines avec Hollett. Celui-ci leur devait des sommes variant, selon les sources, de 500 \$ à 4 000 \$. La preuve obtenue par écoute électronique montre que l'appellant et son frère cherchaient tous deux à retrouver Hollett pour recouvrer ces sommes. Hollett a cependant réussi à les éviter malgré ses promesses de payer. Il a donné une fois comme excuse qu'il avait été arrêté pour introduction par effraction. Il devait rencontrer les frères Lachance dans une beignerie pour leur montrer le cautionnement, mais il ne s'est pas présenté.

Le 27 mars 1985, Hollett visitait l'appartement d'un ami. Les frères Lachance sont arrivés vers 19 h. Hollett est allé à la salle de bains. Le juge du procès a tiré la conclusion de fait que Hollett est sorti de la salle de bains cachant un couteau dans sa main droite. Il a fait face à l'appellant qui a vu le couteau caché. L'appellant a frappé Hollett au visage avec une force que le juge du procès a considéré comme raisonnable en légitime défense. Le juge du procès a constaté que Daniel Lachance n'a pas vu le couteau caché et que le comportement menaçant de Hollett n'était pas dirigé vers Daniel Lachance. Ce dernier est allé derrière Hollett, a tenu son couteau contre la gorge de Hollett et l'a blessé. L'appellant a saisi le couteau de Hollett, avec lequel il lui a fait des entailles à la figure, à l'estomac et l'a poignardé à l'estomac et à la poitrine.

The wiretap evidence was an important factor in the factual findings. It confirmed elements of Hollett's testimony. Hollett might not otherwise have made a very credible witness due to, among other things, his long criminal record. The trial judge referred in particular to two interceptions made March 28, the day following the stabbing. He said:

The intercepted communications which were admitted in evidence leave in my mind no doubt whatsoever that both of the accused were intent on confronting Hollett and that they were entirely satisfied with the manner in which Hollett had been dealt with physically. The words used by them in the intercepted communications are consistent only with the conclusion that they boasted of their physical accomplishment.

Wiretaps

The relevant authorizations for wiretaps were obtained with respect to the robbery of a precious metal dealer, Intercontinental Gold, in December, 1984. Authorizations were obtained on January 31, February 8, and February 27, 1985. Each was obtained on the basis of an affidavit sworn by Sergeant John Lamont. The intercepted communications tendered as evidence were all obtained under the February 27 authorization.

The January 31 affidavit names five individuals as targets, who the police believed committed the robbery on the basis of information from an informant and other investigation. The February 8 affidavit is substantially the same, but corrects the addresses given for two of the targets. The February 27 affidavit repeats the contents of the prior affidavits. It then adds new facts, set out in para. 1(i).

(i) That subsequently Sergeant Paul Landry, a member of the Metropolitan Toronto Police Force attached to the Hold-Up Squad, has informed and I verily believe:

- (i) That on the 9th day of February, 1985, he had conversation with an informant, who has not been previously mentioned in this my Affidavit.
- (ii) That this informant told him that Art Szostak and a male he knew only as Ted set up the robbery of Intercontinental Gold previously mentioned in this my Affidavit.

La preuve recueillie par écoute électronique a joué un rôle important dans les constatations de faits. Elle a confirmé des éléments du témoignage de Hollett. Sans cela, Hollett n'aurait pas été un témoin très crédible à cause, notamment, de son lourd dossier criminel. Le juge du procès s'est particulièrement reporté à deux interceptions réalisées le 28 mars, le lendemain des coups de couteau. Il a dit:

[TRADUCTION] Les communications interceptées admises en preuve m'ont convaincu hors de tout doute que les accusés voulaient tous deux une confrontation avec Hollett et qu'ils étaient entièrement satisfaits de la manière dont Hollett avait été traité physiquement. Les mots qu'ils ont employés dans les communications interceptées montrent à l'évidence qu'ils se vantaient de leur exploit physique.

L'écoute électronique

Les autorisations pertinentes d'écoute électronique ont été obtenues relativement au vol qualifié dont avait été victime un commerçant de métaux précieux, Intercontinental Gold, en décembre 1984. Elles ont été obtenues les 31 janvier, 8 février et 27 février 1985, chacune sur le fondement d'un affidavit signé par le sergent John Lamont. Les communications présentées en preuve ont toutes été interceptées en vertu de l'autorisation du 27 février.

L'affidavit du 31 janvier désigne comme cibles cinq personnes que, suivant les renseignements d'un informateur et d'autres recherches, la police croyait être les auteurs du vol qualifié. L'affidavit du 8 février est en substance le même, mais corrige les adresses de deux des cibles. L'affidavit du 27 février reprend le contenu des affidavits antérieurs et ajoute des faits nouveaux, exposés à l'alinéa 1i):

[TRADUCTION] i) Par la suite le sergent Paul Landry, membre du corps de police du Toronto métropolitain affecté à l'escouade des hold-up, m'a informé, et j'ai la ferme conviction:

- (i) Que le 9 février 1985 il a eu une conversation avec un informateur qui n'a pas encore été mentionné dans le présent affidavit.
- (ii) Que l'informateur lui a dit qu'Art Szostak et un homme connu de lui seulement sous le nom de Ted ont tramé le vol qualifié dont a été victime Intercontinental Gold, déjà mentionné dans le présent affidavit.

- | | |
|---|--|
| (iii) That the informant told him that the jewellery stolen from Intercontinental Gold was given to a male party he knew only as "The Jew" to sell. | (iii) Que l'informateur lui a dit que les bijoux volés à Intercontinental Gold ont été remis à un homme connu de lui seulement sous le nom de «The Jew», en vue de leur vente. |
| (iv) That the informant told him that Art Szostak and "Ted" have recruited at least three other men to do another robbery for them in the near future. (At present, it is not known if there are other participants in this planned robbery.) | (iv) Que l'informateur lui a dit qu'Art Szostak et «Ted» ont recruté au moins trois autres hommes pour commettre un autre vol qualifié pour leur compte dans un proche avenir. (Présentement, on ne sait pas s'il y a d'autres participants à ce vol projeté.) |
| (v) That the informant told him that these three men were Daniel LaChance, his brother David LaChance and Derrick Hollett. | (v) Que l'informateur lui a dit que ces trois hommes étaient Daniel LaChance, son frère David LaChance et Derrick Hollett. |
| (vi) That the informant told him that as a result of having been previously investigated by the police for Conspiracy to Commit Robbery, the three men were aware they were known to the police and would take measures to avoid police surveillance. | (vi) Que l'informateur lui a dit que, parce qu'ils ont déjà fait l'objet d'une enquête policière pour complot en vue de commettre un vol qualifié, les trois hommes savent qu'ils sont connus de la police et prendraient des mesures pour échapper à la surveillance policière. |

In paragraph 1(j) Sergeant Lamont deposes that based on his own observations and investigations, he verily believes that the information obtained by Sergeant Landry from the informant is correct. Later, in para. 10 of the affidavit, Sergeant Lamont repeats his belief that the targets are uncooperative and surveillance-conscious. He deposes that the targets form a close-knit group of friends and relatives, so that any attempt to involve an undercover police officer would be futile. He deposes that the only remaining investigative step would be to question the targets, which would be highly unlikely to assist the investigation. He therefore concludes that the only practical investigative technique would be to intercept the private communications of the targets.

In Hollett's testimony at trial, it is apparent that he is the informant referred to in Sergeant Lamont's affidavit. He testified in chief that he was arrested for cocaine possession in January or February 1985. He testified in cross-examination that he lied when he told David and Daniel Lachance that he was arrested for breaking and entering, but that he lied in order to cover up his involvement with the Hold-Up Squad. In re-examination he testified that sometime in February 1985 he began working for the Hold-Up Squad as an informant. He told them of the involvement of the Lachance brothers in the Inter-

À l'alinéa 1j) le sergent Lamont affirme que, se fondant sur ses propres observations et enquêtes, il a la ferme conviction que les renseignements que le sergent Landry a obtenus de l'informateur sont exacts. Plus loin, au paragraphe 10 de l'affidavit, le sergent Lamont répète sa conviction que les cibles sont hostiles et conscientes d'être surveillées. Il affirme que les cibles forment un groupe très uni d'amis et de parents, de sorte que toute tentative d'intervention d'un agent d'infiltration serait vaine. Il affirme que la seule autre mesure d'enquête consisterait à interroger les cibles, ce qui a très peu de chance d'aider l'enquête. Il conclut donc que la seule technique d'enquête valable serait d'intercepter les communications privées des cibles.

Il ressort du témoignage de Hollett au procès qu'il est l'informateur mentionné dans l'affidavit du sergent Lamont. Dans son interrogatoire principal, il a affirmé avoir été arrêté pour possession de cocaïne en janvier ou février 1985. Il a dit en contre-interrogatoire qu'il avait menti lorsqu'il avait dit à David et Daniel Lachance qu'il avait été arrêté pour introduction par effraction mais qu'il l'avait fait pour dissimuler ses liens avec l'escouade des hold-up. En réinterrogatoire, il a dit avoir commencé à travailler pour l'escouade des hold-up à titre d'informateur au cours du mois de février 1985. Il a parlé aux membres de l'escouade de la

continental Gold robbery. He was asked by the Hold-Up Squad to "get back in" with the Lachance brothers, which he attempted to do. He was aware that when he telephoned the Lachance brothers, the telephones were wiretapped. The Hold-Up Squad asked him to arrange a meeting with the Lachance brothers, and to wear a body pak for the meeting. Hollett agreed to do this, although he was skeptical about the idea.

Sergeant Lamont's testimony on *voir dire* also supports the inference that Hollett was the informant referred to in the affidavit. He testified in chief that part of the information implicating the Lachance brothers in the robbery was obtained from the informant, Hollett. In cross-examination he testified that he first met Hollett in late February 1985, although his partner had had earlier contact with him. On cross-examination he was asked why Hollett was named on the authorization. He testified that the police had believed other offences were about to take place, although Hollett was not a suspect in relation to the offences listed in the authorization.

Judgments

District Court of Ontario

Only the Crown adduced evidence with respect to the admissibility of the wiretap evidence. Ferguson Dist. Ct. J. found that there was no evidence indicating any fraud, non-disclosure or misleading disclosure on the part of any individual engaged in obtaining the authorization. The trial judge held that the authorization was perfectly valid on its face. He therefore ruled the evidence admissible. No application was made to open the sealed packet because counsel was of the view that, based on the state of the law at the time, such an application could not succeed.

Court of Appeal (Howland C.J.O., Cory and Finlayson J.J.A.) (1988), 27 O.A.C. 45

With respect to the wiretaps, it was argued first that the intercepted communications should not be

participation des frères Lachance au vol de l'Intercontinental Gold. Les membres de l'escouade lui ont demandé de [TRADUCTION] «se rapprocher» des frères Lachance, ce qu'il a tenté de faire. ^a Lorsqu'il téléphonait aux frères Lachance, il savait que les appareils étaient sous écoute. Les membres de l'escouade lui ont demandé d'organiser une rencontre avec les frères Lachance et de porter un micro-émetteur de poche à cette occasion. Hollett ^b a accepté, même si l'idée le laissait sceptique.

Le témoignage du sergent Lamont au cours du voir-dire appuie la déduction que Hollett était l'informateur mentionné dans l'affidavit. Dans son ^c interrogatoire principal, il a dit qu'une partie des renseignements impliquant les frères Lachance dans le vol qualifié venait de l'informateur, Hollett. En contre-interrogatoire, il a dit avoir rencontré Hollett pour la première fois à la fin de février 1985, bien que son collègue ait eu des contacts avec lui avant cela. En contre-interrogatoire, on lui ^d a demandé pourquoi Hollett avait été nommé dans l'autorisation. Il a dit que la police avait cru que ^e d'autres infractions étaient sur le point d'être commises, bien que Hollett n'ait pas été un suspect relativement aux infractions énumérées dans l'autorisation.

^f Les jugements

La Cour de district de l'Ontario

Seul le ministère public a produit des éléments de preuve relativement à l'admissibilité de la ^g preuve recueillie par écoute électronique. Le juge Ferguson a conclu qu'il n'y avait aucune preuve de fraude, de non-divulgence ou de divulgation trompeuse de la part d'aucun de ceux qui avaient participé à l'obtention de l'autorisation. Le juge de ^h procès a conclu que l'autorisation était en apparence tout à fait valide. Il a donc conclu à l'admissibilité de la preuve. L'avocat de la défense n'a pas demandé l'ouverture du paquet scellé parce qu'il ⁱ pensait que, vu l'état du droit à l'époque, une telle demande ne pouvait réussir.

La Cour d'appel (le juge en chef de l'Ontario Howland et les juges Cory et Finlayson) (1988), 27 O.A.C. 45

^j Relativement à l'écoute électronique, on a d'abord allégué que les communications intercep-

admitted because when paras. 3(i) and 5(h) of the authorization were read together the authorization contained no limitation as to persons or places. Crown counsel conceded that the authorization was too broad. The court accepted the Crown's submission that para. 3(i) of the authorization was severable. As none of the intercepted communications was obtained pursuant to the severed paragraph, the admissibility of the evidence was not affected.

Next, the appellant submitted that because the sealed packet had not been opened and made available to them, the private communications should not have been admitted. The court rejected this claim, but, on the basis of cases that had been decided subsequent to the trial judge's decision, opened and edited the sealed packet and adjourned so that the appellant could consider the material.

The appellant raised three arguments with respect to the affidavits. First, it was argued that one of the authorizations was invalid because it was based upon an unsworn affidavit. The jurat in the affidavit had not been completed by the Commissioner for Oaths, although the date had been inserted. The Court of Appeal, pursuant to s. 610 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, called as witnesses Sergeant Lamont and the agent for the Attorney General who obtained the authorization. They were examined in chief by the Crown and cross-examined by counsel for Daniel Lachance. On this *viva voce* evidence, the Court concluded that the affiant had sworn the affidavit and the jurat had been left incomplete by oversight. Thus the authorization was not invalid.

Second, the appellant argued that he should have received the entire unedited contents of the packet in order to conduct a full cross-examination of Sergeant Lamont, particularly as to whether he had reasonable and probable grounds to believe information provided by an informant. The Court of Appeal held, following *R. v. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1 (Ont. C.A.), that the affidavit must be

tées ne devaient pas être utilisées parce que, lus ensemble, les al. 3i) et 5h) de l'autorisation ne contiennent aucune restriction quant aux personnes ou aux endroits. Le substitut du procureur général a reconnu que l'autorisation était trop générale. La cour a accepté la prétention du ministère public que l'al. 3i) de l'autorisation pouvait être retranché. Comme aucune des communications interceptées n'avait été obtenue en application de l'alinéa retranché, l'admissibilité de la preuve n'était pas touchée.

L'appellant a ensuite allégué que, parce que le paquet scellé n'avait pas été ouvert et qu'il n'avait pas eu accès à son contenu, les communications privées n'auraient pas dû être utilisées. La cour a rejeté cette allégation mais, sur le fondement de décisions postérieures à la décision du juge du procès, elle a ouvert le paquet scellé, révisé le texte des documents qu'il contenait et a ajourné l'audience pour que l'appellant puisse les examiner.

L'appellant a soulevé trois arguments relativement aux affidavits. Premièrement, il a allégué qu'une des autorisations n'était pas valide parce que fondée sur un affidavit dont l'auteur n'avait pas été assermenté. Le constat d'assermentation n'avait pas été complété par le commissaire à l'assermentation, bien que la date ait été inscrite. En application de l'art. 610 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, la Cour d'appel a cité comme témoin le sergent Lamont et la personne qui avait obtenu l'autorisation pour le procureur général. Ils ont été soumis à un interrogatoire principal par le ministère public et à un contre-interrogatoire par l'avocat de Daniel Lachance. Se fondant sur ces témoignages, la cour a conclu que le déposant avait été assermenté et que c'est par inadvertance que le constat d'assermentation n'avait pas été complété. L'autorisation n'était donc pas viciée.

Deuxièmement, l'appellant a allégué qu'il aurait dû recevoir le contenu intégral, non révisé, du paquet pour soumettre le sergent Lamont à un contre-interrogatoire complet, en particulier, pour savoir s'il avait des motifs raisonnables et probables de croire les renseignements fournis par un informateur. Suivant l'arrêt *R. v. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1 (C.A. Ont.), la Cour d'appel a

edited to protect informants, but the Court must proceed on the basis of the material as edited.

Third, the appellant submitted that opening the packet automatically gave rise to a right to cross-examine the affiant as to its contents. The Court rejected this argument. Because an authorization is an order made by a judge based upon a sworn affidavit, there is a presumption as to its validity. The Court approved of the test set out in *R. v. Parmar* (1987), 37 C.C.C. (3d) 300, which holds that to be allowed to cross-examine, the applicant must (1) make a specific allegation of falsehood or reckless disregard to the truth, (2) provide *prima facie* proof of the allegation, in the sense of being sufficient to entitle an issue to be put before a jury, and (3) demonstrate that if the impugned material is set aside the remaining material is insufficient to sustain the authorization.

Applying these conclusions to the facts, the Court of Appeal held that there was no evidence in the sealed packet, in the *voir dire*, or in the trial which would lead to the conclusion that the appellant was entitled to cross-examine the affiant, that the authorization was improperly granted, or that the wiretap evidence was inadmissible. The Court added that it was satisfied that it had been demonstrated that no other means of investigation was likely to succeed, and that there was no misrepresentation with respect to Hollett and his role as a police informant.

Points in Issue

The appellant's many submissions in this Court can be usefully subsumed under the following points in issue:

1. Does the absence of minimizing conditions on the face of the authorization result in the authorization of an unreasonable search and seizure in violation of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. What is the entitlement of an accused person to open the sealed packet?

conclu que le texte de l'affidavit doit être révisé de manière à protéger les informateurs et que la cour doit procéder sur le fondement des documents révisés.

^a

Troisièmement, l'appelant a prétendu que l'ouverture du paquet donne automatiquement le droit de contre-interroger l'auteur de l'affidavit quant à son contenu. La cour a rejeté cette prétention.

^b

Étant une ordonnance rendue par un juge et fondée sur un affidavit, l'autorisation est présumée valide. La cour a approuvé le critère établi dans *R. v. Parmar* (1987), 37 C.C.C. (3d) 300, suivant lequel le requérant doit, pour être admis à contre-

^c

interroger, (1) alléguer spécifiquement l'existence de déclarations fausses ou inconsidérées, (2) fournir une preuve *prima facie* de l'allégation, en ce sens qu'elle doit être suffisante pour qu'une question litigieuse soit soumise à l'appréciation d'un jury, et (3) démontrer que, si le document contesté est écarté, les documents restants sont insuffisants pour justifier l'autorisation.

^d

^e

Appliquant ces conclusions aux faits, la Cour d'appel a conclu que le paquet, le voir-dire et le procès ne révélaient aucune preuve permettant de conclure que l'appelant avait le droit de contre-interroger l'auteur de l'affidavit, que l'autorisation n'avait pas été accordée à bon droit ou que la preuve obtenue par écoute électronique ne pouvait être utilisée. La cour a ajouté être convaincue qu'on avait démontré qu'aucun autre moyen d'enquête n'avait de chance de réussir et qu'il n'y avait aucune fausse déclaration relativement à Hollett et à son rôle d'informateur de police.

^f

^g

Les questions en litige

^h

Les nombreuses allégations de l'appelant en notre Cour peuvent être utilement résumées dans les questions suivantes:

1. L'absence de conditions de minimisation dans le texte de l'autorisation en fait-elle une autorisation de perquisition, de fouille et de saisie abusives en contravention de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Quels sont les droits d'un accusé à l'égard de l'ouverture du paquet scellé?

ⁱ

^j

3. Upon what grounds may an accused person challenge an authorization for wiretap and before what court?

4. What remedy is appropriate?

5. What special requirements apply when information from informants is relied on to obtain an authorization?

6. What principles and procedures apply to the editing of the contents of the sealed packet?

7. Is the accused entitled to cross-examine on the affidavit filed with the authorizing judge?

1. *Does the absence of minimizing conditions on the face of the authorization result in the authorization of an unreasonable search and seizure in violation of s. 8 of the Charter?*

This issue goes to the validity of the authorization on its face. The appellant relies on two arguments with respect to minimization. First, it is argued that when paras. 3(i) and 5(h) of the authorization are read together, the authorization is overbroad and hence unlawful under the *Criminal Code* and unreasonable under s. 8 of the *Charter*. Second, he adopts the submission of the appellant in *Garofoli* that the absence of minimizing conditions creates the possibility of interception of a high number of irrelevant private communications, and thereby renders the authorization unreasonable.

Is the Authorization Overbroad?

The Crown conceded, as it did before the Court of Appeal, that the authorization is overbroad. When paragraphs 3(i) and 5(h) are read together, the authorization creates no limitation with respect to persons and places, contrary to this Court's decision in *Grabowski v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 434.

The contentious issue is whether para. 3(i) can be severed from the authorization. If paragraph 3(i) cannot be severed from the authorization, then the Crown concedes that the authorization is invalid because it is overbroad. If paragraph 3(i) can be severed, then the authorization is facially valid and the interceptions are in accordance with its terms.

3. Quels moyens un accusé peut-il invoquer pour contester une autorisation d'écoute électronique et devant quel tribunal?

4. Quel est le recours approprié?

5. Quelles exigences spéciales sont applicables lorsqu'on se fonde sur des renseignements d'informateurs pour obtenir une autorisation?

6. Quels sont les principes et les procédures applicables à la révision du contenu du paquet scellé?

7. L'accusé peut-il contre-interroger l'auteur de l'affidavit produit auprès du juge qui a accordé l'autorisation?

1. *L'absence de conditions de minimisation dans le texte de l'autorisation en fait-elle une autorisation de perquisition, de fouille et de saisie abusives en contravention de l'art. 8 de la Charte?*

Cette question touche la validité de l'autorisation de par son texte même. L'appelant invoque deux arguments relativement à la minimisation. Premièrement, il allègue que, lus ensemble, les al. 3i) et 5h) révèlent une autorisation trop large et, partant, illégale en vertu du *Code criminel* et abusive en vertu de l'art. 8 de la *Charte*. Deuxièmement, il adopte l'allégation de l'appelant dans le pourvoi *Garofoli* que l'absence de conditions de minimisation crée la possibilité d'interception d'un grand nombre de communications privées non pertinentes, ce qui rend l'autorisation abusive.

L'autorisation est-elle trop large?

Le ministère public reconnaît, comme il l'a fait devant la Cour d'appel, que l'autorisation est trop large. Lus ensemble, les al. 3i) et 5h) révèlent une autorisation qui ne prévoit aucune limite quant aux personnes et aux endroits, contrairement à l'arrêt de notre Cour *Grabowski c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 434.

La question en litige est de savoir si l'al. 3i) peut être retranché de l'autorisation. Si l'alinéa 3i) ne peut pas être retranché, le ministère public reconnaît alors que l'autorisation n'est pas valide parce qu'elle est trop large. S'il peut être retranché, l'autorisation est en apparence valide et les interceptions sont conformes à ses conditions.

The power to sever is recognized in *Grabowski*. If the offending portion of an authorization can be severed and the remaining portion is sufficient to authorize the interceptions at issue, then the lawfulness, and hence admissibility, of the evidence is not affected.

The appellant argues that para. 3(i) cannot be severed, because para. 3 is referred to in para. 5(h). Deleting para. 3(i) must alter the meaning of para. 5(h). The appellant submits that it is illegitimate to amend para. 5(h) in this manner. Paragraph 3(i) must be retained or the whole must fall.

I am in complete agreement with the Court of Appeal that para. 3(i) is severable. I am content to adopt its reasons on this point (at p. 48).

We do not read *Grabowski v. The Queen* [*supra*] as compelling us to read the invalid clause 3(i) in conjunction with the valid clause 5(h) so as to render both clauses invalid. Rather, we believe that the decision will always depend upon a reading of the impugned clauses to determine whether they must be read together or whether they can reasonably be read independently. If the clauses can be read independently, then only the offending clause need be severed. Thus, one of two impugned clauses may well be severable depending on the wording of the authorization in question. With that done, it can then be determined whether the intercepted communications come within the purview of the remaining valid clauses of the authorization.

This court found it appropriate to sever only one clause in a somewhat similarly worded authorization in *R. v. Paterson, Ackworth and Kovach* (1985), 7 O.A.C. 105; 18 C.C.C. (3d) 137, affd. (1987), 79 N.R. 316; 23 O.A.C. 81. The same procedure should be adopted in this case. Here, the impugned clauses do not have to be read together and only para. 3(i) need be deleted. When para. 3(i) is deleted, it can be seen that the intercepted calls come within the scope of the valid clause 5(h) and should not be excluded on this ground. [Emphasis added.]

The reference in para. 5(h) of para. 3 coupled with the severance of para. 3(i) does not create such a change in meaning that the two clauses cannot reasonably be read independently. The meaning of para. 5(h) remains abundantly clear. This ground of appeal must be rejected.

Le pouvoir de diviser l'autorisation est reconnu dans l'arrêt *Grabowski*. Si la partie contestée d'une autorisation peut être retranchée et si la partie restante est suffisante pour autoriser l'interception en cause, alors la légitimité et, partant, l'admissibilité de la preuve ne sont pas touchées.

L'appelant allègue que l'al. 3i) ne peut être retranché parce que le par. 3 est mentionné à l'al. 5h). Supprimer l'al. 3i) modifie nécessairement le sens de l'al. 5h). L'appelant prétend qu'il est irrégulier de modifier l'al. 5h) de cette manière. L'alinéa 3i) doit être conservé ou l'ensemble ne peut tenir.

Je suis tout à fait d'accord avec la Cour d'appel que l'al. 3i) peut être retranché. Je me contente d'adopter ses motifs sur ce point (à la p. 48):

[TRADUCTION] Suivant notre interprétation, l'arrêt *Grabowski c. La Reine* [précité], ne nous oblige pas à lire la clause invalide, l'al. 3i), en corrélation avec la clause valide, l'al. 5h), de manière que les deux clauses deviennent invalides. Nous croyons plutôt que la décision repose toujours sur une lecture des clauses contestées pour déterminer si elles doivent être lues ensemble ou si elles peuvent raisonnablement être lues isolément. Si elles peuvent être lues isolément, alors seule la mauvaise clause doit être retranchée. Ainsi, une des deux clauses contestées peut être retranchée, eu égard au texte de l'autorisation en cause. Cela fait, on peut alors déterminer si les communications interceptées relèvent des clauses valides restantes de l'autorisation.

Cette Cour a jugé bon de ne retrancher qu'une clause d'une autorisation rédigée à peu près comme celle-ci dans l'arrêt *R. v. Paterson, Ackworth and Kovach* (1985), 7 O.A.C. 105; 18 C.C.C. (3d) 137, conf. par (1987), 79 N.R. 316; 23 O.A.C. 81. Il faudrait suivre la même procédure en l'espèce. Ici, il n'est pas nécessaire de lire ensemble les clauses contestées et seul l'al. 3i) doit être retranché. Lorsque l'al. 3i) est retranché, on constate que les appels interceptés relèvent de la clause valide, l'al. 5h), et qu'ils ne doivent pas être écartés pour ce motif. [Je souligne.]

La mention du par. 3 à l'al. 5h), après le retrait de l'al. 3i), n'amène pas une modification de sens telle que les deux clauses ne peuvent pas raisonnablement être lues isolément. Le sens de l'al. 5h) demeure tout à fait clair. Ce moyen d'appel doit être rejeté.

Possibility of Interception of Irrelevant Private Communications

For the reasons given in *Garofoli* I conclude that the appellant has not satisfied the Court that the possible interception of irrelevant communications renders the authorization unreasonable and hence in violation of s. 8 of the *Charter*.

2. *What is the entitlement of an accused person to open the sealed packet?*

For the reasons which I gave in *Dersch*, the Court of Appeal was right in opening the sealed packet.

3. *Upon what grounds may an accused person challenge an authorization for wiretap and before what court?*

4. *What remedy is appropriate?*

5. *What special requirements apply when information from informants is relied on to obtain an authorization?*

These issues all relate to the sufficiency of the affidavit in meeting the requirements for a legally valid authorization. The principles are set out in my reasons in *Garofoli*. Applying those principles, I agree with the conclusion of the Court of Appeal that the affidavits relied on in support of the authorization are sufficient on their face.

6. *What principles and procedures apply to the editing of the contents of the sealed packet?*

The principles with respect to editing are set out in my reasons in *Garofoli*. The Court of Appeal complied substantially with those principles. This ground of appeal therefore fails.

7. *Is the accused entitled to cross-examine on the affidavit filed with the authorizing judge?*

The principles that should govern an application to cross-examine the affiant on the affidavit filed in support of an authorization are set out in my reasons in *Garofoli*. Applying those principles, I am of the opinion that the Court of Appeal erred in refusing to permit cross-examination of Ser-

La possibilité d'interception de communications privées non pertinentes

Pour les motifs exposés dans l'arrêt *Garofoli*, je conclus que l'appellant n'a pas convaincu la Cour que l'interception possible de communications non pertinentes rend l'autorisation abusive et, partant, contraire à l'art. 8 de la *Charte*.

2. *Quels sont les droits d'un accusé à l'égard de l'ouverture du paquet scellé?*

Pour les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *Dersch*, la Cour d'appel a eu raison d'ouvrir le paquet scellé.

3. *Quels moyens un accusé peut-il invoquer pour contester une autorisation d'écoute électronique et devant quel tribunal?*

4. *Quel est le recours approprié?*

5. *Quelles exigences spéciales sont applicables lorsqu'on se fonde sur des renseignements d'informateurs pour obtenir une autorisation?*

Ces questions ont toutes trait au caractère suffisant de l'affidavit par rapport aux exigences requises pour obtenir une autorisation valide. Les principes sont exposés dans mes motifs de l'arrêt *Garofoli*. Appliquant ces principes, je suis d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel que les affidavits à l'appui de l'autorisation sont en apparence valides.

6. *Quels sont les principes et les procédures applicables à la révision du contenu du paquet scellé?*

Les principes applicables à la préparation du paquet sont énoncés dans mes motifs de l'arrêt *Garofoli*. La Cour d'appel s'est essentiellement conformée à ces principes. Ce moyen doit donc être rejeté.

7. *L'accusé peut-il contre-interroger l'auteur de l'affidavit produit auprès du juge qui a accordé l'autorisation?*

Les principes qui devraient régir une demande visant au contre-interrogatoire de l'auteur d'un affidavit produit à l'appui d'une autorisation sont exposés dans mes motifs de l'arrêt *Garofoli*. Appliquant ces principes, je suis d'avis que la Cour d'appel a commis une erreur en refusant d'autori-

geant Lamont. The appellant had established a basis for cross-examination. From the evidence at trial it can be inferred that Hollett is the informant referred to in the affidavit. The affidavit of Sergeant Lamont treats the informant and Hollett as two different people. This is misleading on a matter which relates to the basis of the decision of the authorizing judge. It bears directly on the issue as to whether the only practical investigative technique available is to intercept the private communications of the subjects. In paragraph 10(b) of his affidavit, Sergeant Lamont swears in part: "Any attempt to involve an undercover police officer in the activities or investigation of these parties would be futile and not result in any further evidence being gained." The force of this assertion is considerably weakened by the fact that the police have an undercover informant. While there is evidence to suggest that continued use of Hollett was difficult because he was avoiding the Lachance brothers, we do not know what Sergeant Lamont's belief was in this regard. Cross-examination may very well have revealed that Hollett could still perform that role. In this regard, the following question and answer in the re-examination of Hollett by the Crown are pertinent:

Q. Why was it that you told Dave LaChance that lie then?

A. I was told to say by the Hold-up Squad to try and get back in to get information. [Emphasis added.]

If Sergeant Lamont's cross-examination impeached his statement in the affidavit as to the use of other investigative techniques, there would be no basis for granting the authorization. Section 178.13(1)(b) requires that the authorizing judge be satisfied that "other investigative procedures are unlikely to succeed". There must therefore be a new trial on this ground.

Disposition

I have found that applying the principles outlined in my reasons in *Garofoli*, the appellant was entitled to cross-examine Sergeant Lamont on

ser le contre-interrogatoire du sergent Lamont. L'appelant avait établi un motif justifiant le contre-interrogatoire. On peut déduire de la preuve au procès que Hollett est l'informateur mentionné dans l'affidavit. L'affidavit du sergent Lamont traite l'informateur et Hollett comme deux personnes différentes. Cela est trompeur sur un point qui touche le fondement même de la décision du juge qui a accordé l'autorisation. Cela a une incidence directe sur la question de savoir si la seule technique d'enquête disponible est l'interception des communications privées des cibles. À l'alinéa 10b) de son affidavit, le sergent Lamont affirme notamment: [TRADUCTION] «Toute tentative de faire intervenir un agent d'infiltration dans les activités de ces parties ou dans l'enquête les concernant serait vaine et ne permettrait pas de recueillir d'autres éléments de preuve.» Cette affirmation perd beaucoup de force parce que la police avait un informateur. Bien que la preuve donne à entendre qu'il était difficile de continuer d'utiliser Hollett parce qu'il évitait les frères Lachance, nous ne savons pas ce que croyait le sergent Lamont à cet égard. Un contre-interrogatoire aurait bien pu révéler que Hollett pouvait encore jouer ce rôle. À cet égard, la question et la réponse suivantes du réinterrogatoire de Hollett par le ministère public sont pertinentes:

[TRADUCTION]

Q. Pourquoi alors avez-vous raconté ce mensonge à Dave LaChance?

R. C'est l'escouade des hold-up qui m'avait dit de le faire pour essayer de me rapprocher et d'obtenir des renseignements. [Je souligne.]

Si le contre-interrogatoire du sergent Lamont écartait l'affirmation qu'il a faite dans l'affidavit quant à l'utilisation d'autres techniques d'enquête, l'autorisation ne reposerait sur aucun fondement. L'alinéa 178.13(1)b) exige que le juge qui accorde l'autorisation soit convaincu que «d'autres méthodes d'enquête [. . .] ont peu de chance de succès» Pour ce motif, il doit donc y avoir un nouveau procès.

Dispositif

Appliquant les principes exposés dans mes motifs de l'arrêt *Garofoli*, je conclus que l'appelant était fondé à contre-interroger le sergent Lamont,

his affidavit filed in support of the authorization herein. Cross-examination having been denied, the appellant is entitled to a new trial.

The reasons of L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J.—This appeal deals with various aspects of the law concerning the electronic interception of private communications. It is one of a series of wiretap cases which also includes *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; and *R. v. Zito*, [1990] 2 S.C.R. 1520. Mr. Justice Sopinka has written judgments in each of these cases. I explained in my reasons in *Garofoli* that my interpretation of Part IV.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, leads me to a different conclusion with respect to a number of the questions presented by these appeals. In light of the position I adopt in *Garofoli*, it is necessary to comment briefly on some of the issues raised in this case.

In particular, I take a different approach to three of the points in issue which Sopinka J. sets out in his reasons in this case: (1) the entitlement of an accused person to open the packet, (2) the grounds upon which an accused person may challenge an authorization and the court in which this is to be done, and (3) an accused's entitlement to cross-examine on the affidavit filed with the authorizing judge. My position with respect to the grounds upon which an accused may challenge an authorization and the court in which this is to be done is fully set out in my reasons in *Garofoli*, so I will not repeat that discussion here.

Turning to the question of access to the packet, for the reasons which I gave in *Garofoli* I view this as a matter within the discretion of the judge hearing the application. The judge must exercise this discretion by balancing the interests of an accused in privacy and a fair trial, including the right to make full answer and defence, with the public interest in the administration of justice. In this case, the Court of Appeal held that the packet should have been opened, subject to editing. I agree that the balance in this case between the

auteur de l'affidavit produit à l'appui de l'autorisation en l'espèce. Le contre-interrogatoire ayant été refusé, l'appelant a droit à un nouveau procès.

a Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—Le présent pourvoi porte sur divers aspects du droit relatif à l'interception électronique de communications privées. Il fait partie d'une série d'affaires d'écoute électronique comprenant également *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505 et *R. c. Zito*, [1990] 2 R.C.S. 1520. Le juge Sopinka a rédigé des motifs dans chacune de ces affaires. J'ai expliqué dans mes motifs de l'arrêt *Garofoli* que mon interprétation de la partie IV.1 du *Code criminel* S.R.C. 1970, ch. C-34, me fait aboutir à une conclusion différente sur un certain nombre de questions soulevées par ces pourvois. Compte tenu de la position que j'adopte dans l'arrêt *Garofoli*, il y a lieu de faire de brèves observations sur certaines des questions soulevées en l'espèce.

J'ai notamment abordé de façon différente trois des points en litige que le juge Sopinka expose dans ses motifs en l'espèce: (1) le droit d'un accusé d'ouvrir le paquet; (2) les moyens qu'un accusé peut invoquer pour contester une autorisation et le tribunal devant être saisi; et (3) le droit d'un accusé de procéder à un contre-interrogatoire sur l'affidavit déposé devant le juge qui donne l'autorisation. Ma position quant aux moyens qu'un accusé peut invoquer pour contester une autorisation et le tribunal qui doit être saisi est exposée en détail dans mes motifs de l'arrêt *Garofoli*, et je n'y reviens pas ici.

Quant à la question de l'accès au contenu du paquet, pour les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *Garofoli*, je considère qu'elle relève du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande. Le juge doit exercer ce pouvoir discrétionnaire en évaluant les droits d'un accusé à la protection de sa vie privée et à un procès équitable, dont le droit de présenter une défense pleine et entière, en regard de l'intérêt du public dans la bonne administration de la justice. En l'espèce, la Cour d'appel a jugé que le paquet aurait dû être ouvert, sous réserve de

interests of the accused and the public interest in the administration of justice mandates that conclusion.

Next, I consider the question of an accused's entitlement to cross-examine on the affidavit filed with the authorizing judge. As I explained in *Garofoli*, I would approach this problem in the same way as I did the question of opening the packet. The judge must again balance the interests of the accused with the public interest in the administration of justice. Given that cross-examination may present greater problems for the administration of justice and less importance, from the point of view of ensuring a fair trial, than does access to the packet, the balance will generally favour denial unless the accused is able to make a preliminary showing establishing the special relevance of the cross-examination.

In this case, the Court of Appeal refused to permit cross-examination of the affiant on the affidavit filed in support of the authorization. The Court of Appeal satisfied itself that the accused had been unable to make a preliminary showing establishing the special relevance of cross-examination. I see no error in this conclusion.

I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.

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

révision des textes. Je suis d'accord pour dire que, dans la présente affaire, l'évaluation des droits de l'accusé et de l'intérêt du public dans l'administration de la justice impose cette conclusion.

^a Je passe ensuite à la question du droit d'un accusé de contre-interroger sur l'affidavit déposé devant le juge qui a donné l'autorisation. Comme je l'ai expliqué dans l'arrêt *Garofoli*, j'aborderais ce problème de la même façon que je l'ai fait pour la question de l'ouverture du paquet. Le juge doit de nouveau sopeser les droits de l'accusé et l'intérêt du public dans l'administration de la justice. Vu que le contre-interrogatoire, par rapport à l'accès au paquet, peut présenter des problèmes plus grands en matière d'administration de la justice et avoir moins d'importance, du point de vue de la tenue d'un procès équitable, la balance penchera généralement en faveur du rejet de la demande à moins que l'accusé puisse prouver au préalable la pertinence particulière du contre-interrogatoire.

^e En l'espèce, la Cour d'appel a refusé de permettre le contre-interrogatoire du déposant au sujet de l'affidavit produit à l'appui de l'autorisation. La Cour d'appel était convaincue que l'accusé n'avait pu prouver au préalable la pertinence particulière du contre-interrogatoire. Je ne relève aucune erreur dans cette conclusion.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

^g *Pourvoi accueilli, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et MCLACHLIN sont dissidentes.*

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

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

**Wilfred Wayne Dersch, Marianne Payne,
Raymond John Waller, Grethe Elise Waller
and Ralph Ross Harris** *Appellants*

v.

The Attorney General of Canada *Respondent*

INDEXED AS: DERSCH v. CANADA (ATTORNEY
GENERAL)

File No.: 20580.

1988: April 27.

Present: Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain,
La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

Re-hearing: 1989: October 2; 1990: November 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Interception of private communica-
tions — Access to sealed packet — Whether accused
must show prima facie misconduct by applicant before
being able to inspect affidavit filed in support of wire-
tap authorization — Criminal Code, R.S.C. 1970, c.
C-34, s. 178.14 — Canadian Charter of Rights and
Freedoms, ss. 7, 8.*

Appellants were charged with various drug trafficking
offences. The evidence against them was obtained partly
from wiretaps. They were granted access to the sealed
packets containing the affidavits used to obtain the
wiretap authorizations, but the provincial superior court
ruled that the packets should not have been released
when the appellants had not shown *prima facie* miscon-
duct by the applicants for the authorizations. The Court
of Appeal affirmed this decision.

Held: The appeal should be allowed.

Per Dickson C.J. and Lamer C.J. and La Forest,
Sopinka and Gonthier JJ.: *Prima facie* misconduct is not
required to be shown by an accused who seeks access to
the documents relating to an application for a wiretap
authorization. The assertion that the admission of the
evidence is challenged and that access is required in

*Chief Justice at the time of hearing.

**Chief Justice at the time of judgment.

**Wilfred Wayne Dersch, Marianne Payne,
Raymond John Waller, Grethe Elise Waller
et Ralph Ross Harris** *Appellants*

a c.

Le procureur général du Canada *Intimé*

RÉPERTORIÉ: DERSCH c. CANADA (PROCUREUR
GÉNÉRAL)

b N° du greffe: 20580.

1988: 27 avril.

Présents: Les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson,
c Le Dain, La Forest et L'Heureux-Dubé.

Nouvelle audition: 1989: 2 octobre; 1990: 22 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit criminel — Interception de communications
e privées — Accès au paquet scellé — L'accusé doit-il
faire la preuve prima facie de conduite répréhensible de
la part du requérant avant de pouvoir inspecter l'affi-
davit déposé à l'appui de la demande d'autorisation
d'écoute électronique? — Code criminel, S.R.C. 1970,
f ch. C-34, art. 178.14 — Charte canadienne des droits et
libertés, art. 7, 8.*

Les appellants ont été accusés de diverses infractions
relatives au trafic de drogues. La preuve contre eux a été
obtenue en partie par écoute électronique. Ils ont obtenu
l'accès aux paquets scellés contenant les affidavits pro-
duits pour la demande d'autorisation d'écoute électroni-
que, mais la cour supérieure de la province a statué
qu'on n'aurait pas dû accorder l'accès au contenu des
paquets alors que les appelants n'avaient présenté
h aucune preuve *prima facie* de la conduite répréhensible
des auteurs des demandes d'autorisation. La Cour d'ap-
pel a confirmé cette décision.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Dickson, le juge en chef Lamer et les
juges La Forest, Sopinka et Gonthier: L'accusé qui
cherche à avoir accès aux documents relatifs à une
autorisation d'écoute électronique n'est pas tenu de faire
la preuve *prima facie* de conduite répréhensible. L'affir-
mation que l'utilisation de la preuve est contestée et qu'il

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

**Juge en chef à la date du jugement.

order to permit full answer and defence to be made is sufficient.

Under s. 178.14(1)(a)(ii) of the *Criminal Code*, the sealed packet is to be opened only on the order of a judge. The fact that Parliament relies on judicial discretion does not disclose an intention to deny the accused disclosure, but rather indicates that the judge must carefully and thoroughly exercise his discretion taking into account all the interests involved. A series of pre-*Charter* cases read in certain very restrictive criteria, but the right to make full answer and defence requires disclosure to an accused, since without the information contained in the packet he may not be able to establish that the interception was unlawfully made and thus inadmissible, or unreasonably made and thus in contravention of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The judge still has a discretion but, in the case of an accused, it would not be judicially exercised in conformity with the *Charter* right unless the application is granted.

Here, the authorization is spent, and the concern with respect to disclosure of police informers and techniques will be addressed by the trial judge in determining the degree to which editing is required. If dissatisfied with the editing, the Crown always has the option of withdrawing tender of the evidence.

Per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.: The question of whether the packet should be opened is a matter within the discretion of the judge hearing the application, who must balance the interests of the accused in the protection of privacy and a fair trial, including the right to make full answer and defence, with the public interest in the administration of justice. Given the importance of the accused's right to make full answer and defence, the balance will generally fall in favour of opening the packet, subject to editing and special concerns for the administration of justice which may arise in particular cases. Here there is nothing to suggest that the balance mandates any other conclusion than the issuing judge's decision to open the packet.

Cases Cited

By Sopinka J.

Referred to: *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48; *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111; *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633; *R. v. Playford* (1987), 40 C.C.C.

est nécessaire d'avoir accès au contenu du paquet pour préparer une défense pleine et entière, est suffisante.

Selon le sous-al. 178.14(1)(a)(ii) du *Code criminel*, le paquet scellé ne doit être ouvert qu'en application de l'ordonnance d'un juge. Le fait que le Parlement s'en remette au pouvoir discrétionnaire des tribunaux ne révèle pas l'intention de nier à l'accusé la divulgation du contenu du paquet scellé; il indique plutôt que le juge doit exercer avec soin son pouvoir discrétionnaire en tenant compte de tous les intérêts en jeu. Une série de décisions antérieures à la *Charte* a ajouté, par interprétation, certains critères très restrictifs, mais le droit à une défense pleine et entière exige la divulgation à l'accusé puisque, sans les renseignements contenus dans le paquet, il peut ne pas être en mesure d'établir que l'interception a été faite illégalement et ne peut donc être utilisée, ou qu'elle a été faite de manière abusive et viole donc l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge conserve un pouvoir discrétionnaire mais, dans le cas d'un accusé, il ne peut l'exercer judiciairement et conformément à la *Charte* qu'en accueillant la demande.

En l'espèce, l'autorisation est épuisée et les préoccupations relatives à la divulgation de l'identité d'informateurs et de techniques policières seront examinées par le juge qui décidera du degré de révision nécessaire. S'il n'est pas satisfait de la révision des textes, le ministère public a toujours l'option de retirer l'élément de preuve.

Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin: La question de savoir si le paquet devrait être ouvert ou non relève du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande, qui doit soupeser, d'une part, les droits de l'accusé à la protection de sa vie privée et à un procès équitable, dont le droit de présenter une défense pleine et entière, et, d'autre part, l'intérêt du public dans la bonne administration de la justice. Vu l'importance du droit de l'accusé à une défense pleine et entière, la balance penchera généralement en faveur de l'ouverture du paquet, sous réserve de la révision des textes et de considérations spéciales en matière d'administration de la justice qui peuvent se présenter dans des cas particuliers. En l'espèce, rien ne laisse supposer que l'évaluation exige une autre conclusion que la décision du juge saisi de la demande d'autoriser l'ouverture du paquet.

i Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48; *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633; *R. v. Playford* (1987),

(3d) 142; *R. v. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260; *R. v. Williams* (1985), 44 C.R. (3d) 351; *R. v. Hunter* (1987), 34 C.C.C. (3d) 14; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490; *R. v. Zito*, [1990] 2 S.C.R. 1520.

By McLachlin J.

Referred to: *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490; *R. v. Zito*, [1990] 2 S.C.R. 1520.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 178.14 [ad. 1973-74, c. 50, s. 2; am. 1985, c. 19, s. 24].
18 U.S.C. §§2510-20 (1988).

Authors Cited

Watt, David. *Law of Electronic Surveillance in Canada*. Toronto: Carswells, 1979.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 145, 43 D.L.R. (4th) 562, [1987] 6 W.W.R. 700, 36 C.C.C. (3d) 435, 59 C.R. (3d) 289, affirming Murray J.'s order (1986), 32 C.C.C. (3d) 346, quashing Wetmore Co. Ct. J.'s decision granting the appellants access to sealed packets. Appeal allowed.

Thomas R. Berger and Howard Rubin, for the appellants.

S. David Frankel, Q.C., for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer C.J. and La Forest, Sopinka and Gonthier JJ. was delivered by

SOPINKA J.—This appeal is one of a series of appeals which were heard together because they deal with various aspects of the law relating to the interception of private communications (hereinafter “wiretaps”). The statutory provisions which are engaged are contained in Part IV.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. The other cases in the series are *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490, and *R. v. Zito*, [1990] 2 S.C.R. 1520, judgments in which are delivered concurrently with the judgment in this case. The central issue in

40 C.C.C. (3d) 142; *R. v. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260; *R. v. Williams* (1985), 44 C.R. (3d) 351; *R. v. Hunter* (1987), 34 C.C.C. (3d) 14; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490; *R. c. Zito*, [1990] 2 R.C.S. 1520.

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490; *R. c. Zito*, [1990] 2 R.C.S. 1520.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 178.14 [aj. 1973-74, ch. 50, art. 2; mod. 1985, ch. 19, art. 24].
18 U.S.C. §§2510 à 2520 (1988).

Doctrine citée

Watt, David. *Law of Electronic Surveillance in Canada*. Toronto: Carswells, 1979.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 145, 43 D.L.R. (4th) 562, [1987] 6 W.W.R. 700, 36 C.C.C. (3d) 435, 59 C.R. (3d) 289, qui a confirmé l'ordonnance du juge Murray (1986), 32 C.C.C. (3d) 346, qui avait annulé la décision du juge Wetmore de la Cour de comté d'accorder aux appelants accès aux paquets scellés. Pourvoi accueilli.

Thomas R. Berger et Howard Rubin, pour les appellants.

S. David Frankel, c.r., pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Dickson, du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka et Gonthier rendu par

LE JUGE SOPINKA—Le présent pourvoi fait partie d'une série de pourvois entendus ensemble parce qu'ils portent sur divers aspects du droit relatif à l'interception de communications privées ou écoute électronique. Les dispositions législatives en cause sont contenues à la partie IV.1 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Les autres pourvois sont *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490; et *R. c. Zito*, [1990] 2 R.C.S. 1520 dont les arrêts sont déposés en même temps que celui-ci. La question centrale en l'espèce est le droit d'un accusé à l'accès au

this case is the right of access by an accused person to the packet which, pursuant to s. 178.14(1) (now s. 187(1)), is required to be sealed.

Facts

The appellants were charged with various offences involving drug trafficking. They were given notice, in accordance with the statutory requirement, that evidence against them included wiretap evidence obtained under 22 authorizations under Part IV.1 of the *Criminal Code*. The appellants applied to the Vancouver County Court for an order pursuant to s. 178.14(1)(a)(ii) to have access to the contents of the sealed packets containing the affidavits filed in support of the wiretap authorizations. The application for access was in each case supported by an affidavit stating that access to the statements by the police officers was necessary to properly conduct a preliminary hearing and in order for the accused to make full answer and defence.

Wetmore Co. Ct. J. granted access in an oral judgment, following the cases of *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594 (presumably the minority judgment), and *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (Ont. C.A.). The Crown applied to the Supreme Court of British Columbia for an order of *certiorari* to quash the County Court order, and prohibition to prevent Wetmore Co. Ct. J. from making available to the accused copies of the affidavits sealed in the packets. Murray J., in reasons reported at (1986), 32 C.C.C. (3d) 346 (*sub nom. Re Regina and Dersch*), granted the Crown's applications, holding that the issuing court acted without jurisdiction in releasing the sealed packet when the accused provided no evidence of a *prima facie* case of misconduct on the part of the applicant for the authorization. An appeal to the British Columbia Court of Appeal was unanimously dismissed with reasons written by Esson J.A. which are reported as *Dersch v. Canada (Attorney General)* (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 145. Leave to appeal to this Court was granted on December 3, 1987, [1987] 2 S.C.R. vi, on the following ground:

contenu du paquet qui, en application du par. 178.14(1) (maintenant le par. 187(1)), doit être scellé.

Les faits

Les appelants ont été accusés de diverses infractions relatives au trafic de drogues. Comme l'exige la loi, ils ont été avisés qu'on produirait en preuve des communications privées interceptées par suite de 22 autorisations obtenues en vertu de la partie IV.1 du *Code criminel*. Les appelants ont demandé à la Cour de comté de Vancouver une ordonnance selon le sous-al. 178.14(1)(a)(ii) qui leur donnerait accès au contenu des paquets scellés contenant les affidavits produits pour obtenir l'autorisation d'écoute électronique. Dans chaque cas, la demande était appuyée d'un affidavit indiquant qu'il était nécessaire de prendre connaissance des déclarations des policiers pour assurer la bonne marche de l'enquête préliminaire et pour que l'accusé puisse préparer une défense pleine et entière.

Suivant les arrêts *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594 (présument les motifs de la minorité), et *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (C.A. Ont.), le juge Wetmore de la Cour de comté a accueilli la demande dans un jugement oral. Le ministère public a demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique une ordonnance de *certiorari* qui annulerait l'ordonnance de la Cour de comté, et une ordonnance de prohibition qui empêcherait le juge Wetmore de mettre à la disposition des accusés des copies des affidavits contenus dans les paquets scellés. Dans des motifs publiés à (1986), 32 C.C.C. (3d) 346 (*sub nom. Re Regina and Dersch*), le juge Murray a accueilli la demande du ministère public, statuant que la Cour de comté avait agi sans compétence en donnant accès au contenu du paquet scellé alors que les accusés n'avaient présenté aucune preuve *prima facie* de conduite répréhensible de la part de l'auteur de la demande d'autorisation. Le juge Esson a rédigé les motifs unanimes de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, publiés sous l'intitulé *Dersch v. Canada (Attorney General)* (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 145, rejetant l'appel. Notre Cour a accordé une autorisation de pourvoi le 3 décembre 1987, [1987] 2 R.C.S. vi, sur le moyen suivant:

Whether the British Columbia Court of Appeal erred in construing s. 178.14 of the *Criminal Code* of Canada as imposing a burden on an accused to show *prima facie* misconduct by the applicant, before the accused may inspect the affidavit filed to obtain an electronic search order.

Although the issue on which leave to appeal was granted does not refer to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, counsel were permitted to raise arguments on the interpretation of s. 178.14 in light of the *Charter*.

Access to Sealed Packet

Section 178.14 reads as follows:

178.14 (1) All documents relating to an application made pursuant to section 178.12 or subsection 178.13(3) or 178.23(3) are confidential and, with the exception of the authorization, shall be placed in a packet and sealed by the judge to whom the application is made immediately upon determination of such application, and such packet shall be kept in the custody of the court in a place to which the public has no access or in such other place as the judge may authorize and shall not be

(a) opened or the content thereof removed except

- (i) for the purpose of dealing with an application for renewal of the authorization, or
- (ii) pursuant to an order of a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 482; and

(b) destroyed except pursuant to an order of a judge referred to in subparagraph (a)(ii).

(2) An order under subsection (1) may only be made after the Attorney General or the Solicitor General by whom or on whose authority the application was made for the authorization to which the order relates has been given an opportunity to be heard.

Pursuant to s. 178.14, the documents relating to an application for an authorization are confidential. They are to be placed in a packet and sealed. The packet is to be opened only on the order of a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in s. 482 (now s. 552). This provision extends the definition of a judge beyond that of a judge of a superior court to include a

[TRADUCTION] la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a-t-elle commis une erreur en donnant à l'art. 178.14 du *Code criminel* une interprétation qui impose à l'accusé l'obligation de présenter une preuve *prima facie* de conduite répréhensible de la part de l'auteur de la demande avant que l'accusé puisse examiner l'affidavit déposé à l'appui d'une demande d'autorisation d'écoute électronique.

Quoique la question à l'égard de laquelle l'autorisation de pourvoi a été accordée ne mentionne pas la *Charte canadienne des droits et libertés*, les avocats ont été autorisés à présenter des arguments sur l'interprétation de l'art. 178.14 en fonction de la *Charte*.

Accès au paquet scellé

L'article 178.14 est ainsi rédigé:

178.14 (1) Tous les documents relatifs à une demande faite en application de l'article 178.12 ou du paragraphe 178.13(3) ou 178.23(3) sont confidentiels et, à l'exception de l'autorisation, doivent être placés dans un paquet scellé par le juge auquel la demande est faite dès qu'une décision est prise au sujet de cette demande; ce paquet doit être gardé par le tribunal, en un lieu auquel le public n'a pas accès ou en tout autre lieu que le juge peut autoriser et il ne doit pas

a) être ouvert et son contenu ne doit pas être enlevé, si ce n'est

- (i) pour traiter d'une demande de renouvellement de l'autorisation, ou
- (ii) en application d'une ordonnance d'un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou d'un juge défini à l'article 482; ni

b) être détruit, si ce n'est en application d'une ordonnance d'un juge mentionné au sous-alinéa a)(ii).

(2) Une ordonnance prévue au paragraphe (1) ne peut être rendue qu'après que le procureur général ou le solliciteur général qui a demandé l'autorisation à laquelle les documents visés par l'ordonnance se rapportent, ou sur l'ordre de qui cette demande a été faite, a eu la possibilité de se faire entendre.

Suivant l'art. 178.14, les documents relatifs à une demande d'autorisation sont confidentiels et doivent être placés dans un paquet scellé qui ne doit être ouvert qu'en application de l'ordonnance d'un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou d'un juge défini à l'art. 482 (maintenant l'art. 552). Cette disposition étend la définition d'un juge de manière à comprendre, outre un

judge of a district or county court and a judge of the Court of Quebec. The power granted to a judge to open the packet is not limited by any provisions in Part IV.1 of the *Criminal Code*. Parliament, therefore, intended to confer on the judge an unlimited discretion.

The purpose of the confidentiality provision of this section is apparently to ensure that the investigation is kept secret during the currency of the authorization and to protect informers, police techniques and procedures once the authorization is spent. Different considerations would apply in the exercise of the discretion of the judge depending on whether the authorization is current or spent. Similarly, different factors would come into play if the applicant is an accused person, a target of an intercepted communication, or simply an interested citizen. The section does not distinguish, leaving it to the judge. Apparently, Parliament was content to leave it to the courts to decide what special considerations were applicable to protect the rights of accused persons in the exercise of the power to open.

What these special considerations should be is the source of considerable disagreement among judges in the provinces. The series of appeals of which this is one illustrates the extent of the disagreement. The following is a summary of the dispositions made with respect to this issue:

(1) *Dersch*: The trial judge ordered the packet opened but was reversed by Murray J. and the British Columbia Court of Appeal.

(2) *Garofoli*: The trial judge refused to open but the Ontario Court of Appeal did.

(3) *Lachance*: No application was made to open because counsel thought this was foreclosed by binding authority. The Ontario Court of Appeal opened the packet.

(4) *Zito*: The trial judge refused to open the packet. The Court of Appeal of Quebec directed the opening of the packet at a new trial which it directed.

juge d'une cour supérieure, un juge d'une cour de district ou de comté ou un juge de la Cour du Québec. Aucune disposition de la partie IV.1 du *Code criminel* ne limite le pouvoir d'un juge d'ouvrir le paquet. Le Parlement a donc voulu conférer au juge un pouvoir discrétionnaire illimité.

La disposition relative à la confidentialité a apparemment pour objet d'assurer que l'enquête sera tenue secrète pendant la durée de l'autorisation et de protéger les informateurs, ainsi que les techniques et procédures policières quand l'autorisation est expirée. Différentes considérations s'appliquent dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge selon que l'autorisation est en vigueur ou est expirée. De même, différents facteurs entrent en jeu si le requérant est un accusé, une personne visée par l'écoute électronique ou simplement un citoyen intéressé. La disposition ne fait pas de distinction, laissant le tout à l'appréciation du juge. Apparemment, le Parlement s'est contenté de laisser aux tribunaux le soin de déterminer quelles considérations spéciales s'appliquent à la protection des droits des accusés dans l'exercice du pouvoir d'ouvrir le paquet.

Ce que devraient être ces considérations spéciales est source de nombreuses divergences parmi les juges des provinces. La série de pourvois dont celui-ci fait partie illustre l'étendue des divergences. Voici un résumé des décisions rendues sur ce point:

(1) *Dersch*: Le juge de première instance a ordonné l'ouverture du paquet, mais sa décision a été infirmée par le juge Murray et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

(2) *Garofoli*: Le juge de première instance a refusé l'ouverture, mais la Cour d'appel de l'Ontario a accepté.

(3) *Lachance*: Aucune demande d'ouverture n'a été faite parce que l'avocat pensait que cela était interdit par des précédents faisant autorité. La Cour d'appel de l'Ontario a ouvert le paquet.

(4) *Zito*: Le juge de première instance a refusé l'ouverture du paquet. La Cour d'appel du Québec a ordonné l'ouverture du paquet au cours du nouveau procès dont elle a ordonné la tenue.

Pre-*Charter* cases saw in s. 178.14 a legislative intention to subordinate the rights of the accused to the needs of law enforcement. In addition to features of the section such as the sealed packet and limiting the power to open to specific kinds of judges, some cases emphasized the absence from Part IV.1 of a provision similar to that contained in Title III of the *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, 18 U.S.C. §§2510-20 (1988). That Act specifically provides that the contents of the packet are to be delivered to the accused ten days before the commencement of trial. In reviewing these cases, Martin J.A., in *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1, commented, at p. 40:

It was determined that, since there is a specific provision for production in the United States legislation and there is no such provision in the Canadian legislation, Parliament intended to deny access to the sealed packet by the accused.

This led to the conclusion that exceptional circumstances were required to be shown by the applicant before an order for opening the packet was justified. The effect of these cases is summarized by Watt (now Justice Watt of the Ontario Court (General Division)) in *Law of Electronic Surveillance in Canada* (1979), at pp. 251-52:

... applications for orders pursuant to section 178.14(1)(a)(ii) to open the sealed packet and reveal its contents to the applicant have a limited chance of success whether the purpose therefor is to discover the period or reasons for court-ordered electronic surveillance or to enable either an accused or the Crown to develop arguments as to the admissibility of evidence at a forthcoming trial. Fraud and material non-disclosure in the supporting material have frequently been referred to as the "exceptional circumstances" which justify the granting of such an order but the difficulty in obtaining extrinsic evidence of either negates their utility as a means of obtaining the relief sought.

In *Wilson v. The Queen*, *supra*, this Court discussed the terms on which an authorization could be set aside. Neither the majority nor the minority

Les arrêts antérieurs à la *Charte* ont vu dans l'art. 178.14 une intention du législateur de subordonner les droits de l'accusé aux exigences de l'application de la loi. En plus des particularités de l'article, comme le paquet scellé et la limitation du pouvoir d'ouverture à des catégories spécifiques de juges, certaines décisions ont souligné l'absence, dans la partie IV.1, d'une disposition semblable à celle contenue au titre III de l'*Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, 18 U.S.C. §§2510 à 2520 (1988). Cette disposition prévoit expressément que le contenu du paquet doit être remis à l'accusé dix jours avant le début du procès. Faisant la revue de ces décisions, le juge Martin de la Cour d'appel a fait le commentaire suivant dans l'arrêt *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1, à la p. 40:

[TRADUCTION] On a établi que, puisqu'aux États-Unis une disposition spécifique prévoit la production et que la loi canadienne n'a aucune disposition en ce sens, le Parlement a voulu nier à l'accusé l'accès au contenu du paquet scellé.

Cela a mené à la conclusion que le requérant doit démontrer l'existence de circonstances exceptionnelles pour qu'une ordonnance d'ouverture du paquet soit justifiée. L'effet de ces décisions est résumé par Watt (maintenant le juge Watt de la Cour de justice de l'Ontario, Division générale) dans l'ouvrage *Law of Electronic Surveillance in Canada* (1979), aux pp. 251 et 252:

[TRADUCTION] ... les demandes d'ordonnances en application du sous-al. 178.14(1)a)(ii) visant à l'ouverture du paquet scellé et à la divulgation de son contenu au requérant ont des chances limitées de succès qu'elles aient pour objectif de découvrir la période ou les motifs de la surveillance électronique autorisée par la cour ou de permettre soit à l'accusé soit au ministère public de préparer des arguments quant à l'admissibilité de la preuve à un procès à venir. La fraude et la non-divulgation d'éléments importants dans la documentation à l'appui ont fréquemment été considérées comme des «circonstances exceptionnelles» qui justifient la délivrance d'une telle ordonnance, mais la difficulté d'obtenir la preuve extrinsèque de l'une ou de l'autre nie leur utilité comme moyen d'obtenir le redressement recherché.

Dans l'arrêt *Wilson c. La Reine*, précité, notre Cour a examiné les conditions sous lesquelles une autorisation pouvait être annulée. Ni les motifs de

reasons explicitly deal with the question of the prerequisites for access to the sealed packet. Furthermore, it was a case to which the *Charter* did not apply.

The restrictive approach to the interpretation of these provisions, as summarized by Watt, fails to take account of a fundamental difference between Title III in the United States and Part IV.1. While Title III contains specific provisions designed to protect various interests affected, Parliament was content to leave such protection in the hands of the judiciary. This applies not only in relation to production of the contents of the packet, but to minimization provisions. In my reasons in *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111, I pointed out that the Canadian equivalent of s. 2518(5) of Title III is the discretion in s. 178.13(2)(d) vested in a judge. In *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633, Estey J. summed up this feature of Part IV.1, at pp. 669-70 and 695 as follows:

The courts, therefore, must perform carefully and thoroughly their duty under s. 178.13(2)(d) and prescribe terms and conditions which may be advisable in the public interest under which these invasive devices may be installed. This judicial function is the essential safeguard of the public interest in the bilateral operations of Part IV.1 which must at once be both a shield against, and an instrument for, the invasion of privacy. It is for the court to ensure the balancing of these interests within the plan prescribed by Parliament.

My observation is intended to give emphasis to the importance of the judicial role in the program of privacy regulation as prescribed by Parliament in these provisions.

The fact that Parliament similarly relies on judicial discretion in s. 178.14(1)(a)(ii) does not disclose an intention to deny the accused disclosure of the sealed packet, but rather evinces an intention that a judge must "carefully and thoroughly" exercise his or her discretion taking into account all the interests involved.

The Court of Appeal in this case followed the line of reasoning of the pre-*Charter* cases. For the reasons outlined above, it is my view that, quite apart from the effects of the *Charter*, that reason-

la majorité ni ceux de la minorité ne traitent spécifiquement de la question des conditions préalables à la communication du paquet. En outre, la *Charte* ne s'appliquait pas à cette affaire.

^a L'interprétation restrictive de ces dispositions, résumée par le juge Watt, ne tient pas compte d'une différence fondamentale entre le titre III américain et la partie IV.1. Alors que le titre III contient des dispositions spécifiques destinées à protéger divers intérêts touchés, le Parlement s'est contenté de laisser cette protection entre les mains du pouvoir judiciaire. Cela s'applique non seulement à la production du contenu du paquet, mais aussi à la minimisation. Dans mes motifs de l'arrêt *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111, j'ai signalé que l'équivalent canadien du par. 2518(5) du titre III est le pouvoir discrétionnaire que l'al. 178.13(2)d) accorde à un juge. Dans l'arrêt *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633, le juge Estey a résumé comme suit cette particularité de la partie IV.1, aux pp. 669, 670 et 695:

En conséquence, les tribunaux doivent remplir avec soin le devoir qui leur incombe en vertu de l'al. 178.13(2)d) et prescrire les modalités qui peuvent être opportunes dans l'intérêt public relativement à la mise en place de ces dispositifs envahissants. Ce rôle judiciaire est un élément de protection indispensable de l'intérêt public relativement à l'application ambivalente de la partie IV.1 qui doit à la fois préserver contre l'atteinte à la vie privée des personnes et la rendre possible. Il appartient au tribunal de maintenir l'équilibre entre ces intérêts dans le cadre du programme prescrit par le Parlement.

^b Ma remarque vise à faire ressortir l'importance du rôle des tribunaux dans le programme de réglementation de la vie privée que le Parlement prescrit dans ces dispositions.

^c Le fait qu'au sous-al. 178.14(1)a)(ii), le Parlement s'en remette de la même manière au pouvoir discrétionnaire des tribunaux ne révèle pas l'intention de nier à l'accusé la divulgation du contenu du paquet scellé; il indique plutôt qu'on voulait qu'un juge exerce «avec soin» son pouvoir discrétionnaire en tenant compte de tous les intérêts en jeu.

La Cour d'appel en l'espèce a suivi le raisonnement de ces arrêts antérieurs à la *Charte*. Pour les motifs déjà exposés, je suis d'avis que, indépendamment des effets de la *Charte*, ce raisonnement

ing is suspect. It is unnecessary to come to a final conclusion on that subject because Part IV.1 must now be considered in light of the *Charter*. The Court of Appeal (*per* Esson J.A.) recognized this, but concluded that “the Charter has not affected, in any general way, the statutory and case law which restricts access to the packet” (p. 183). This conclusion was based in large measure on the interpretation placed by Esson J.A. on the judgment of Martin J.A. in *Finlay and Grellette*, *supra*, at pp. 76-77, which, in his opinion, did not intend to question the cases which restricted access to the sealed packet. In his opinion, the restrictions imposed by these cases simply meant that there might be cases in which these restrictions deprived an accused of access to material essential to the defence. Such a deprivation could be relevant to the question whether there had been a fair trial.

Since the decision of the Court of Appeal in this case, we have had the benefit of the judgment of the Court of Appeal of Ontario in *Rowbotham*, *supra*. The court, consisting of Martin J.A., Cory J.A. (as he then was) and Grange J.A., explained the effect of the *Charter* on the views expressed in the restricted access cases. The court stated: “If these views were originally correct, they are no longer the rule in this province since the enactment of the Charter” (p. 41). The court went on to explain, at p. 42:

To deny an accused access to the sealed packet puts him in an impossible position. Without the information contained in the packet, he may not be able to establish that the interception was unlawfully made and thus inadmissible, or unreasonably made and thus in contravention of s. 8 of the Charter. An accused would, in that way, be deprived of the right to make full answer and defence. In such circumstances, it could not be said that he had had the benefit of a fair trial, and the rights provided to him by ss. 7 and 11(d) of the Charter would, as a consequence, be infringed.

In *R. v. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142, Goodman J.A., speaking for himself, Blair and Cory JJ.A., expressed the dilemma in which the accused is placed by the restricted access cases in these words, at p. 178:

est douteux. Il est inutile d'arriver à une conclusion définitive sur ce sujet parce que la partie IV.1 doit maintenant être examinée en fonction de la *Charte*. La Cour d'appel (le juge Esson) l'a reconnu mais a conclu, à la p. 183, que [TRADUCTION] «la *Charte* n'a pas affecté de manière générale la législation et la jurisprudence qui restreignent l'accès au contenu du paquet». Cette conclusion était fondée dans une large mesure sur l'interprétation qu'a donnée le juge Esson au jugement du juge Martin dans l'arrêt *Finlay and Grellette*, précité, aux pp. 76 et 77, qui, à son avis, n'a pas voulu mettre en doute les décisions qui restreignaient l'accès au contenu du paquet scellé. À son avis, les restrictions imposées par ces décisions signifiaient simplement qu'il peut y avoir des cas où ces restrictions privent un accusé de l'accès à des documents essentiels à sa défense. Cela pourrait avoir une incidence sur la question de savoir s'il y a eu un procès équitable.

Depuis l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce, nous avons eu le bénéfice de l'arrêt *Rowbotham*, précité, de la Cour d'appel de l'Ontario. La cour, formée des juges Martin, Cory (maintenant juge de notre Cour) et Grange, a expliqué l'effet de la *Charte* sur les opinions exprimées dans les décisions portant restriction d'accès. La cour a dit, à la p. 41: [TRADUCTION] «Si ces opinions étaient correctes à l'origine, elles ne font plus autorité dans cette province depuis l'adoption de la *Charte*». La cour a poursuivi, à la p. 42:

[TRADUCTION] Nier à un accusé l'accès au contenu du paquet scellé le place dans une situation impossible. Sans les renseignements contenus dans le paquet, il peut ne pas être en mesure d'établir que l'interception a été faite illégalement et est donc inadmissible en preuve, ou qu'elle a été faite de manière abusive et viole donc l'art. 8 de la Charte. Un accusé serait ainsi privé du droit de présenter une défense pleine et entière. Dans ces circonstances, on ne pourrait pas dire qu'il a eu un procès équitable, et les droits que lui reconnaissent l'art. 7 et l'al. 11d) de la Charte seraient par conséquent violés.

Dans l'arrêt *R. v. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142, le juge Goodman, en son nom et au nom des juges Blair et Cory, a exposé comme suit l'impasse devant laquelle les décisions portant restriction d'accès placent l'accusé, à la p. 178:

... he cannot gain access to the affidavit unless he can prove on a *prima facie* basis the grounds for such access and he cannot prove such grounds unless he has access.

I agree that this is an accurate statement as to the position in which the accused is placed by the restricted access cases. As pointed out by Watt J., extrinsic evidence is seldom available to establish the requisite *prima facie* grounds. The accused is placed in this dilemma in virtually every case. If placing him or her in this dilemma is a denial of the right to make full answer and defence, then in every case in which access is denied, the accused is denied the right to make full answer and defence. Consequently, there would be in every such case a breach of s. 7 of the *Charter*, which includes among its principles of fundamental justice the right to make full answer and defence. If the restricted access cases are right in their interpretation of the section, then Parliament has authorized a procedure which uniformly results in a breach of the *Charter*. It follows that either the section is unconstitutional or the interpretation of the restrictive access cases cannot stand. With respect, I agree with the Ontario Court of Appeal that the section is constitutional and that the previous interpretation can no longer apply. It is fundamental to this view that denial of access constitutes a denial to make full answer and defence.

Esson J.A. was of the opinion that it did not. He reasoned that the accused was simply deprived of an opportunity to exclude evidence on a technical ground. He put the position this way, at p. 151:

It follows, in my view, that refusal of the opportunity to demonstrate a defect in the proceedings leading to the authorization does not affect the right to make full answer and defence or the right to fair trial. It merely deprives the accused of an opportunity to have relevant evidence excluded on a technical ground. That opportunity is not a constitutionally protected right.

The presumption of innocence requires the prosecution to prove that the accused is guilty beyond a reasonable doubt. This must be done by admis-

[TRADUCTION] ... il ne peut avoir accès à l'affidavit à moins de pouvoir présenter une preuve *prima facie* des motifs pour lesquels il doit y avoir accès, et il ne peut pas faire la preuve de ces motifs à moins d'y avoir accès.

^a C'est là une description exacte de la situation dans laquelle les décisions portant restriction d'accès placent l'accusé. Comme le souligne le juge Watt, on a rarement en mains la preuve extrinsèque pour établir les motifs *prima facie* requis. L'accusé est presque chaque fois placé devant une impasse. Si le mettre dans cette impasse est une négation du droit de préparer une défense pleine et entière, alors, dans chaque cas où l'accès est refusé, on nie à l'accusé le droit de préparer une défense pleine et entière. Par conséquent, il y aurait dans chaque cas violation de l'art. 7 de la *Charte*, qui comprend, entre autres principes de justice fondamentale, le droit de préparer une défense pleine et entière. Si les décisions portant restriction d'accès interprètent bien l'article, le Parlement a alors autorisé une procédure qui produit immanquablement une violation de la *Charte*. Par conséquent, ou l'article est inconstitutionnel ou l'interprétation des décisions portant restriction d'accès ne peut tenir. Avec égards, je partage l'opinion de la Cour d'appel de l'Ontario que l'article est constitutionnel et que l'interprétation antérieure ne peut plus s'appliquer. Cette opinion repose essentiellement sur le fait que la négation de l'accès constitue une négation du droit de présenter une défense pleine et entière.

^b Le juge Esson est d'avis que ce n'est pas le cas, estimant que l'accusé est simplement privé d'une possibilité d'écarter un élément de preuve pour un motif de forme. Il a formulé cette position comme suit, à la p. 151:

[TRADUCTION] Il s'ensuit, à mon avis, que le refus de la possibilité de démontrer un vice dans la procédure qui a mené à l'autorisation ne réduit pas le droit de présenter une défense pleine et entière ni le droit à un procès équitable. Il prive simplement l'accusé de la possibilité d'obtenir l'exclusion d'un élément de preuve pertinent pour un motif de forme. Cette possibilité n'est pas un droit protégé par la Constitution.

^c La présomption d'innocence exige que la poursuite prouve la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. Cela doit se faire au moyen

sible evidence. Part IV.1 provides that evidence of intercepted private communication is admissible only if lawfully obtained. To be admissible, the evidence must be obtained pursuant to an authorization that complies with the dictates of the provisions of Part IV.1. Under s. 8 of the *Charter*, the accused has acquired a constitutional right to be secure against unreasonable search or seizure. Because an unlawful search will be an unreasonable one, s. 8 also confers on the accused the right to challenge the lawfulness of a search or seizure of which the accused is the target. That right would be hollow if it did not permit access to the sealed packet. The absence of reasonable and probable grounds for the authorization is a basis for challenge under both the *Code* and the *Charter*.

Goodman J.A. in *Playford, supra*, summed it up as follows, at p. 187:

If, indeed, the authorization had been obtained on the basis of some substantive defect which made the authorization invalid, then the private communication is unlawfully intercepted and is inadmissible as evidence and the interception constitutes an unreasonable search contrary to s. 8 of the *Charter*.

Withholding information which enables the accused to assert the inadmissibility of evidence not only on statutory but constitutional grounds strikes me as going beyond depriving the accused of a technical ground. I prefer to characterize it in the language of Watt J. in *R. v. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260, at p. 273:

It is said that a critical aspect of the right to make full answer and defence, an incident of the constitutional right of fundamental justice guaranteed by s. 7 of the *Charter*, is the right to challenge the receivability of that portion of the prosecution's proof which is the primary evidence said to have been obtained by interceptions

The right to full answer and defence does not imply that an accused can have, under the rubric of the *Charter*, an overhaul of the whole law of evidence such that a statement inadmissible under, for instance, the hearsay exclusion, would be admissible if it tended to prove his or her innocence. (See *R. v. Williams* (1985), 44 C.R. (3d) 351 (Ont. C.A.)) But it does provide, in my view, that

d'une preuve admissible. La partie IV.1 prévoit qu'une communication privée n'est admissible en preuve que si elle a été interceptée légalement. Pour être admissible, la preuve doit avoir été obtenue en vertu d'une autorisation qui respecte les exigences de la partie IV.1. En vertu de l'art. 8 de la *Charte*, l'accusé a acquis un droit constitutionnel d'être protégé contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. Comme une fouille illégale sera généralement une fouille abusive, l'art. 8 confère aussi à l'accusé le droit de contester la légalité d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie dirigée contre l'accusé. Ce droit serait vide de sens s'il ne permettait pas l'accès au paquet scellé. L'absence de motifs raisonnables et probables pour l'autorisation est un moyen de contestation à la fois en vertu du *Code* et en vertu de la *Charte*.

Dans l'arrêt *Playford*, précité, le juge Goodman a résumé ainsi la situation, à la p. 187:

[TRADUCTION] Si, en fait, l'autorisation a été obtenue sur le fondement de quelque vice de fond qui a rendu l'autorisation invalide, la communication privée est alors interceptée illégalement et ne peut être admise en preuve, et l'interception constitue une fouille ou perquisition abusive contraire à l'art. 8 de la *Charte*.

Retenir des renseignements qui permettraient à l'accusé de faire valoir qu'une preuve est inadmissible non seulement en vertu de la loi mais aussi en vertu de la constitution me paraît aller plus loin que priver l'accusé d'un moyen de forme. Je préfère, pour le qualifier, reprendre ce que dit le juge Watt dans la décision *R. v. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260, à la p. 273:

[TRADUCTION] On dit qu'un aspect décisif du droit de préparer une défense pleine et entière, qui découle du droit constitutionnel à la justice fondamentale garanti par l'art. 7 de la *Charte*, est le droit de contester la recevabilité de la partie de la preuve de la poursuite qui est l'élément principal de preuve qu'on dit avoir été obtenu au moyen des interceptions . . .

Le droit à une défense pleine et entière ne signifie pas qu'un accusé peut obtenir, en vertu de la *Charte*, une révision de l'ensemble du droit de la preuve qui aille jusqu'à rendre admissible une affirmation qui ne le serait pas, par exemple en vertu des règles du oui-dire, parce qu'elle tend à prouver son innocence. (Voir *R. v. Williams* (1985), 44 C.R. (3d) 351 (C.A. Ont.)) Mais il

the accused be given the opportunity to test the admissibility of a piece of evidence according to the ordinary rules that govern the admissibility of the evidence. I am therefore of the view that s. 178.14(1)(a)(ii) ought to be interpreted so that an opportunity is provided to do so.

The same view of the right to full answer and defence was taken with respect to documents relating to search warrants. In *R. v. Hunter* (1987), 34 C.C.C. (3d) 14, Cory J.A., in delivering the judgment of the Court of Appeal, held that the material upon which the warrant was obtained should be produced to enable the accused to make full answer and defence. He added that the identity of police informers could be protected by careful editing.

We are dealing here with production of material in respect of an authorization that is spent. The concern with respect to disclosure of police informers and techniques will be addressed by the trial judge in determining the degree to which editing is required. This issue is discussed in my reasons in *Garofoli*, but two observations are appropriate. In the final analysis, the non-disclosure of informers and techniques is fully in control of the Crown. If dissatisfied with the degree of editing, the Crown always has the option of withdrawing tender of the evidence. Furthermore, as observed by the Court of Appeal in *Rowbotham*, *supra*, once disclosure becomes the rule, affidavits will be drawn in such a way that the police interest will be protected with a minimum of editing.

I do not agree with Esson J.A. that the view expressed above is an amendment to the statute. Section 178.14, as I have pointed out above, confers on a judge a wide-open discretion to order the packet to be opened. A series of cases has filled the gap in the legislation by reading in certain criteria for the exercise of that discretion in the case of an application for access by an accused person. Those criteria are very restrictive. A series of cases since the *Charter* has questioned those restrictions in light of the *Charter* guarantee of full answer and

signifie bien, à mon avis, qu'on doit accorder à l'accusé la possibilité de vérifier l'admissibilité d'un élément de preuve conformément aux règles ordinaires qui régissent l'admissibilité de la preuve. Je suis donc d'avis que le sous-al. 178.14(1)(a)(ii) devrait être interprété de manière à accorder cette possibilité.

Cette conception du droit à une défense pleine et entière a été adoptée à l'égard de documents relatifs à des mandats de perquisition. Rédigeant l'arrêt de la Cour d'appel *R. c. Hunter* (1987), 34 C.C.C. (3d) 14, le juge Cory a conclu que les documents en vertu desquels le mandat avait été obtenu devraient être produits pour permettre à l'accusé de préparer une défense pleine et entière. Il a ajouté que l'identité des informateurs de police pourrait être protégée par la révision attentive des textes.

Nous traitons ici de la production de documents relatifs à une autorisation expirée. Les préoccupations relatives à la divulgation de l'identité d'informateurs et de techniques policières seront examinées par le juge qui déterminera le degré de révision nécessaire des textes. J'analyse ce point dans mes motifs de l'arrêt *Garofoli*, mais deux observations s'imposent. En dernière analyse, la non-divulgation de l'identité des informateurs et des techniques est entièrement sous le contrôle du ministère public. S'il n'est pas satisfait de la révision des textes, le ministère public a toujours l'option de retirer cette preuve. En outre, comme l'a fait observer la Cour d'appel dans l'arrêt *Rowbotham*, précité, si la divulgation devient la règle, les affidavits seront rédigés de manière qu'une révision minimale des textes protégera les intérêts de la police.

Je ne partage pas l'avis du juge Esson que l'opinion qui précède constitue une modification de la loi. Comme je l'ai signalé, l'art. 178.14 confère à un juge un très large pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'ouverture du paquet. Une série de décisions a comblé les lacunes de la loi en ajoutant, par interprétation, certains critères pour l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, lorsque l'accusé demande l'accès au contenu. Ces critères sont très restrictifs. Une série de décisions postérieures à la *Charte* a mis en doute ces restrictions dans le

defence. They hold that this right requires disclosure to an accused. The judge still has a discretion but, in the case of an accused, it would not be judicially exercised and in conformity with the *Charter* right unless the application is granted. This does not affect the discretion in respect of a request by a target or a member of the public who is not an accused person, to which different considerations would apply. This is not an amendment to the section, but rather an alteration of the judicial interpretation placed on it in light of the *Charter*.

Accordingly, the question posed in the ground of appeal upon which leave was granted must be answered in the affirmative. *Prima facie* misconduct is not required to be shown by the accused applicant who seeks access to the sealed packet. The assertion, as in this case, that the admission of the evidence is challenged and that access is required in order to permit full answer and defence to be made is sufficient.

The application to open the sealed packet must be made in accordance with s. 178.14(1)(a)(ii). In some cases, the designated judge will not be the trial judge. It would be preferable to have the application before the trial judge and when the trial is before a judge referred to in s. 178.14(1)(a)(ii), the application should be to the trial judge. If not, the motion judge should simply make the order and refer the matter for editing (if necessary) and further disposition to the trial judge. The propriety of so doing is discussed in my reasons in *Garofoli*. It is to be hoped that this additional proceeding, which adds to the cost of litigation and serves no important purpose, will be eliminated by legislative amendment to enable the application in all cases to be made to the trial judge. No problem is presented in this case as the trial judge is a judge referred to in the section.

contexte du droit à une défense pleine et entière garanti par la *Charte*. Elles ont conclu que ce droit exige la divulgation à l'accusé. Le juge conserve un pouvoir discrétionnaire mais, dans le cas d'un accusé, il ne peut l'exercer judiciairement et conformément à la *Charte* qu'en accueillant la demande. Cela ne modifie pas son pouvoir discrétionnaire relatif à une demande présentée par une cible ou une personne qui n'est pas l'accusé, auxquelles des considérations différentes s'appliquent. Ce n'est pas une modification apportée à la loi; c'est plutôt une modification, eu égard à la *Charte* de l'interprétation que les tribunaux lui avaient donnée.

Par conséquent, la question posée dans le moyen d'appel pour lequel l'autorisation de pourvoi a été accordée doit recevoir une réponse affirmative. L'accusé requérant qui cherche à avoir accès au contenu du paquet scellé n'est pas tenu de faire la preuve *prima facie* de conduite répréhensible. L'affirmation, comme en l'espèce, que l'utilisation de la preuve est contestée et qu'il est nécessaire d'avoir accès au contenu du paquet pour préparer une défense pleine et entière, est suffisante.

La demande d'ouverture du paquet scellé doit être faite en conformité avec le sous-al. 178.14(1)(a)(ii). Dans certains cas, le juge désigné ne sera pas le juge du procès. Il serait préférable que la demande soit présentée au juge du procès et, lorsque le procès est présidé par un juge mentionné au sous-al. 178.14(1)(a)(ii), la demande devrait être présentée au juge du procès. Sinon, le juge des requêtes devrait simplement rendre une ordonnance renvoyant l'affaire au juge du procès pour révision des textes (le cas échéant) et autres directives. Le bien-fondé de cette démarche est analysé dans mes motifs de l'arrêt *Garofoli*. Il est à souhaiter que cette procédure supplémentaire, qui ajoute aux frais de justice et ne sert aucune fin importante, sera éliminée par une modification législative qui permettra que la demande soit, dans tous les cas, présentée au juge du procès. Il n'y a aucun problème en l'espèce car le juge du procès est un juge mentionné dans le sous-alinéa.

Disposition

The appeal is allowed and the order of Wetmore Co. Ct. J. is restored. Other matters consequent on the opening of the sealed packet are not in issue here. They will be dealt with in *Garofoli* and *Lachance* in the context of their specific facts.

The reasons of L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J.—This is one of a series of appeals relating to the electronic interception of private communications; the others in the series are *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490; and *R. v. Zito*, [1990] 2 S.C.R. 1520. I have read the reasons of Justice Sopinka in each of these appeals, and I explained in *Garofoli* how my approach to the interpretation of Part IV.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, leads me to a different conclusion with respect to a number of the questions that these appeals present. I now address the issue on this appeal in light of the approach I adopt in *Garofoli*.

The issue in this case is whether an accused is entitled to have access to the sealed packet, the contents of which provide the basis for the granting of an authorization to wiretap private communications. The appellants applied pursuant to s. 178.14(1)(a)(ii) of the *Criminal Code* for an order entitling them to access. Wetmore Co. Ct. J. granted access, but the order was overturned by Murray J., of the Supreme Court of British Columbia (1986), 32 C.C.C. (3d) 346, who held that the issuing court acted without jurisdiction in providing access to the sealed packet when the appellants had provided no evidence of a *prima facie* case of misconduct on the part of the applicant for the authorization. The British Columbia Court of Appeal unanimously dismissed an appeal from the judgment of Murray J. (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 145.

Dispositif

Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance du juge Wetmore de la Cour de comté est rétablie. Les autres questions découlant de l'ouverture du paquet scellé ne sont pas en cause ici. Elles sont examinées dans les arrêts *Garofoli* et *Lachance* dans le contexte de leurs faits particuliers.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—Il s'agit d'un seul parmi une série de pourvois portant sur l'interception électronique de communications privées; les autres sont *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490; et *R. c. Zito*, [1990] 2 R.C.S. 1520. J'ai pris connaissance des motifs rédigés par le juge Sopinka dans chacun de ces pourvois et j'ai expliqué dans l'affaire *Garofoli* comment mon interprétation de la partie IV.1 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, me fait aboutir à une conclusion différente sur un certain nombre de questions que présentent ces pourvois. Je vais maintenant aborder la question posée dans le présent pourvoi, selon la position que j'adopte dans l'arrêt *Garofoli*.

La question en l'espèce est de savoir si un accusé a le droit d'avoir accès au paquet scellé, dont le contenu sert de fondement à l'autorisation de mettre des communications privées sur écoute électronique. Les appelants ont demandé conformément au sous-al. 178.14(1)a)(ii) du *Code criminel* une ordonnance leur permettant d'y avoir accès. Le juge Wetmore de la Cour de comté a accueilli la demande, mais l'ordonnance a été infirmée par le juge Murray de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1986), 32 C.C.C. (3d) 346, qui a statué que la Cour de comté avait agi sans compétence en donnant accès au paquet scellé alors que les appelants n'avaient présenté aucune preuve *prima facie* de conduite répréhensible de la part de l'auteur de la demande d'autorisation. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté à l'unanimité un appel formé contre le jugement rendu par le juge Murray (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 145.

As I explained in my reasons in *Garofoli*, the question of whether or not the packet should be opened is a matter within the discretion of the judge hearing the application. The fundamental considerations are the interests of the accused in the protection of privacy and a fair trial, including the right to make full answer and defence, on the one hand; and the public interest in the administration of justice on the other. The judge in exercising his or her discretion must balance these considerations. Given the importance of the accused's right to make full answer and defence, the balance will generally fall in favour of opening the packet, subject to editing and special concerns for the administration of justice which may arise in particular cases.

In this case, Wetmore Co. Ct. J. heard the application to open the packet and he granted access. This was a matter within his discretion, and there is nothing here to suggest that the balance between the interests of the accused and the public interest in the administration of justice mandates any other conclusion. I would therefore allow the appeal and restore the order of Wetmore Co. Ct. J.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellants Dersch, Payne and Harris: K. S. Westlake, Vancouver.

Solicitors for the appellants Waller and Waller: Rubin & Associates, Vancouver.

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

Comme je l'ai expliqué dans mes motifs dans l'arrêt *Garofoli*, la question de savoir si le paquet devrait être ouvert ou non relève du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande. Les principaux facteurs à considérer sont, d'une part, les droits de l'accusé à la protection de sa vie privée et à un procès équitable, dont le droit de présenter une défense pleine et entière, et, d'autre part, l'intérêt du public dans la bonne administration de la justice. Le juge doit soupeser ces facteurs dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Vu l'importance du droit de l'accusé à une défense pleine et entière, la balance penchera généralement en faveur de l'ouverture du paquet, sous réserve de la révision des textes et de considérations spéciales en matière d'administration de la justice qui peuvent se présenter dans des cas particuliers.

En l'espèce, le juge Wetmore a instruit et accueilli la demande d'ouverture du paquet. Cette décision relevait de son pouvoir discrétionnaire, et rien ne laisse supposer que l'évaluation des droits de l'accusé et de l'intérêt du public dans l'administration de la justice exige une autre conclusion. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance rendue par le juge Wetmore.

Pourvoi accueilli.

Procureur des appelants Dersch, Payne et Harris: K. S. Westlake, Vancouver.

Procureurs des appelants Waller et Waller: Rubin & Associates, Vancouver.

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

The Attorney General of Canada Appellant

v.

Vincent Zito Respondent

INDEXED AS: R. v. ZITO

File No.: 21078.

1989: October 3; 1990: November 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Interception of private communications — Access to sealed packet — Whether accused entitled to inspect affidavit filed in support of wiretap authorization — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 178.14 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8.

Respondent was charged with trafficking in narcotics. The evidence against him consisted partly of intercepted private communications. During the *voir dire* to determine the admissibility of the wiretap evidence, the trial judge denied respondent's motion seeking to examine the affidavits filed in support of the wiretap authorizations. He found the wiretap evidence to be admissible and convicted respondent. The Court of Appeal found that respondent should have been granted access to the sealed packet, on the ground that an accused should be granted access on request, and ordered a new trial.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Lamer C.J. and La Forest, Sopinka and Gonthier JJ.: For the reasons given in *Dersch*, the Court of Appeal was correct in allowing the respondent's appeal and ordering a new trial.

Per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.: The question of whether the packet should be opened is a matter within the discretion of the judge hearing the application, who must balance the interests of the accused in the protection of privacy and a fair trial, including the right to make full answer and defence, with the public interest in the administration of justice. Given the importance of the accused's right to make full answer

* Chief Justice at the time of hearing.

** Chief Justice at the time of judgment.

Le procureur général du Canada Appellant

c.

Vincent Zito Intimé

a

RÉPERTORIÉ: R. c. ZITO

N° du greffe: 21078.

1989: 3 octobre; 1990: 22 novembre.

b

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

c

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

d

Droit criminel — Interception de communications privées — Accès au paquet scellé — L'accusé a-t-il le droit d'examiner l'affidavit déposé à l'appui d'une demande d'autorisation d'écoute électronique? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 178.14 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8.

e

L'intimé a été accusé de trafic de stupéfiants. La preuve contre lui était composée en partie de communications privées interceptées. Au cours du *voir-dire* tenu pour déterminer l'admissibilité de la preuve obtenue par écoute électronique, le juge du procès a rejeté la requête de l'intimé visant à l'examen des affidavits déposés à l'appui des autorisations d'écoute électronique. Il a conclu à l'admissibilité de cette preuve et a déclaré l'intimé coupable. La Cour d'appel a conclu qu'on aurait dû accorder à l'intimé l'accès au contenu du paquet scellé, pour le motif que l'accès devrait être accordé à l'accusé sur demande, et elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

g

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

h

Le juge en chef Dickson, le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka et Gonthier: Pour les motifs exposés dans l'arrêt *Dersch*, la Cour d'appel a eu raison d'accueillir l'appel de l'intimé et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

i

Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin: La question de savoir si le paquet devrait être ouvert relève du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande, qui doit soupeser, d'une part, les droits de l'accusé à la protection de sa vie privée et à un procès équitable, dont le droit de présenter une défense pleine et entière, et, d'autre part, l'intérêt du public dans la bonne administration de la justice. Vu l'importance du droit de l'ac-

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

** Juge en chef à la date du jugement.

and defence, the balance will generally fall in favour of opening the packet, subject to editing and special concerns for the administration of justice which may arise in particular cases. Here there should be a new trial and access to the packet will be a matter within the discretion of the judge hearing the application for access. Absent special concerns for the administration of justice, it may be predicted that the balance between the interests of respondent and the public interest in the administration of justice will result in the granting of access.

Cases Cited

By Sopinka J.

Applied: *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; **referred to:** *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490.

By McLachlin J.

Referred to: *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part IV.1 [ad. 1973-74, c. 50, s. 2], s. 613(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1988] R.J.Q. 1539, 17 Q.A.C. 35, 42 C.C.C. (3d) 565, 63 C.R. (3d) 295, allowing the respondent's appeal from his conviction on a charge of trafficking in narcotics and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Jacques Malbœuf, Q.C., for the appellant.

Francis Brabant, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer C.J. and La Forest, Sopinka and Gonthier JJ. was delivered by

SOPINKA J.—The respondent was convicted of trafficking in narcotics by a judge of the Court of Sessions of the Peace. His appeal to the Quebec Court of Appeal was allowed, and a new trial was ordered. The Crown's appeal to this Court was heard as part of a series of wiretap cases together

cusé à une défense pleine et entière, la balance penchera généralement en faveur de l'ouverture du paquet, sous réserve de la révision des textes et de considérations spéciales en matière d'administration de la justice qui peuvent se présenter dans des cas particuliers. En l'espèce, il devrait y avoir un nouveau procès et la question de l'accès au contenu du paquet relèvera du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande d'accès. En l'absence de considérations spéciales en matière d'administration de la justice, on peut prédire que l'évaluation des droits de l'intimé et de l'intérêt du public dans l'administration de la justice aboutira à une autorisation d'accès.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêt appliqué: *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; **arrêts mentionnés:** *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490.

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, partie IV.1 [aj. 1973-74, ch. 50, art. 2], art. 613(1)(b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1988] R.J.Q. 1539, 17 Q.A.C. 35, 42 C.C.C. (3d) 565, 63 C.R. (3d) 295, qui a accueilli l'appel de l'intimé contre sa déclaration de culpabilité relativement à une accusation de trafic de stupéfiants et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Jacques Malbœuf, c.r., pour l'appellant.

Francis Brabant, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Dickson, du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka et Gonthier rendu par

LE JUGE SOPINKA—Un juge de la Cour des sessions de la paix a reconnu l'intimé coupable de trafic de drogues. La Cour d'appel du Québec a accueilli l'appel de cette décision et a ordonné un nouveau procès. Le pourvoi du ministère public devant notre Cour a été entendu en même temps

with *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; and *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490. The issue in this case is substantially the same as the issue raised in *Dersch*: whether the accused is entitled to access to the sealed packet containing the information which forms the basis for a wiretap authorization.

The evidence against the respondent mainly consisted of intercepted private communications and the testimony of certain police officers who saw the respondent meet with one Picard minutes before Picard removed bags containing approximately 10 kilograms of cocaine from a locker in a shopping mall.

During the *voir dire* to determine the admissibility of the wiretaps, the trial judge denied the respondent's motion seeking to examine the affidavits which were filed in support of the wiretap authorizations. The Court of Appeal *per* McCarthy J.A. adopted the reasoning of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1, to the effect that an accused person should be granted access to the sealed packet upon request. McCarthy J.A. declined to invoke s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, because he was not satisfied that the verdict would necessarily have been the same in the absence of the wiretap evidence. The Court of Appeal did not itself open the sealed packet because the respondent made no such request. It therefore allowed the appeal and ordered a new trial: [1988] R.J.Q. 1539, 17 Q.A.C. 35, 42 C.C.C. (3d) 565, 63 C.R. (3d) 295.

For the reasons I express in *Dersch* and the reasons of McCarthy J.A., I conclude that the Court of Appeal was correct in its judgment. I would dismiss the appeal, and affirm order of the Court of Appeal directing a new trial.

The reasons of L'Heureux-Dubé and McLachlin J.J. were delivered by

MCLACHLIN J.—This is another in a series of wiretap cases which also includes *R. v. Garofoli*,

qu'une série de pourvois relatifs à l'écoute électronique, savoir *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; et *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490. La question en litige ici est en substance la même que dans le pourvoi *Dersch*: l'accusé a-t-il le droit d'avoir accès au paquet scellé qui contient les renseignements qui servent de fondement à une autorisation d'écoute électronique?

La preuve contre l'intimé était principalement composée de communications privées interceptées et du témoignage de certains agents de police qui l'ont vu rencontrer un nommé Picard quelques minutes avant que ce dernier enlève de la consigne automatique d'un centre commercial des sacs contenant environ 10 kilogrammes de cocaïne.

Au cours du voir-dire tenu pour déterminer l'admissibilité des communications interceptées, le juge du procès a rejeté la requête de l'intimé visant à l'examen des affidavits déposés à l'appui des autorisations d'écoute électronique. Le juge McCarthy, au nom de la Cour d'appel, a adopté le raisonnement de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1, suivant lequel on devrait, sur demande, accorder à un accusé l'accès au contenu du paquet scellé. Le juge McCarthy a refusé d'appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, parce qu'il n'était pas convaincu que, en l'absence de la preuve obtenue par écoute électronique, le verdict aurait nécessairement été le même. La Cour d'appel n'a pas ouvert le paquet scellé parce que l'intimé ne l'avait pas demandé. Elle a donc accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès: [1988] R.J.Q. 1539, 17 Q.A.C. 35, 42 C.C.C. (3d) 565, 63 C.R. (3d) 295.

Pour les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *Dersch* et pour les motifs du juge McCarthy, je conclus que l'arrêt de la Cour d'appel est bien fondé. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordre de la Cour d'appel visant à la tenue d'un nouveau procès.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—Il s'agit d'une autre d'une série d'affaires d'écoute électronique com-

[1990] 2 S.C.R. 1421; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; and *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490. I have read the reasons of Justice Sopinka in each of these appeals, and I explained in my reasons in *Garofoli* how my approach to the interpretation of Part IV.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, differs from his. Consistent with the position I adopt in *Garofoli*, I must make a brief comment on the issue raised by this case.

The issue in this case is whether an accused is entitled to access to the sealed packet, the contents of which form the basis of an authorization to wiretap private communications. As I explained in my reasons in *Garofoli*, the question of whether or not the packet should be opened is within the discretion of the judge hearing the application. The fundamental considerations are the interests of the accused in protection of privacy and a fair trial, including the right to make a full answer and defence, on the one hand; and the public interest in the administration of justice on the other. The judge in exercising his or her discretion must balance these considerations. Given the importance of the accused's right to make a full answer and defence, the balance will generally fall in favour of opening the packet, subject to editing and special concerns for the administration of justice which may arise in particular cases.

In this case, the trial judge denied the respondent's motion for access to the packet. The Court of Appeal, however, held that an accused person should be granted access to the sealed packet upon request. It therefore allowed the appeal and ordered a new trial; it did not itself open the sealed packet because it had not been requested to do so. I agree that there should be a new trial. I add, however, that for the new trial access to the packet will be a matter within the discretion of the judge hearing the application for access. Nevertheless, absent special concerns for the administration of justice, it may be predicted that the balance be-

prenant également *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; et *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490. J'ai pris connaissance des motifs rédigés par le juge Sopinka dans chacun de ces pourvois et j'ai expliqué dans mes motifs de l'arrêt *Garofoli* comment mon interprétation de la partie IV.1 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, diffère de la sienne. Conformément à la position que j'adopte dans l'arrêt *Garofoli*, je dois faire de brèves observations sur la question soulevée par la présente affaire.

La question en l'espèce est de savoir si un accusé a le droit d'avoir accès au paquet scellé, dont le contenu sert de fondement à l'autorisation de mettre des communications privées sur écoute électronique. Comme je l'ai expliqué dans mes motifs de l'arrêt *Garofoli*, la question de savoir si le paquet devrait être ouvert ou non relève du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande. Les principaux facteurs à considérer sont, d'une part, les droits de l'accusé à la protection de sa vie privée et à un procès équitable, dont le droit de présenter une défense pleine et entière, et, d'autre part, l'intérêt du public dans la bonne administration de la justice. Le juge doit soupeser ces facteurs dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Vu l'importance du droit de l'accusé à une défense pleine et entière, la balance penchera généralement en faveur de l'ouverture du paquet, sous réserve de révision des textes et de considérations spéciales en matière d'administration de la justice qui peuvent se présenter dans des cas particuliers.

En l'espèce, le juge du procès a refusé à l'intimé l'accès au contenu du paquet. La Cour d'appel a toutefois décidé qu'un accusé devrait avoir accès au paquet scellé sur demande. Elle a donc accueilli l'appel et a ordonné la tenue d'un nouveau procès; elle n'a pas ouvert elle-même le paquet scellé, car on ne le lui avait pas demandé. Je suis d'accord pour dire qu'il devrait y avoir un nouveau procès. J'ajouterai cependant que, dans le cas du nouveau procès, la question de l'accès au contenu du paquet relèvera du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande d'accès. Néanmoins, en l'absence de considérations spéciales en matière d'administra-

tween the interests of the respondent and the public interest in the administration of justice will result in the granting of access.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: John C. Tait, Montréal.

Solicitors for the respondent: Leithman, Goldenberg & Girouard, Montréal.

tion de la justice, on peut prédire que l'évaluation des droits de l'intimé et de l'intérêt du public dans l'administration de la justice aboutira à une autorisation d'accès.

^a Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appellant: John C. Tait, Montréal.

^b *Procureurs de l'intimé: Leithman, Goldenberg & Girouard, Montréal.*

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

Judicial review – Canadian Import Tribunal – Subsidizing of grain corn in U.S. – Tribunal holding that subsidies causing or likely to cause material injury to Canadian production – Whether Tribunal's decision patently unreasonable – Interpretation of s. 42 of Special Import Measures Act, S.C. 1984, c. 25 – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.

NATIONAL CORN GROWERS ASSN. v. CANADA (IMPORT TRIBUNAL), 1324.

APPEAL

1. Mootness – Young offender challenging constitutionality of Ontario's alternative measures program on basis that it infringes ss. 15(1) and 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms – Supreme Court of Canada holding in concurrent judgment that s. 4 of Young Offenders Act does not oblige provinces to implement such program – Issue raised in this appeal rendered moot by Supreme Court of Canada's judgment – Admission criteria set out in Ontario's program not infringing ss. 15(1) and 7 of the Charter.

R. v. S. (G.), 294.

R. v. P. (J.), 300.

R. v. T. (A.), 304.

R. v. B. (J.), 307.

2. Divorce – Supreme Court of Canada – Application for leave to appeal filed within time limit set by Court but granted after time expired – Whether leave to appeal granted out of time – Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 18(2).

LACROIX v. VALOIS, 1259.

3. Divorce – Supreme Court of Canada – Leave to appeal – Whether s. 41 of Supreme Court Act and s. 18(1) of Divorce Act can both be relied on in same case to obtain leave to appeal – Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 41(1) – Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 18(1).

LACROIX v. VALOIS, 1259.

4. Divorce – Court of Appeal – Applicable rules – Divorce decree granting compensatory allowance and lump sum – Notice of appeal filed pursuant to provisions of Divorce Act, not provisions of Code of Civil Procedure – Whether filing of appeal inscription pursuant to Divorce Act valid with respect to compensatory allowance – Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 17(3) – Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 495 – Civil Code of Quebec, art. 559.

LACROIX v. VALOIS, 1259.

CIVIL PROCEDURE

1. Exceptions to dismiss action – *Lis pendens* – Action for damages for unfair trade practices based on federal combines legislation brought in Federal Court – Action for damages for unfair trade practices based on Civil Code subsequently brought in Superior Court while action in Federal Court still pending – Whether action in Superior Court should be dismissed on ground of *lis pendens* – Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 165 – Civil Code of Lower Canada, art. 1053 – Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 31.1(1).

ROCOIS CONSTRUCTION INC. v. QUÉBEC READY MIX INC., 440.

2. Commencement of proceedings – Application challenging constitutionality of Rules permitting assessment of costs against solicitors – Application made absent factual basis – Whether or not application can be brought absent factual basis – Rules of Civil Procedure, Rules 14.05(3)(h), 15.02(1), (3), 37.03(6), 57.07.

DANSON v. ONTARIO (ATTORNEY GENERAL), 1086.

CIVIL RIGHTS

1. Freedom of religion – Adverse effect discrimination – Employer requiring work on Monday because of demands imposed by nature of business – Employee's religion requiring observance of Easter Monday – Whether the employer's rule could be upheld as a bona fide occupational qualification – If not, whether respondent could demonstrate accommodation of complainant's religious beliefs up to the point of undue hardship – If so, whether the respondent reasonably accommodated the complainant's religious beliefs – Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, s. 7(1), (3).

CENTRAL ALBERTA DAIRY POOL v. ALBERTA (HUMAN RIGHTS COMMISSION), 489.

2. Search and seizure – Bankruptcy – Bankruptcy Act providing for authorization of searches in limited circumstances related to bankruptcy – Whether public authorities can also resort to s. 443 of Criminal Code to obtain a search and seizure warrant where Bankruptcy Act applies – Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, s. 6 – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 443.

R. v. MULTIFORM MANUFACTURING CO., 624.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights – Fundamental justice – Right to silence – Scope of right to silence – Accused refusing to make statements to police after consulting counsel – Accused later making inculpatory statements to undercover police officer

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

placed in his cell – Whether accused's right to remain silent infringed – If so, whether statements admissible – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(2).

R. v. HEBERT, 151.

2. Charter of Rights – Waiver – Right to silence – Whether doctrine of waiver applies to right to silence – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

R. v. HEBERT, 151.

3. Charter of Rights – Reasonable limits – Accused refusing to make statements to police after consulting counsel – Accused later making inculpatory statements to undercover police officer placed in his cell – Violation of accused's right to remain silent – Whether limit imposed on accused's right to remain silent “prescribed by law” within the meaning of s. 1 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. HEBERT, 151.

4. Charter of Rights – Admissibility of evidence – Bringing administration of justice into disrepute – Accused refusing to make statements to police after consulting counsel – Accused later making inculpatory statements to undercover police officer placed in his cell – Violation of accused's right to remain silent – Whether statements should be excluded pursuant to s. 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. HEBERT, 151.

5. Charter of Rights – Freedom of expression – Profession restricting members' advertising – Whether or not restrictions an infringement of freedom of expression – If so, whether or not restrictions justified – Regulation 447 of the Health Disciplines Act, R.R.O. 1980, ss. 37(39), (40) – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).

ROCKET V. ROYAL COLLEGE OF DENTAL SURGEONS OF ONTARIO, 232.

6. Distribution of legislative powers – Young Offenders Act – Alternative measures – Provinces permitted under s. 4 of Young Offenders Act to implement alternative measures programs for young offenders – Whether s. 4 *intra vires* Parliament – Whether s. 4 encroaches upon provincial jurisdiction over child welfare – Whether s. 4 is unconstitutional delegation of Parliament's authority over criminal law – Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(13) – Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, s. 4.

R. v. S. (S.), 254.

7. Charter of Rights – Equality before the law – Discrimination on basis of province of residence – Ontario failing to implement alternative measures programs pursuant to s. 4 of the Young Offenders Act – Whether Ontario's failure to implement such programs infringes s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms – Whether s. 4 of the Act infringes s. 15(1) of the Charter – Impact of s. 15(1) of Charter on distinctions based upon province of residence in the application of a valid federal law.

R. v. S. (S.), 254.

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

8. Charter of Rights – Equality before the law – Fundamental justice – Eligibility for Ontario's alternative measures program based upon nature of offences charged against young offender – Admission criteria set out in Ontario's program not infringing ss. 15(1) and 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms – Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, s. 4.

R. v. S. (G.), 294.

R. v. P. (J.), 300.

R. v. T. (A.), 304.

R. v. B. (J.), 307.

9. Division of powers – Taxation and criminal law powers – Offences alleged as defined in s. 239 of Income Tax Act – Search warrants issued under s. 231.3 of Income Tax Act – Application to quash – Whether or not issuing judge had jurisdiction to review – Whether or not ss. 231.3 and 239 of the Income Tax Act derive their constitutional validity from the federal government's taxing power or from its criminal law power.

KNOX CONTRACTING LTD. V. CANADA, 338.

10. Charter of Rights – Freedom of association – Collective bargaining – Territorial legislation requiring employee association to be incorporated by statute in order to bargain collectively – Whether territorial legislation infringes freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – If so, whether limitation on freedom of association justifiable under s. 1 of Charter – Public Service Act, R.S.N.W.T. 1974, c. P-13, s. 42(1)(b).

PROFESSIONAL INSTITUTE OF THE PUBLIC SERVICE OF CANADA V. NORTHWEST TERRITORIES (COMMISSIONER), 367.

11. Charter of Rights – Fundamental justice – Constructive murder – Whether s. 213(a) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter – If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 213(a), (d) – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d).

R. v. MARTINEAU, 633.

12. Charter of Rights – Fundamental justice – Constructive murder – Whether s. 213(a) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter – If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d) – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 213(a).

R. v. RODNEY, 687.

13. Charter of Rights – Fundamental justice – Constructive murder – Whether s. 213(a) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter – If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter – Whether s. 214(5) of the Criminal Code violates s. 7 of the Charter – If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter – Canadian Charter

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d) – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 213(a), 214(5).

R. v. ARKELL, 695.

14. Charter of Rights – Fundamental justice – Constructive murder – Whether s. 213(a) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter – If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter – Whether s. 214(5)(e) of the Criminal Code violates ss. 7, 9 or 12 of the Charter – If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9 – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 213(a), 214(5)(e).

R. v. LUXTON, 711.

15. Charter of Rights – Fundamental justice – Constructive murder – Killing occurring during robbery by an accomplice – Whether s. 21(2) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter – If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d) – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 21(2).

R. v. LOGAN, 731.

16. Charter of Rights – Right to life, liberty and security of the person – Right to be presumed innocent – Constructive murder – Whether s. 213(a) of the Criminal Code contravened ss. 7 and/or 11(d) of the Charter – If so, whether justified under s. 1 of the Charter – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 213(a) – Canadian Charter Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d).

R. v. J.(J.T.), 755.

17. Applicability of provincial statute – Transportation – Sightseeing service offered by federal commission on park territory administered by it – Carrier hired by commission not holding transport permit required by provincial transport legislation – Whether provincial legislation applies to federal commission, to its sightseeing transportation service or to carrier – Transport Act, R.S.Q., c. T-12, ss. 3, 4, 4.1, 5, 5.1, 32, 36, 40, 43 – Bus Transport Regulation, (1987) 119 G.O. II 24, ss. 1, 12, 17, 21, 30, 31 – Government Property Traffic Act, R.S.C., 1985, c. G-6 – Government Property Traffic Regulations, C.R.C. 1978, c. 887, ss. 3, 5, 6 – Act respecting the National Battlefields at Quebec, S.C. 1908, c. 57.

COMMISSION DE TRANSPORT DE LA COMMUNAUTÉ URBAINE DE QUÉBEC v. CANADA (NATIONAL BATTLEFIELDS COMMISSION), 838.

18. Charter of Rights – Fundamental justice – Care or control of motor vehicle while impaired – Impairment element of offence – Defence of intoxication unavailable – Whether unavailability of defence of intoxication infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms – If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 234(1).

R. v. PENNO, 865.

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

19. Charter of Rights – Presumption of innocence – Care or control of motor vehicle while impaired – Impairment element of offence – Defence of intoxication unavailable – Whether unavailability of defence of intoxication infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms – If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 234(1).

R. v. PENNO, 865.

20. Charter of Rights – Fundamental justice – Life, liberty and security of person – Criminal Code prohibiting sexual intercourse with a female person under the age of fourteen years – Absolute liability offence – Whether s. 146(1) of the Code infringes s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – If so, whether infringement justifiable under s. 1 of the Charter.

R. v. HESS; R. v. NGUYEN, 906.

21. Charter of Rights – Equality before the law – Criminal Code prohibiting sexual intercourse with a female person under the age of fourteen years – Whether s. 146(1) of the Code infringes s. 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – If so, whether infringement justifiable under s. 1 of the Charter.

R. v. HESS; R. v. NGUYEN, 906.

22. Charter of Rights – Charter litigation – Factual basis – Proceedings brought by way of application to enforce Charter rights – Application not supported by facts – Whether or not Charter action can be brought absent factual basis – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 15 – Constitution Act, 1867, s. 92(14) – Constitution Act, 1982, s. 52 – Rules of Civil Procedure, Rules 14.05(3)(h), 15.02(1), (3), 37.03(6), 57.07.

DANSON v. ONTARIO (ATTORNEY GENERAL), 1086.

23. Language rights – Alberta courts – Federal offence – Whether accused has a right to use the French language in proceedings before the Alberta courts – The North-West Territories Act, R.S.C. 1886, c. 50, s. 110.

R. v. PAQUETTE, 1103.

24. Charter of Rights – Unreasonable search and seizure – Interception of private communications – Authorizations permitting private communications to be intercepted at all places resorted to by named persons within the province – Surreptitious entry into residential premises to install intercepting devices – Intercepting devices installed on public pay telephones – No conditions included in authorizations to protect public interest – Whether authorizations violate s. 8 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – If so, whether communications intercepted under authorizations should be excluded pursuant to s. 24(2) of the Charter – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part IV.1.

R. v. THOMPSON, 1111.

25. Charter of Rights – Trial within a reasonable time – Delay of almost two years in bringing case to trial following committal – Delay resulting chiefly from institutional problems

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

– Whether right to be tried within reasonable time infringed – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

R. v. ASKOV, 1199.

26. Charter of Rights – Cruel and unusual punishment – Indeterminate sentence – Necessary psychiatric treatment not available – Parole repeatedly denied – Whether or not Parole Board erred in refusing to release prisoner – Whether or not flaw in operation of the parole review process – Whether or not flaw amounting to cruel and unusual punishment – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 12, 24(1) – Parole Act, R.S.C., 1985, c. P-2, s. 16(1)(a) – Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 761(2).

STEELE v. MOUNTAIN INSTITUTION, 1385.

27. Charter of Rights – Unreasonable search and seizure – Interception of private communications – Judge failing to include minimization clause in wiretap authorizations – Whether authorizations violate s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. GAROFOLI, 1421.

29. Charter of Rights – Unreasonable search and seizure – Interception of private communications – Judge failing to include minimization clause in wiretap authorization – Whether authorization violates s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. LACHANCE, 1490.

CONTEMPT OF COURT

Ministers of Crown failing to comply with Federal Court's order requiring production of file within specified time – Order served on Ministers' solicitor but not on Ministers personally – Whether Ministers can be held liable in contempt – Whether Ministers vicariously liable – Federal Court Rules, C.R.C. 1978, c. 663, Rules 308, 311, 355.

BHATNAGER v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION), 217.

COPYRIGHT

1. Infringement – Computer programs – Silicon chips – Computer manufacturer holding registered copyright in operating system programs etched into silicon chips – Whether computer programs embodied in silicon chips continue to be protected by copyright – Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30, s. 3(1).

APPLE COMPUTER, INC. v. MACKINTOSH COMPUTERS LTD.; APPLE COMPUTER, INC. v. 115778 CANADA INC., 209.

2. Infringement – Prerecording of song for broadcast purposes – Whether right to broadcast a musical work includes the incidental right to make an “ephemeral” recording beforehand

COPYRIGHT—Concluded

– Whether composer implicitly consented to ephemeral recordings in granting a licence to broadcast performances of his work – Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30, ss. 2, 3(1), 17(1).

BISHOP v. STEVENS, 467.

COURTS

1. Jurisdiction – Search warrants – Offences alleged as defined in s. 239 of Income Tax Act – Search warrants issued under s. 231.3 of Income Tax Act – Application to quash – Whether or not issuing judge had jurisdiction to review – Whether or not ss. 231.3 and 239 of the Income Tax Act derive their constitutional validity from the federal government's taxing power or from its criminal law power.

KNOX CONTRACTING LTD. v. CANADA, 338.

2. Jurisdiction – Mootness – Courts below considering issue in absence of factual situation – Fresh evidence adduced in Supreme Court of Canada – Whether the legal issue considered by the courts below rendered moot by the appellant's introduction of fresh evidence here.

DANSON v. ONTARIO (ATTORNEY GENERAL), 1086.

CRIMINAL LAW

1. Evidence – Witnesses – Corroboration – Evidence of children – Criminal Code requiring that unsworn evidence of a child be corroborated in a material particular by evidence that implicates the accused – Whether there is corroboration in law if the evidence is corroborated with respect to the occurrence of the event but not with respect to the identity of the accused – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 586.

R. v. B. (G.), 3.

2. Sexual offences – Time of offence – Trial judge finding that date of offence had not been established – Whether time an essential element of offence – Whether trial judge erred in refusing to amend information – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 529(4.1).

R. v. B. (G.), 30.

3. Sexual offences – Information – Amendment – Trial judge finding that date of offence had not been established – Whether time an essential element of offence – Whether trial judge erred in refusing to amend information – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 529(4.1).

R. v. B. (G.), 30.

4. Appeals – Powers of court of appeal – Crown appeal against acquittal – Criminal Code providing that Crown may appeal an acquittal on a question of law alone – Whether Court of Appeal exceeded its jurisdiction in overturning acquittals and ordering a new trial – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 605(1), 613(4).

R. v. B. (G.), 57.

CRIMINAL LAW—Continued

5. Charge to the jury – Warning adequate with respect to testimony of unsavoury witnesses – Theory of defence adequately set forth – Request of jury for transcripts of evidence properly dealt with in the circumstances.

R. v. OSTROWSKI, 82.

6. Young offenders – Alternative measures – Ontario choosing not to implement alternative measures programs – Whether s. 4 of Young Offenders Act imposes mandatory obligation on provinces to authorize such programs – Whether s. 4 *intra vires* Parliament – Whether Ontario's failure to implement alternative measures programs infringes a young offender's right to equality before the law under s. 15 of Canadian Charter of Rights and Freedoms – Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, ss. 3, 4.

R. v. S. (S.), 254.

7. Constructive murder – Whether s. 213(a) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter – If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter.

R. v. MARTINEAU, 633.

8. Constructive murder – Whether s. 213(a) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter – If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter.

R. v. RODNEY, 687.

9. Constructive murder – Whether s. 213(a) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter – If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter – Whether s. 214(5) of the Criminal Code violates s. 7 of the Charter – If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter.

R. v. ARKELL, 695.

10. Constructive murder – Whether s. 213(a) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter – If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter – Whether s. 214(5)(e) of the Criminal Code violates ss. 7, 9 or 12 of the Charter – If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter.

R. v. LUXTON, 711.

11. Constructive murder – Whether s. 21(2) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter – If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter.

R. v. LOGAN, 731.

12. Constructive murder – Whether s. 213(a) of the Criminal Code contravenes ss. 7 and/or 11(d) of the Charter – If so, whether justified under s. 1 of the Charter

R. v. J.(J.T.), 755.

13. Young offenders – Evidence – Admissibility of statements and actions – Admissibility dependant on safeguards provided in Young Offenders Act being met – Act providing that adult relative be present – Mature 17-year-old interrogated by police – Youth charged with murder after oral inculpatory statement made – Youth then asked if wanted to contact lawyer and to have adult relative present – Adult relative attended briefly and youth advised by lawyer – Interrogation continued

CRIMINAL LAW—Continued

without either lawyer or adult relative present – More oral inculpatory statements made – Youth declined to make written statement – Whether oral inculpatory statements admissible – Whether compliance with s. 56 of the Young Offenders Act – Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, s. 56.

R. v. J.(J.T.), 755.

14. Defences – Intoxication – Care or control of motor vehicle while impaired – Impairment element of offence – Whether intoxication defence to charge – Specific or general intent offence – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 234(1), 237(1)(a).

R. v. PENNO, 865.

15. Sexual offences – Sexual intercourse with female under fourteen – Whether s. 146(1) of the Criminal Code infringes the guarantee of fundamental justice under s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms or the right to equality before the law under s. 15 of the Charter.

R. v. HESS; R. v. NGUYEN, 906.

16. Procedure – Language rights – Alberta courts – Possession of a narcotic for the purpose of trafficking – Whether accused has a right to use the French language in proceedings before the Alberta courts – The North-West Territories Act, R.S.C. 1886, c. 50, s. 110.

R. v. PAQUETTE, 1103.

17. Corroboration – Evidence – Sexual assault causing bodily harm – Complainant a minor – Note written by complainant 45 minutes after incident not part of *res gestae* and therefore inadmissible – Other evidence of sufficient confirmatory weight, including emotional state following assault – Conviction affirmed.

R. v. HUANG, 1105.

18. Charge to jury – First degree murder – Premeditation – Whether trial judge misdirected jury.

R. v. TREMBLAY, 1106.

19. Impaired driving – Care or control of a motor vehicle – Whether the offence of having care or control of a motor vehicle with a blood alcohol level of over .08 is included in the offence of driving a motor vehicle with a blood alcohol level of over .08.

R. v. DROLET, 1107.

20. Stay of proceedings – Allegation that Charter right to fair trial infringed – Accused unable to communicate with court and incapable of understanding charge – Stay granted but set aside on appeal – Appellant unable to show trial judge not appropriate forum for application.

R. v. SHUPE, 1108.

21. Interception of private communications – Validity of authorization – Sufficiency of description – Places of interception: public pay phones and residential premises – Authorizations permitting private communications to be intercepted at all places resorted to by named persons within the province – Whether authorizations valid – Whether public pay telephones

CRIMINAL LAW—Continued

should be specifically mentioned on face of authorizations – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.12(1)(e), 178.13(2)(c), 178.16(1).

R. v. THOMPSON, 1111.

22. Interception of private communications – Validity of authorization – Renewal or new authorization – Police obtaining new authorization prior to expiration of original authorization – New authorization including new parties and locations for surveillance – Whether appropriate to seek new authorization rather than renewal – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part IV.1.

R. v. THOMPSON, 1111.

23. Interception of private communications – Admissibility of evidence – Proof of resorting to a place – Authorizations permitting private communications to be intercepted at all places resorted to by named persons within the province – Whether intercepted private communication in itself can afford evidence that a person resorted to “a place” – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part IV.1.

R. v. THOMPSON, 1111.

24. Criminal law – Right to silence – Evidence of accused’s silence in face of incriminating question – Trial judge neglecting request by both counsel to instruct jury to ignore evidence bearing on accused’s silence – Whether or not right to silence infringed.

R. v. CHAMBERS, 1293.

25. Murder – First degree murder – Murder during commission of other offences – Husband holding wife at gunpoint for substantial period of time – Wife shot when leaving house – Whether murder took place during or after cessation of forcible confinement – Whether trial judge erred in failing to instruct jury on this issue.

R. v. FRANCELLA, 1420.

26. Interception of private communications – Access to sealed packet – Validity of wiretap authorizations – Grounds for challenging authorizations and appropriate remedies – Protection of identity of informers – Editing of affidavits – Entitlement of accused to cross-examine on affidavits – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part IV.1.

R. v. GAROFOLI, 1421.

27. Interception of private communications – Admissibility of evidence – Relationship between s. 178.16 of Criminal Code and s. 24(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. GAROFOLI, 1421.

28. Interception of private communications – Access to sealed packet – Validity of wiretap authorizations – Grounds for challenging authorizations and appropriate remedies – Protection of identity of informers – Editing of affidavits – Entitlement of accused to cross-examine on affidavits – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part IV.1.

R. v. LACHANCE, 1490.

CRIMINAL LAW—Concluded

29. Interception of private communications – Admissibility of evidence – Relationship between s. 178.16 of Criminal Code and s. 24(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. LACHANCE, 1490.

30. Interception of private communications – Access to sealed packet – Whether accused must show prima facie misconduct by applicant before being able to inspect affidavit filed in support of wiretap authorization – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 178.14 – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8.

DERSCH v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 1505.

31. Interception of private communications – Access to sealed packet – Whether accused entitled to inspect affidavit filed in support of wiretap authorization – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 178.14 – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8.

R. v. ZITO, 1520.

CUSTOMS AND EXCISE

Subsidies and countervailing duties – Subsidization of grain corn in U.S. – Whether subsidies causing or likely to cause material injury to Canadian production – Interpretation of s. 42 of Special Import Measures Act, S.C. 1984, c. 25.

NATIONAL CORN GROWERS ASSN. v. CANADA (IMPORT TRIBUNAL), 1324.

DIVORCE

Lump sum – Waiver – Order granting lump sum set aside by Court of Appeal – Minutes of trial indicating that wife waived “any claim for an alimentary pension, limiting herself to an allowance” of \$55,000 – Whether wife waived any claim of an alimentary nature – Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 11.

LACROIX v. VALOIS, 1259.

EVIDENCE

1. Confessions – Admissibility – Accused refusing to make statements to police after consulting counsel – Accused later making inculpatory statements to undercover police officer placed in his cell – Violation of accused’s right to remain silent – Whether statements admissible – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. v. HEBERT, 151.

2. Witnesses – Evidence of children – Evidence Act permitting child of tender years to give unsworn evidence – Whether trial judge erred in ruling that four-and-a-half-year-

EVIDENCE—Concluded

old child incompetent to give such testimony in sexual assault case – Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 16.

R. v. KHAN, 531.

3. Exceptions to hearsay rule – Spontaneous declarations – Child making statements to her mother fifteen minutes after alleged sexual assault – Whether such statements admissible as an exception to the hearsay rule.

R. v. KHAN, 531.

4. Evidence of bad character and immoral activity – Unfortunate asides and comments made by Crown during cross-examination – Sole issue one of credibility – Whether or not trial judge erred in permitting cross-examination of appellant's immoral activity and in failing to direct the jury as to limited use of such evidence – Whether or not trial judge erred in admitting evidence of appellant's immoral activity if not related to the offence – Whether or not Crown counsel's inflammatory manner denied appellant a fair trial.

R. v. CHAMBERS, 1293.

FAMILY LAW

1. Compensatory allowance – Divorce – Bankruptcy – Bankrupt husband discharged prior to claim for compensatory allowance – Whether discharge of bankrupt husband bar to claim for compensatory allowance – Whether allowance “provable claim” within meaning of Bankruptcy Act – Whether bankruptcy at end of cohabitation irrefutable evidence of lack of enrichment – Civil Code of Quebec, art. 559 – Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 2, 148.

LACROIX v. VALOIS, 1259.

2. Compensatory allowance – Divorce – Criteria for obtaining compensatory allowance – Continuing enrichment – Time at which enrichment of patrimony to be evaluated – Civil Code of Quebec, art. 559.

LACROIX v. VALOIS, 1259.

INCOME TAX

1. Search warrants – Offences alleged as defined in s. 239 of Income Tax Act – Search warrants issued under s. 231.3 of Income Tax Act – Application to quash – Whether or not issuing judge had jurisdiction to review – Whether or not ss. 231.3 and 239 of the Income Tax Act derive their constitutional validity from the federal government's taxing power or from its criminal law power – Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 231.3(1), 239(1), (2) – Constitution Act, 1867, s. 91(3), (27) – Judicature Act, R.S.N.B. 1973, c. J-2, s. 8(3).

KNOX CONTRACTING LTD. v. CANADA, 338.

2. Computation of income – Appellant receiving from his union strike pay equivalent to his normal net take-home pay during period he was on strike – Whether strike pay to be

INCOME TAX—Concluded

included in appellant's income – Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 3(a).

CANADA v. FRIES, 1322.

INDIANS

Personal property on reserve given under an agreement between the band and Her Majesty – Property not subject to attachment at suit of non-native – Provincial government agreeing to rebate provincial sales tax to Indian bands – Action pending for payment of contingency fee by negotiator acting on behalf of bands – Prejudgment garnishing order granted – Whether or not moneys owed by province personal property on reserve – Whether or not term “Her Majesty” extending to Crown in right of the province – Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 89(1), 90(1)(b).

MITCHELL v. PEGUIS INDIAN BAND, 85.

INSURANCE

1. Representation and concealment – Public character and notoriety exception – Insured failing to disclose material facts relating to health risks associated with asbestos – Whether insurer presumed to know undisclosed facts by reason of their public character or notoriety – Whether notoriety could be measured with reference to foreign material – Constructive knowledge – Insurer's duty to inquire – Uberrimae fidei nature of insurance contract – Confirmation of contract – Civil Code of Lower Canada, arts. 2485, 2486, 2489.

CANADIAN INDEMNITY CO. v. CANADIAN JOHNS-MANVILLE CO., 549.

2. Fire insurance – Nature and effect of hypothecary clause – Intentional fault of insured – Insurance policy purchased by hypothecary debtor – Debtor deliberately burning insured property – Whether intentional fault of debtor can be invoked against hypothecary creditor – Legality of hypothecary clause – Civil Code of Lower Canada, art. 2563.

CAISSE POPULAIRE DES DEUX RIVES v. SOCIÉTÉ MUTUELLE D'ASSURANCE CONTRE L'INCENDIE DE LA VALLÉE DU RICHELIEU, 995.

3. Fire insurance – Nature and effect of hypothecary (mortgage) clause – Misrepresentations by hypothecary debtor when insurance policy purchased – Whether nullity ab initio of insurance policy can be invoked against hypothecary creditors.

NATIONAL BANK OF GREECE (CANADA) v. KATSIKONOURIS, 1029.

4. Life insurance – Coming into effect – Interpretation of conditions of art. 2516 C.C.L.C.

GENERAL TRUST OF CANADA v. ARTISANS COOPVIE, SOCIÉTÉ COOPÉRATIVE D'ASSURANCE-VIE, 1185.

MATRIMONIAL LAW

Property – Pensions – Husband receiving monthly pension payments following his retirement from the armed forces – Whether pension payments a “matrimonial asset” and therefore subject to equal division – Canadian Forces Superannuation Act, R.S.C. 1970, c. C-9 – Matrimonial Property Act, S.N.S. 1980, c. 9, ss. 2, 4, 12, 13.

CLARKE v. CLARKE, 795.

MORTGAGES

Action on covenant to pay – Individual assuming mortgage from corporation which had waived provincial statutory protection against being sued on covenant to pay – Provincial statute permitting only corporate mortgagors to waive protection – Whether individual assuming mortgage bound by waiver as a successor or assign of original corporate mortgagor – Whether assumption agreement effects a novation – The Limitation of Civil Rights Act, R.S.S. 1978, c. L-16, ss. 2, 40.

NATIONAL TRUST CO. v. MEAD, 410.

NEGLIGENCE

Causation – Medical malpractice – Burden of proof – Surgeon removing cataract from patient’s eye – Patient later losing sight in that eye as a result of optic nerve atrophy – Expert witnesses unable to state with certainty whether the operation caused the atrophy – Whether burden of proof of causation in a malpractice case is on the plaintiff.

SNELL v. FARRELL, 311.

PHYSICIANS AND SURGEONS

Medical malpractice – Negligence – Causation – Surgeon removing cataract from patient’s eye – Patient later losing sight in that eye as a result of optic nerve atrophy – Expert witnesses unable to state with certainty whether the operation caused the atrophy – Whether burden of proof of causation in a malpractice case is on the plaintiff.

SNELL v. FARRELL, 311.

PRACTICE

Motion to strike – Action brought by person suffering from disease allegedly caused by exposure to asbestos fibres – Allegation of conspiracy to withhold information of potential health risks – Allegations of other nominate torts – Circumstances in which a statement of claim (or portions of it) could be struck out – Whether allegations based on the tort of conspiracy should be struck out – Rules of Court [British Columbia], Rule 19(24).

HUNT v. CAREY CANADA INC., 959.

SALE OF GOODS

Action for goods sold and delivered – Court of Appeal reversing trial judgment ordering payment of balance of account – Appeal allowed and trial judgment restored.

LANIFICIO FRATELLI BETTAZZI S.N.C. v. TISSUS RANCHAR INC., 1109.

STATUTES

Interpretation – Canadian legislation enacted to implement Canada’s GATT obligations – Whether Canadian Import Tribunal may refer to GATT to interpret Canadian legislation – Special Import Measures Act, S.C. 1984, c. 25, s. 42.

NATIONAL CORN GROWERS ASSN. v. CANADA (IMPORT TRIBUNAL), 1324.

TRIAL

Process – Juries – Trial judge informed of juror’s illness – Juror discharged – Whether or not trial judge erred in discharging juror without hearing – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 573(1), 577.

R. v. CHAMBERS, 1293.

INDEX

APPEL

1. Caractère théorique – Constitutionnalité du programme ontarien de mesures de rechange contestée par un jeune contrevenant pour le motif que ce programme viole les art. 15(1) et 7 de la Charte canadienne des droits et libertés – Arrêt connexe de la Cour suprême du Canada concluant que l'art. 4 de la Loi sur les jeunes contrevenants n'oblige pas les provinces à mettre ce programme en œuvre – Question soulevée dans le présent pourvoi devenue théorique par suite de l'arrêt de la Cour suprême du Canada – Les critères d'admissibilité au programme de l'Ontario ne portent pas atteinte aux art. 15(1) et 7 de la Charte.

R. c. S. (G.), 294.

R. c. P. (J.), 300.

R. c. T. (A.), 304.

R. c. B. (J.), 307.

2. Divorce – Cour suprême du Canada – Requête en autorisation de pourvoi produite à l'intérieur du délai fixé par la Loi mais accordée après l'expiration de ce délai – L'autorisation de pourvoi a-t-elle été accordée hors-délai? – Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, ch. D-8, art. 18(2).

LACROIX C. VALOIS, 1259.

3. Divorce – Cour suprême du Canada – Autorisation de pourvoi – L'article 41 de la Loi sur la Cour suprême et l'art. 18(1) de la Loi sur le divorce peuvent-ils être invoqués tous les deux dans une même affaire en vue d'obtenir une autorisation de pourvoi? – Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, ch. S-19, art. 41(1) – Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, ch. D-8, art. 18(1).

LACROIX C. VALOIS, 1259.

4. Divorce – Cour d'appel – Règles applicables – Jugement de divorce accordant une prestation compensatoire et une somme globale – Inscription de l'avis d'appel déposée selon les dispositions de la Loi sur le divorce et non selon les dispositions du Code de procédure civile – Le dépôt de l'inscription en appel fait conformément aux exigences de la Loi sur le divorce est-il valable à l'égard de la prestation compensatoire? – Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, ch. D-8, art. 17(3) – Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 495 – Code civil du Québec, art. 559.

LACROIX C. VALOIS, 1259.

ASSURANCE

1. Déclarations et réticences – Exception relative au caractère public et à la notoriété – Omission de l'assuré de déclarer des faits pertinents au sujet des risques pour la santé liés à l'amiante – L'assureur est-il présumé connaître ces faits non déclarés en raison de leur caractère public ou de leur notoriété? – La notoriété peut-elle s'évaluer en fonction de documents étrangers? – Connaissance par imputation – Obligation de

ASSURANCE—Fin

l'assureur de se renseigner – Nature uberrimae fidei du contrat d'assurance – Confirmation du contrat – Code civil du Bas-Canada, art. 2485, 2486, 2489.

CANADIAN INDEMNITY CO. C. CANADIAN JOHNS-MANVILLE CO., 549.

2. Assurance-incendie – Nature et effet de la clause hypothécaire – Faute intentionnelle de l'assuré – Police d'assurance souscrite par le débiteur hypothécaire – Débiteur incendiant volontairement l'immeuble assuré – La faute intentionnelle du débiteur est-elle opposable au créancier hypothécaire? – Légalité de la clause hypothécaire – Code civil du Bas-Canada, art. 2563.

CAISSE POPULAIRE DES DEUX RIVES C. SOCIÉTÉ MUTUELLE D'ASSURANCE CONTRE L'INCENDIE DE LA VALLÉE DU RICHELIEU, 995.

3. Assurance-incendie – Nature et effet de la clause hypothécaire – Fausses représentations du débiteur hypothécaire lors de la souscription de la police d'assurance – La nullité ab initio de la police d'assurance est-elle opposable aux créanciers hypothécaires?

BANQUE NATIONALE DE GRÈCE (CANADA) C. KATSIKONOURIS, 1029.

4. Assurance-vie – Prise d'effet de l'assurance-vie – Interprétation des conditions de l'art. 2516 C.c.B.-C.

TRUST GÉNÉRAL DU CANADA C. ARTISANS COOPVIE, SOCIÉTÉ COOPÉRATIVE D'ASSURANCE-VIE, 1185.

DIVORCE

Somme globale – Renonciation – Ordonnance accordant une somme globale cassée par la Cour d'appel – Procès-verbal d'audience indiquant que l'épouse a renoncé «à toute demande de pension alimentaire, se limitant à demander une prestation» de 55 000 \$ – L'épouse a-t-elle renoncé à toute demande de nature alimentaire? – Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, ch. D-8, art. 11.

LACROIX C. VALOIS, 1259.

DOUANES ET ACCISE

Subventions et droits compensateurs – Subventionnement du maïs-grain aux É.-U. – Les subventions causaient-elles ou étaient-elles susceptibles de causer un préjudice sensible à la production canadienne? – Interprétation de l'art. 42 de la Loi sur les mesures spéciales d'importation, S.C. 1984, ch. 25.

NATIONAL CORN GROWERS ASSN. C. CANADA (TRIBUNAL DES IMPORTATIONS), 1324.

DROIT ADMINISTRATIF

Contrôle judiciaire – Tribunal canadien des importations – Subventionnement du maïs-grain aux É.-U. – Le Tribunal a conclu que les subventions causaient ou étaient susceptibles de causer un préjudice sensible à la production canadienne – La décision du Tribunal est-elle manifestement déraisonnable? – Interprétation de l'art. 42 de la Loi sur les mesures spéciales d'importation, S.C. 1984, ch. 25 – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10, art. 28.

NATIONAL CORN GROWERS ASSN. C. CANADA (TRIBUNAL DES IMPORTATIONS), 1324.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits – Justice fondamentale – Droit de garder le silence – Portée du droit de garder le silence – Refus de l'accusé de faire des déclarations aux policiers après avoir consulté un avocat – Déclarations incriminantes faites ultérieurement par l'accusé à un agent de police banalisé placé dans sa cellule – Le droit de l'accusé de garder le silence a-t-il été violé? – Dans l'affirmative, les déclarations sont-elles recevables? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(2).

R. C. HEBERT, 151.

2. Charte des droits – Renonciation – Droit de garder le silence – La doctrine de la renonciation s'applique-t-elle au droit de garder le silence? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

R. C. HEBERT, 151.

3. Charte des droits – Limites raisonnables – Refus de l'accusé de faire des déclarations aux policiers après avoir consulté un avocat – Déclarations incriminantes faites ultérieurement par l'accusé à un agent de police banalisé placé dans sa cellule – Violation du droit de l'accusé de garder le silence – La limite imposée au droit de l'accusé de garder le silence est-elle une limite prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés?

R. C. HEBERT, 151.

4. Charte des droits – Admissibilité de la preuve – Déconsidération de l'administration de la justice – Refus de l'accusé de faire des déclarations aux policiers après avoir consulté un avocat – Déclarations incriminantes faites ultérieurement par l'accusé à un agent de police banalisé placé dans sa cellule – Violation du droit de l'accusé de garder le silence – Les déclarations devraient-elles être écartées en application de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés?

R. C. HEBERT, 151.

5. Charte des droits – Liberté d'expression – Restriction par un corps professionnel de la publicité faite par ses membres – Les restrictions portent-elles atteinte à la liberté d'expression? – Dans l'affirmative, les restrictions sont-elles justifiées? – Le règlement 447 de la Loi sur les sciences de la santé, R.R.O.

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

1980, art. 37(39), (40) – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).

ROCKET C. COLLÈGE ROYAL DES CHIRURGIENS DENTISTES D'ONTARIO, 232.

6. Partage des pouvoirs législatifs – Loi sur les jeunes contrevenants – Mesures de rechange – L'article 4 de la Loi sur les jeunes contrevenants autorise les provinces à mettre en œuvre des programmes de mesures de rechange pour les jeunes contrevenants – L'article 4 est-il *intra vires* du Parlement? – L'article 4 empiète-t-il sur la compétence provinciale en matière de protection de l'enfance? – L'article 4 opère-t-il une délégation inconstitutionnelle de la compétence du Parlement relativement au droit criminel? – Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(13) – Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110, art. 4.

R. C. S. (S.), 254.

7. Charte des droits – Égalité devant la loi – Discrimination fondée sur la province de résidence – Omission par l'Ontario de mettre en œuvre un programme de mesures de rechange conformément à l'art. 4 de la Loi sur les jeunes contrevenants – L'omission de l'Ontario de mettre en œuvre un tel programme viole-t-elle l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? – L'article 4 de la Loi viole-t-il l'art. 15(1) de la Charte? – Effet de l'art. 15(1) de la Charte sur des distinctions fondées sur la province de résidence dans l'application d'une loi fédérale valide.

R. C. S. (S.), 254.

8. Charte des droits – Égalité devant la loi – Justice fondamentale – Admissibilité au programme de mesures de rechange en Ontario fondée sur la nature des infractions imputées au jeune contrevenant – Les critères d'admissibilité au programme de l'Ontario ne portent pas atteinte au art. 15(1) et 7 de la Charte canadienne des droits et libertés – Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110, art. 4.

R. C. S. (G.), 294.

R. C. P. (J.), 300.

R. C. T. (A.), 304.

R. C. B. (J.), 307.

9. Partage des pouvoirs – Pouvoir en matière de taxation et de droit criminel – Les infractions alléguées sont définies à l'art. 239 de la Loi de l'impôt sur le revenu – Mandats de perquisition décernés en vertu de l'art. 231.3 de la Loi de l'impôt sur le revenu – Demande d'annulation – Le juge qui a décerné les mandats est-il compétent pour les examiner? – La constitutionnalité des art. 231.3 et 239 de la Loi de l'impôt sur le revenu découle-t-elle du pouvoir de taxation du gouvernement fédéral ou de son pouvoir en matière de droit criminel?

KNOX CONTRACTING LTD. C. CANADA, 338.

10. Charte des droits – Liberté d'association – Négociation collective – Loi des territoires du Nord-Ouest exigeant qu'une association d'employés soit constituée en personne morale par une loi afin de négocier collectivement – La mesure législative des Territoires viole-t-elle la liberté d'association garantie par

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

l'art. 2d) de la Charte canadienne des droits et libertés? – Dans l'affirmative, cette restriction à la liberté d'association est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? – Public Service Act, R.S.N.W.T. 1974, ch. P-13, art. 42(1)b).

INSTITUT PROFESSIONNEL DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA C. TERRITOIRES DU NORD-OUEST (COMMIS-SAIRE), 367.

11. Charte des droits – Justice fondamentale – Meurtre par imputation – L'article 213a) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? – Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 213a), d) – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d).

R. C. MARTINEAU, 633.

12. Charte des droits – Justice fondamentale – Meurtre par imputation – L'article 213a) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? – Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d) – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 213a).

R. C. RODNEY, 687.

13. Charte des droits – Justice fondamentale – Meurtre par imputation – L'article 213a) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? – Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? – L'article 214(5) du Code criminel viole-t-il l'art. 7 de la Charte? – Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d) – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 213a), 214(5).

R. C. ARKELL, 695.

14. Charte des droits – Justice fondamentale – Meurtre par imputation – L'article 213a) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? – Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? – L'article 214(5)e) du Code criminel viole-t-il les art. 7, 9 ou 12 de la Charte? – Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9 – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 213a), 214(5)e).

R. C. LUXTON, 711.

15. Charte des droits – Justice fondamentale – Meurtre par imputation – Homicide survenu au cours d'un vol qualifié commis par un complice – L'article 21(2) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? – Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d) – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 21(2).

R. C. LOGAN, 731.

16. Charte des droits – Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne – Droit d'être présumé innocent – Meurtre par imputation – L'article 213a) du Code criminel porte-t-il atteinte aux art. 7 ou 11d), ou les deux à la fois, de la Charte? –

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

Dans l'affirmative, est-il justifié en vertu de l'article premier de la Charte? – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 213a) – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d).

R. c. J.(J.T.), 755.

17. Applicabilité d'une loi provinciale – Transport – Service de transport touristique offert par une commission fédérale sur le territoire du parc qu'elle administre – Transporteur engagé par la commission ne détenant pas le permis de transport requis par la loi provinciale sur les transports – La loi provinciale s'applique-t-elle à la commission fédérale, à son service de transport touristique ou au transporteur? – Loi sur les transports, L.R.Q., ch. T-12, art. 3, 4, 4.1, 5, 5.1, 32, 36, 40, 43 – Règlement sur le transport par autobus, (1987) 119 G.O. II 24, art. 1, 12, 17, 21, 30, 31 – Loi relative à la circulation sur les terrains de l'État, L.R.C. (1985), ch. G-6 – Règlement relatif à la circulation sur les terrains du gouvernement, C.R.C. 1978, ch. 887, art. 3, 5, 6 – Loi concernant les champs de bataille nationaux de Québec, S.C. 1908, ch. 57.

COMMISSION DE TRANSPORT DE LA COMMUNAUTÉ URBAINE DE QUÉBEC C. CANADA (COMMISSION DES CHAMPS DE BATAILLE NATIONAUX), 838.

18. Charte des droits – Justice fondamentale – Garde ou contrôle d'un véhicule à moteur alors qu'on a les facultés affaiblies – L'affaiblissement des facultés est un élément de l'infraction – Exclusion de l'intoxication comme moyen de défense – L'exclusion de l'intoxication comme moyen de défense viole-t-elle l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? – Dans l'affirmative, la violation peut-elle être justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 234(1).

R. C. PENNO, 865.

19. Charte des droits – Présomption d'innocence – Garde ou contrôle d'un véhicule à moteur alors qu'on a les facultés affaiblies – L'affaiblissement des facultés est un élément de l'infraction – Exclusion de l'intoxication comme moyen de défense – L'exclusion de l'intoxication comme moyen de défense viole-t-elle l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? – Dans l'affirmative, la violation peut-elle être justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 234(1).

R. C. PENNO, 865.

20. Charte des droits – Justice fondamentale – Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne – Interdiction, par le Code criminel, d'avoir des rapports sexuels avec une personne de sexe féminin âgée de moins de quatorze ans – Infraction de responsabilité absolue – L'article 146(1) du Code viole-t-il l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? – Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?

R. C. HESS; R. C. NGUYEN, 906.

21. Charte des droits – Égalité devant la loi – Interdiction, par le Code criminel, d'avoir des rapports sexuels avec une personne de sexe féminin âgée de moins de quatorze ans – L'article 146(1) du Code viole-t-il l'art. 15 de la Charte canadienne des

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

droits et libertés? – Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?

R. C. HESS; R. C. NGUYEN, 906.

22. Charte des droits – Litige fondé sur la Charte – Contexte factuel – Procédure intentée par requête en exécution de droits reconnus par la Charte – Absence de faits à l'appui de la requête – Une action en vertu de la Charte peut-elle être intentée sans contexte factuel? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 15 – Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(14) – Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 – Règles de procédure civile, règles 14.05(3)h), 15.02(1), (3), 37.03(6), 57.07.

DANSON C. ONTARIO (PROCUREUR GÉNÉRAL), 1086.

23. Droits linguistiques – Tribunaux de l'Alberta – Infraction fédérale – L'accusé a-t-il le droit d'utiliser le français dans les procédures devant les tribunaux de l'Alberta? – Acte des territoires du Nord-Ouest, S.R.C. 1886, ch. 50, art. 110.

R. C. PAQUETTE, 1103.

24. Charte des droits – Fouilles, perquisitions et saisies abusives – Interception de communications privées – Autorisations d'intercepter des communications privées à tout endroit de la province fréquenté par des personnes nommées – Entrée clandestine dans des lieux résidentiels pour y installer des dispositifs d'interception – Dispositifs d'interception installés dans des téléphones publics – Omission d'inclure dans les autorisations des conditions visant à protéger l'intérêt public – Les autorisations violent-elles l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? – Dans l'affirmative, les communications interceptées en vertu de ces autorisations doivent-elles être écartées en vertu de l'art. 24(2) de la Charte? – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, partie IV.1.

R. C. THOMPSON, 1111.

25. Charte des droits – Procès dans un délai raisonnable – Délai de près de deux ans entre l'envoi au procès et le procès – Délai principalement dû à des problèmes institutionnels – Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable a-t-il été violé? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

R. C. ASKOV, 1199.

26. Charte des droits – Peine cruelle et inusitée – Peine d'une durée indéterminée – Absence de traitement psychiatrique requis – Refus répété d'accorder la libération conditionnelle – La Commission des libérations conditionnelles a-t-elle commis une erreur en refusant de libérer le détenu? – Y a-t-il un vice de fonctionnement du processus d'examen des demandes de libération conditionnelle? – Ce vice entraîne-t-il une peine cruelle et inusitée? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 12, 24(1) – Loi sur la libération conditionnelle, L.R.C. (1985), ch. P-2, art. 16(1)a) – Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 761(2).

STEELE C. ÉTABLISSEMENT MOUNTAIN, 1385.

27. Charte des droits – Fouilles, perquisitions et saisies abusives – Interception de communications privées – Omission

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

du juge d'inclure une clause de minimisation dans les autorisations d'écoute électronique – Les autorisations violent-elles l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés?

R. C. GAROFOLI, 1421.

28. Charte des droits – Fouille, perquisition et saisie abusives – Interception de communications privées – Omission du juge d'inclure une clause de minimisation dans l'autorisation d'écoute électronique – L'autorisation viole-t-elle l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés?

R. C. LACHANCE, 1490.

DROIT CRIMINEL

1. Preuve – Témoins – Corroboration – Témoignage d'enfants – Le Code criminel exige que le témoignage d'un enfant non rendu sous serment soit corroboré sur un point important par un témoignage qui implique l'accusé – Y a-t-il corroboration en droit lorsque le témoignage est corroboré quant à l'événement lui-même mais non en ce qui a trait à l'identité de l'accusé? – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 586.

R. C. B. (G.), 3.

2. Infractions d'ordre sexuel – Moment de l'infraction – Le juge du procès a conclu que la date de l'infraction n'avait pas été établie – Le moment est-il un élément essentiel de l'infraction? – Le juge du procès a-t-il commis une erreur en refusant de modifier la dénonciation? – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 529(4.1).

R. C. B. (G.), 30.

3. Infractions d'ordre sexuel – Dénonciation – Modification – Le juge du procès a conclu que la date de l'infraction n'avait pas été établie – Le moment est-il un élément essentiel de l'infraction? – Le juge du procès a-t-il commis une erreur en refusant de modifier la dénonciation? – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 529(4.1).

R. C. B. (G.), 30.

4. Appels – Pouvoir de la cour d'appel – Appel du ministère public contre un acquittement – Le Code criminel prévoit que le ministère public peut interjeter appel d'un acquittement sur une question de droit seulement – La Cour d'appel a-t-elle outrepassé sa compétence en écartant les acquittements et en ordonnant un nouveau procès? – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 605(1), 613(4).

R. C. B. (G.), 57.

5. Directives au jury – Avertissement adéquat concernant les dépositions de témoins douteux – Thèse de la défense adéquatement exposée – La demande par le jury de la transcription des témoignages a été traitée correctement dans les circonstances.

R. C. OSTROWSKI, 82.

DROIT CRIMINEL—Suite

6. Jeunes contrevenants – Mesures de rechange – L'Ontario choisit de ne pas mettre en œuvre des programmes de mesures de rechange – L'article 4 de la Loi sur les jeunes contrevenants impose-t-il aux provinces une obligation impérative d'autoriser de tels programmes? – L'article 4 est-il *intra vires* du Parlement? – L'omission de l'Ontario de mettre en œuvre un programme de mesures de rechange est-elle une atteinte au droit d'un jeune contrevenant à l'égalité devant la loi en vertu de l'art. 15 la Charte canadienne des droits et libertés? – Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110, art. 3, 4.

R. C. S. (S.), 254.

7. Perquisition et saisie – Faillite – Autorisation de perquisitionner prévue dans la Loi sur la faillite dans des circonstances limitées reliées à la faillite – Les autorités peuvent-elles recourir aussi à l'art. 443 du Code criminel pour obtenir un mandat de perquisition et de saisie lorsque la Loi sur la faillite s'applique? – Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, ch. B-3, art. 6 – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 443.

R. C. MULTIFORM MANUFACTURING CO., 624.

8. Meurtre par imputation – L'article 213a) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? – Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?

R. C. MARTINEAU, 633.

9. Meurtre par imputation – L'article 213a) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? – Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?

R. C. RODNEY, 687.

10. Meurtre par imputation – L'article 213a) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? – Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? – L'article 214(5) du Code criminel viole-t-il l'art. 7 de la Charte? – Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?

R. C. ARKELL, 695.

11. Meurtre par imputation – L'article 213a) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? – Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? – L'article 214(5)e) du Code criminel viole-t-il les art. 7, 9 ou 12 de la Charte? – Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?

R. C. LUXTON, 711.

12. Meurtre par imputation – L'article 21(2) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? – Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?

R. C. LOGAN, 731.

13. Meurtre par imputation – L'article 213a) du Code criminel porte-t-il atteinte aux art. 7 ou 11d), ou les deux à la fois,

DROIT CRIMINEL—Suite

de la Charte? – Dans l'affirmative, est-il justifié en vertu de l'article premier de la Charte?

R. C. J.(J.T.), 755.

14. Jeunes contrevenants – Preuve – Recevabilité de déclarations et d'actes – Recevabilité dépendant du respect de garanties prévues dans la Loi sur les jeunes contrevenants – Loi prévoyant la présence d'un parent adulte – Adolescent de 17 ans mature interrogé par la police – Adolescent accusé de meurtre après avoir fait une déclaration incriminante – On a demandé à l'adolescent s'il voulait communiquer avec un avocat et s'il voulait qu'un parent adulte soit présent – Parent adulte présent brièvement et adolescent conseillé par un avocat – Poursuite de l'interrogatoire hors de la présence de l'avocat et du parent adulte – Autres déclarations incriminantes – Adolescent refusant de faire une déclaration par écrit – Les déclarations incriminantes sont-elles recevables? – L'article 56 de la Loi sur les jeunes contrevenants a-t-il été respecté? – Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110, art. 56.

R. C. J.(J.T.), 755.

15. Moyens de défense – Intoxication – Garde ou contrôle d'un véhicule à moteur alors qu'on a les facultés affaiblies – L'affaiblissement des facultés est un élément de l'infraction – L'intoxication constitue-t-elle un moyen de défense opposable à une accusation? – Infraction d'intention spécifique ou générale – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 234(1), 237(1)a).

R. C. PENNO, 865.

16. Infractions sexuelles – Rapports sexuels avec une personne de sexe féminin âgée de moins de quatorze ans – L'article 146(1) du Code criminel viole-t-il le droit à la justice fondamentale garanti par l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés ou le droit à l'égalité devant la loi garanti par l'art. 15 de la Charte?

R. C. HESS; R. C. NGUYEN, 906.

17. Procédure – Droits linguistiques – Tribunaux de l'Alberta – Possession d'un stupéfiant pour en faire le trafic – L'accusé a-t-il le droit d'utiliser le français dans les procédures devant les tribunaux de l'Alberta? – Acte des territoires du Nord-Ouest, S.R.C. 1886, ch. 50, art. 110.

R. C. PAQUETTE, 1103.

18. Corroboration – Preuve – Agression sexuelle causant des lésions corporelles – La plaignante est une personne mineure – La note rédigée par la plaignante 45 minutes après l'incident ne fait pas partie de la *res gestae* et est donc inadmissible – Valeur confirmative suffisante d'autres éléments de preuve, dont l'état émotionnel qui a suivi l'agression – Déclaration de culpabilité confirmée.

R. C. HUANG, 1105.

19. Exposé au jury – Meurtre au premier degré – Préméditation – Le juge du procès a-t-il donné des directives erronées?

R. C. TREMBLAY, 1106.

20. Conduite avec facultés affaiblies – Garde et contrôle d'un véhicule à moteur – L'infraction d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors que le taux d'alcoolémie

DROIT CRIMINEL—Suite

dépasse .08 est-elle comprise dans celle d'avoir conduit un tel véhicule avec un taux d'alcoolémie supérieur à .08?

R. C. DROLET, 1107.

21. Suspension des procédures – Allégation d'atteinte au droit à un procès équitable reconnu par la Charte – Incapacité de l'accusé de communiquer avec la cour et de comprendre l'accusation portée – Suspension accordée mais annulée en appel – Incapacité de l'appelant de démontrer que le juge du procès ne constituait pas le tribunal compétent pour entendre la requête.

R. C. SHUPE, 1108.

22. Interception de communications privées – Validité de l'autorisation – Caractère suffisant de la description – Lieux d'interception: téléphones publics et lieux résidentiels – Autorisations d'intercepter des communications privées à tout endroit de la province fréquenté par des personnes nommées – Les autorisations sont-elles valides? – Les autorisations devraient-elles mentionner expressément les téléphones publics? – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 178.12(1)e), 178.13(2)c), 178.16(1).

R. C. THOMPSON, 1111.

23. Interception de communications privées – Validité de l'autorisation – Renouvellement ou nouvelle autorisation – Obtention par la police d'une nouvelle autorisation avant l'expiration de l'autorisation initiale – Nouvelle autorisation visant de nouvelles personnes et de nouveaux lieux de surveillance – Convient-il de demander une nouvelle autorisation au lieu d'un renouvellement? – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, partie IV.1.

R. C. THOMPSON, 1111.

24. Interception de communications privées – Admissibilité de la preuve – Preuve de la fréquentation d'un lieu – Autorisations d'intercepter des communications privées à tout endroit de la province fréquenté par des personnes nommées – La communication privée interceptée peut-elle en soi fournir la preuve que la personne a fréquenté «un lieu»? – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, partie IV.1.

R. C. THOMPSON, 1111.

25. Droit de garder le silence – Preuve du silence de l'accusé devant une question incriminante – Omission du juge du procès d'accéder à la demande des deux avocats de donner au jury la directive de ne pas tenir compte de la preuve relative au silence de l'accusé – Y a-t-il eu violation du droit de garder le silence?

R. C. CHAMBERS, 1293.

26. Meurtre – Meurtre au premier degré – Meurtre concomitant de la perpétration d'autres infractions – Époux ayant menacé son épouse au moyen d'une arme à feu pendant un délai important – Épouse abattue alors qu'elle quittait la maison – Le meurtre a-t-il été commis avant ou après la séquestration? – Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne donnant pas au jury des directives sur ce point?

R. C. FRANCELLA, 1420.

DROIT CRIMINEL—Fin

27. Interception de communications privées – Accès au paquet scellé – Validité d'autorisations d'écoute électronique – Motifs de contestation des autorisations et recours appropriés – Protection de l'identité des informateurs – Révision des affidavits – Droit de l'accusé de contre-interroger au sujet des affidavits – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, partie IV.1.

R. C. GAROFOLI, 1421.

28. Interception de communications privées – Recevabilité de la preuve – Rapports entre l'art. 178.16 du Code criminel et l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés.

R. C. GAROFOLI, 1421.

29. Interception de communications privées – Accès au paquet scellé – Validité d'autorisations d'écoute électronique – Moyens de contestation des autorisations et recours appropriés – Protection de l'identité d'informateurs – Révision d'affidavits – Droit de l'accusé de contre-interroger sur les affidavits – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, partie IV.1.

R. C. LACHANCE, 1490.

30. Interception de communications privées – Admissibilité de la preuve – Rapport entre l'art. 178.16 du Code criminel et l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés.

R. C. LACHANCE, 1490.

31. Interception de communications privées – Accès au paquet scellé – L'accusé doit-il faire la preuve *prima facie* de conduite répréhensible de la part du requérant avant de pouvoir inspecter l'affidavit déposé à l'appui de la demande d'autorisation d'écoute électronique? – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 178.14 – Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8.

DERSCH C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 1505.

32. Interception de communications privées – Accès au paquet scellé – L'accusé a-t-il le droit d'examiner l'affidavit déposé à l'appui d'une demande d'autorisation d'écoute électronique? – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 178.14 – Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8.

R. C. ZITO, 1520.

DROIT D'AUTEUR

1. Violation – Programmes d'ordinateur – Microplaquettes électroniques – Fabricant d'ordinateurs titulaire d'un droit d'auteur enregistré sur des programmes d'un système d'exploitation gravés sur des microplaquettes électroniques – Les programmes d'ordinateur incorporés dans des microplaquettes électroniques continuent-ils d'être protégés par le droit d'auteur? – Loi sur le droit d'auteur, S.R.C. 1970, ch. C-30, art. 3(1).

APPLE COMPUTER, INC. C. MACKINTOSH COMPUTERS LTD.; APPLE COMPUTER, INC. C. 115778 CANADA INC., 209.

2. Violation – Préenregistrement d'une chanson à des fins de radiodiffusion – Le droit de diffuser une œuvre musicale

DROIT D'AUTEUR—Fin

comporte-t-il le droit accessoire d'effectuer un préenregistrement «éphémère»? – Le compositeur a-t-il implicitement consenti à des enregistrements éphémères en accordant une licence qui autorise la radiodiffusion des exécutions de son œuvre? – Loi sur le droit d'auteur, S.R.C. 1970, ch. C-30, art. 2, 3(1), 17(1).

BISHOP C. STEVENS, 467.

DROIT DE LA FAMILLE

1. Prestation compensatoire – Divorce – Époux failli libéré avant la demande de prestation compensatoire – La libération de l'époux failli constitue-t-elle un obstacle à une demande de prestation compensatoire? – Cette prestation est-elle une «réclamation prouvable» au sens de la Loi sur la faillite? – La faillite intervenue à la fin de la vie commune est-elle une preuve irréfutable d'absence d'enrichissement? – Code civil du Québec, art. 559 – Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, ch. B-3, art. 2, 148.

LACROIX C. VALOIS, 1259.

2. Prestation compensatoire – Divorce – Critères pour obtenir une prestation compensatoire – Maintien de l'enrichissement – À quel moment l'enrichissement du patrimoine doit-il être évalué? – Code civil du Québec, art. 559.

LACROIX C. VALOIS, 1259.

DROIT MATRIMONIAL

Biens – Pensions – Mari recevant des versements mensuels de pension par suite de sa retraite des forces armées – Les prestations de retraite sont-elles des «biens matrimoniaux» et par conséquent assujetties au partage à parts égales? – Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes, S.R.C. 1970, ch. C-9 – Matrimonial Property Act, S.N.S. 1980, ch. 9, art. 2, 4, 12, 13.

CLARKE C. CLARKE, 795.

HYPOTHÈQUES

Action fondée sur l'engagement personnel de payer – Particulier prenant en charge une hypothèque consentie par une société qui avait renoncé à la protection accordée par une loi provinciale contre toute action fondée sur l'engagement personnel de payer – Loi provinciale ne permettant qu'aux sociétés débitrices hypothécaires de renoncer à cette protection – Le particulier qui prend en charge une hypothèque est-il lié par une renonciation en sa qualité de successeur ou de cessionnaire de la société qui était la débitrice hypothécaire originaire? – La convention de prise en charge opère-t-elle une novation? – The Limitation of Civil Rights Act, R.S.S. 1978, ch. L-16, art. 2, 40.

NATIONAL TRUST CO. C. MEAD, 410.

IMPÔT SUR LE REVENU

1. Mandats de perquisition – Les infractions alléguées sont définies à l'art. 239 de la Loi de l'impôt sur le revenu – Mandats de perquisition décernés en vertu de l'art. 231.3 de la Loi de l'impôt sur le revenu – Demande d'annulation – Le juge qui a décerné les mandats est-il compétent pour les examiner? – La constitutionnalité des art. 231.3 et 239 de la Loi de l'impôt sur le revenu découle-t-elle du pouvoir de taxation du gouvernement fédéral ou de son pouvoir en matière de droit criminel? – Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 231.3(1), 239(1), (2) – Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(3), (27) – Loi sur l'organisation judiciaire, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2, art. 8(3).

KNOX CONTRACTING LTD. C. CANADA, 338.

2. Calcul du revenu – L'appelant a reçu de son syndicat une allocation de grève équivalant à son salaire net normal pendant qu'il était en grève – L'allocation de grève doit-elle être incluse dans le revenu de l'appelant? – Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 3a).

CANADA C. FRIES, 1322.

INDIENS

Biens personnels situés sur une réserve donnés en vertu d'un accord entre la bande et Sa Majesté – Biens ne pouvant faire l'objet d'une saisie à la demande d'un non-Indien – Consentement du gouvernement provincial de rembourser aux bandes indiennes le montant de la taxe de vente provinciale – Action en cours du négociateur mandaté par les bandes visant à obtenir le paiement d'honoraires calculés en fonction de l'issue de l'affaire – Ordonnance de saisie-arrêt avant jugement accordée – La somme due par la province est-elle un bien personnel situé sur une réserve? – L'expression «Sa Majesté» s'étend-elle à la Couronne du chef de la province? – Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, ch. I-6, art. 89(1), 90(1)b).

MITCHELL C. BANDE INDIENNE PEGUIS, 85.

LÉGISLATION

Interprétation – Loi canadienne adoptée pour remplir les obligations du Canada découlant du GATT – Est-il loisible au Tribunal canadien des importations de se référer au GATT pour interpréter la loi canadienne? – Loi sur les mesures spéciales d'importation, S.C. 1984, ch. 25, art. 42.

NATIONAL CORN GROWERS ASSN. C. CANADA (TRIBUNAL DES IMPORTATIONS), 1324.

LIBERTÉS PUBLIQUES

Liberté de religion – Discrimination par suite d'un effet préjudiciable – Imposition par l'employeur de l'obligation de travailler le lundi à cause de la nature de l'entreprise – Employé tenu par sa religion d'observer le lundi de Pâques – La règle de

LIBERTÉS PUBLIQUES—Fin

l'employeur peut-elle demeurer en tant qu'exigence professionnelle normale? – Dans la négative, l'intimée peut-elle démontrer qu'elle a composé avec les croyances religieuses du plaignant mais sans s'imposer des contraintes excessives? – Dans l'affirmative, l'intimée a-t-elle pris les mesures raisonnables pour composer avec les croyances religieuses du plaignant? – Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2, art. 7(1), (3).

CENTRAL ALBERTA DAIRY POOL C. ALBERTA (HUMAN RIGHTS COMMISSION), 489.

MÉDECINS ET CHIRURGIENS

Faute médicale – Négligence – Causalité – Le chirurgien a enlevé une cataracte de l'œil de la patiente – La patiente a par la suite perdu la vision dans cet œil en raison d'une atrophie du nerf optique – Les témoins experts n'ont pas été en mesure de dire avec certitude si l'intervention avait causé l'atrophie – Le fardeau de la preuve d'un lien de causalité dans une affaire de faute professionnelle incombe-t-il au demandeur?

SNELL C. FARRELL, 311.

NÉGLIGENCE

Causalité – Faute médicale – Fardeau de la preuve – Le chirurgien a enlevé une cataracte de l'œil de la patiente – La patiente a par la suite perdu la vision dans cet œil en raison d'une atrophie du nerf optique – Les témoins experts n'ont pas été en mesure de dire avec certitude si l'intervention avait causé l'atrophie – Le fardeau de la preuve d'un lien de causalité dans une affaire de faute professionnelle incombe-t-il au demandeur?

SNELL C. FARRELL, 311.

OUTRAGE AU TRIBUNAL

Défaut de ministres de la Couronne de se conformer à une ordonnance de la Cour fédérale exigeant la production d'un dossier dans un délai précis – Ordonnance signifiée au procureur des ministres mais pas aux ministres eux-mêmes – Les ministres peuvent-ils être tenus responsables pour outrage au tribunal? – Les ministres sont-ils responsables du fait d'autrui? – Règles de la Cour fédérale, C.R.C. 1978, ch. 663, Règles 308, 311, 355.

BHATNAGER C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION), 217.

PRATIQUE

Requête en radiation – Action intentée par une personne souffrant d'une maladie qui résulterait de l'exposition aux fibres d'amianté – Allégation de complot en vue de cacher des

PRATIQUE—Fin

renseignements quant aux risques possibles pour la santé – Allégations d'autres délits énumérés – Circonstances dans lesquelles une déclaration (ou des parties de celle-ci) peut être radiée – Les allégations fondées sur le délit civil de complot devraient-elles être radiées? – Rules of Court [Colombie-Britannique], règle 19(24).

HUNT C. CAREY CANADA INC., 959.

PREUVE

1. Confessions – Recevabilité – Refus de l'accusé de faire des déclarations aux policiers après avoir consulté un avocat – Déclarations incriminantes faites ultérieurement par l'accusé à un agent de police banalisé placé dans sa cellule – Violation du droit de l'accusé de garder le silence – Les déclarations sont-elles recevables? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. C. HEBERT, 151.

2. Témoins – Témoignage d'enfant – Loi sur la preuve permettant à un enfant en bas âge de témoigner sans être assermenté – Le juge du procès a-t-il commis une erreur en décidant qu'un enfant de quatre ans et demi était inhabile à témoigner dans une affaire d'agression sexuelle? – Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, ch. E-10, art. 16.

R. C. KHAN, 531.

3. Exceptions à la règle du oui-dire – Déclarations spontanées – L'enfant a fait des déclarations à sa mère quinze minutes après l'agression sexuelle alléguée – Ces déclarations sont-elles recevables comme exception à la règle du oui-dire?

R. C. KHAN, 531.

4. Preuve de mauvaise moralité et d'actes immoraux – Apartés et observations malheureux du ministère public au cours du contre-interrogatoire – L'unique question en litige est la crédibilité – Le juge du procès a-t-il commis une erreur en permettant que l'appelant soit contre-interrogé relativement à ses actes immoraux et en omettant de donner au jury des directives concernant l'usage limité qui pouvait être fait d'une telle preuve? – Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant la preuve des actes immoraux de l'appelant alors que ceux-ci n'avaient aucun rapport avec l'infraction? – La conduite incendiaire du substitut du procureur général a-t-elle privé l'appelant d'un procès équitable?

R. C. CHAMBERS, 1293.

PROCÉDURE CIVILE

1. Moyens de non-recevabilité – Litispendance – Action en dommages pour pratique commerciale déloyale basée sur la loi fédérale sur les coalitions intentée en Cour fédérale – Action en dommages pour pratique commerciale déloyale basée sur le Code civil intentée subséquemment en Cour supérieure alors que l'action en Cour fédérale est toujours pendante – L'action

PROCÉDURE CIVILE—Fin

en Cour supérieure doit-elle être rejetée pour cause de litispendance? – Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 165 – Code civil du Bas-Canada, art. 1053 – Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 31.1(1).

ROCOIS CONSTRUCTION INC. C. QUÉBEC READY MIX INC., 440.

2. Introduction de l'instance – Requête contestant la constitutionnalité de règles autorisant la condamnation de procureurs aux dépens – Requête présentée en l'absence de contexte factuel – Une requête peut-elle être présentée en l'absence de contexte factuel? – Règles de procédure civile, règles 14.05(3)h), 15.02(1), (3), 37.03(6), 57.07.

DANSON C. ONTARIO (PROCURER GÉNÉRAL), 1086.

PROCÈS

Procédure – Jurys – Juge du procès informé de la maladie d'un juré – Libération du juré – Le juge du procès a-t-il commis une erreur en libérant le juré sans tenir d'audience? – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 573(1), 577.

R. C. CHAMBERS, 1293.

TRIBUNAUX

1. Compétence – Mandats de perquisition – Les infractions alléguées sont définies à l'art. 239 de la Loi de l'impôt sur le revenu – Mandats de perquisition décernés en vertu de l'art. 231.3 de la Loi de l'impôt sur le revenu – Demande d'annulation – Le juge qui a décerné les mandats est-il compétent pour les examiner? – La constitutionnalité des art. 231.3 et 239 de la Loi de l'impôt sur le revenu découle-t-elle du pouvoir de taxation du gouvernement fédéral ou de son pouvoir en matière de droit criminel?

KNOX CONTRACTING LTD. C. CANADA, 338.

2. Compétence – Caractère théorique – Examen de la question par les tribunaux d'instance inférieure en l'absence de contexte factuel – Nouveaux éléments de preuve présentés à la Cour suprême du Canada – La question juridique examinée par les tribunaux d'instance inférieure est-elle devenue théorique parce que l'appelant a produit de nouveaux éléments de preuve?

DANSON C. ONTARIO (PROCURER GÉNÉRAL), 1086.

VENTE DE MARCHANDISES

Action relative à des marchandises vendues et livrées – Infirmation par la Cour d'appel du jugement ordonnant le paiement du solde d'un compte – Pourvoi accueilli et jugement de première instance rétabli.

LANIFICIO FRATELLI BETTAZZI S.N.C. C. TISSUS RANCHAR INC., 1109.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9